

ANDRÉ SADDY

5ª
Edição

Revista
atualizada e
ampliada

1

CURSO DE
DIREITO
ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO

ANEXO I
DIVERGÊNCIAS
DOCTRINÁRIAS



www.cej.com.br

Editores

André Saddy e Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getulio Vargas (Brasil)
Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)
Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)
Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)
Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
João Miranda – Universidade de Lisboa (Portugal)
José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)
José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)
Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)
Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)
Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)
Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara, n.º 24, sala 1405,
Rio de Janeiro, RJ, Centro, CEP 20.031-915, Brasil

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford
Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España
Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina
Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professor Associado 1 da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF)
Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal Fluminense (PPGD/UFF).
Professor Agregado 2 do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)
Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)
Fundador e Diretor-Presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)
Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC)
Sócio-fundador do Escritório Saddy Advogados
andresaddy@yahoo.com.br

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

VOLUME 1

ANEXO I DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

5. ed
Revista, ampliada e atualizada

2026

Copyright © 2026 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: CEEJ

Capa: Julia Almeida

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra, pelo seu autor, bem como esclarece que o padrão ortográfico e o sistema de citações e referências são prerrogativas do seu autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive, quanto às características gráficas ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei n.º 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se à busca e à apreensão e a indenizações diversas (Lei n.º 9.610/1998).

Todos os direitos desta edição são reservados ao Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Ferreira Alvarenga - CRB7 6873/RJ

Saddy, André

Curso de direito administrativo brasileiro: volume 1 – anexo I/André Saddy.
5. ed. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2026.
600 p.

Inclui notas explicativas e quadros
ISBN: 978-65-6175-000-4

1. Direito administrativo (Brasil). 2. Princípios administrativos. 3.
Organização administrativa. I. Título. II. série.

CDD – 341.301

As minhas filhas, os bens mais preciosos que
tenho, Nicole Ribeiro Saddy e Yasmin Ribeiro
Saddy, e a meu enteado, João Ribeiro Masset, por
me permitirem ter realizado o maior sonho da
minha vida, a paternidade.

AJUDE O AUTOR A MANTER ESTA OBRA

Entendo que todo conhecimento científico deva ser compartilhado, por isso, decidi deixar este livro aberto ao público sem custos para aqueles que não têm condições de contribuírem e, para aqueles que têm, a liberdade de contribuírem com quanto entenderem adequado. Fiquem à vontade para fazer circular este livro entre seus amigos, colegas, conhecidos, alunos, enfim, para quem desejar. Pode postar esta informação e o próprio livro nas redes sociais. Quanto mais divulgação, melhor!

O fato de deixar a escolha ao leitor sobre pagar ou não direitos autorais patrimoniais, todavia, não significa que eu não queira exercer e ver meu direito autoral moral respeitado. Este é perpétuo, inalienável e espero que seja observado por todos que realizarem a leitura. Desse modo, peço que sempre se cite a fonte.

Levei 10 (dez) anos para escrever este livro e, anualmente, empenho dias para mantê-lo atualizado. Apesar de aberto, caso queira abraçar essa causa e me apoiar nesta tarefa árdua que é o atualizar, você tem cinco formas de o fazer que podem ser cumulativas:

- (i) indicar eventuais atualizações necessárias para o *e-mail* andresaddy@yahoo.com.br;
- (ii) nunca deixe de citar este livro caso queira fazer alguma referência a ele, pois usurpar a ideia do autor é plágio;
- (iii) doe a quantia que entender adequada para que o autor se sinta estimulado a manter este livro atualizado pelo PIX andresaddy@yahoo.com.br, ficarei grato por qualquer quantia. Estes serão os direitos autorais patrimoniais que receberei;
- (iv) doe a quantia que entender adequada para o CEEJ/GDAC pelo site da Vakinha: <http://vaka.me/2740145>
- (v) adquira a versão impressa dele pelo *site* da editora www.cej.com.br

O seu apoio é vital e ajuda a sentir-me estimulado a continuar atualizando e divulgando o conhecimento para todos que apreciam o direito administrativo.

O modelo de *open access* do livro, ou seja, “*pague quanto quiser e puder*”, é diferente do tradicional e, por isso, pode-se considerá-lo disruptivo. Demorará até o público se acostumar com ele, mas sou grato aos mais de 5 (cinco) mil *downloads* do livro no *site* do escritório (www.saddy.adv.br) e do CEEJ/GDAC (www.cej.com.br), bem como aos doadores que, dentro de suas possibilidades, ajudaram-me.

Ajude o autor a manter esta obra

Por fim, lembro que qualquer tipo de ajuda é bem-vinda, seja ela qual for. Toda forma de ajuda fará uma real diferença. Se tiver possibilidade, por favor, não deixe de ajudar hoje. Obrigado!

METODOLOGIA

Com demonstrado na apresentação do “*Curso de Direito Administrativo Brasileiro*”, pretendeu-se expressar, com o rigor metodológico e a abrangência científica que toda ciência deve ter, os novos institutos e direções que o direito administrativo necessita.

Por isso, consciente da nova conjuntura e das mudanças em andamento, creia-se necessária uma obra que traga uma revisão total da disciplina, epistemológica e metodológica, alcançando todos os institutos e até mesmo o conceito de direito administrativo como ciência.

Um dos instrumentos para atingir tal objetivo foi a criação de quadros com as principais **divergências doutrinárias** encontradas. Esses quadros de divergências explicam, de forma sucinta, os diversos posicionamentos existentes na doutrina selecionada, colocando-se ao final de cada corrente a abreviatura do autor, além de indicar aqueles que não abordam a divergência ou que abordam, mas não se posicionam.

Utilizou-se 14 (quatorze) obras de direito administrativo, sendo elas, por ordem alfabética, já com as siglas, as seguintes:

1. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP).
2. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA).
3. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF).
4. CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC).
5. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ).
6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (MSZDP).
7. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (MJF).
8. MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM).
9. MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM).

10. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM).
11. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM).
12. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN).
13. NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN).
14. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO).

Optou-se por tais obras por entender que elas englobam uma variedade de características entre seus autores, tem-se professor de universidades públicas, privadas, de cursinhos preparatórios, além de diferentes graus de titulação, de doutores e livres-docentes a mestres e especialistas/pós-graduados.

Este anexo apresenta o resultado da pesquisa realizada nas 14 (quatorze) obras mencionadas. Foram 70 (setenta) divergências doutrinárias neste volume. Em cada uma delas, identificou-se a parte do texto na qual o autor trata da divergência e, neste estudo, transcreveu-se, na sua literalidade, por meio de citação direta, o respectivo trecho. Grifou-se a parte do texto em que o autor se posiciona para facilitar ao leitor a compreensão do pensamento dele. Ao término de cada citação, incluiu-se a página e/ou o item e o capítulo no qual o texto pode ser localizado.

No que diz respeito aos nomes das correntes, esses foram estabelecidos conforme os textos encontrados e os posicionamentos defendidos. Buscou-se ser literal quando se definiu os termos do que constaria em cada texto descritivo das correntes.

Por conta disso, há casos em que as correntes pareciam similares, mas não idênticas. Por tal motivo, subdividiu-se as correntes em 1.1, 1.2 ou 2.1, 2.2, por exemplo.

Houve casos, ainda, que entre os autores selecionados se encontrou apenas uma corrente ou, até mesmo, nenhuma. Nestes casos as divergências foram mantidas no texto, pois elas existem em outras obras científicas que não as selecionadas.

Além disso, em algumas divergências, foram individuados autores que tratam delas, porém não se posicionam a respeito, por conseguinte, não sendo possível enquadrá-los em alguma das correntes mencionadas. Nestes casos, os autores foram classificados como “não se posicionam”.

Deu-se, também, casos em que não se localizou nas obras pesquisadas referências à divergência, incluindo-as, então, na categoria de “não abordam”.

Por derradeiro, no final de cada divergência, foi inserida a conclusão com o resumo da divergência e os posicionamentos existentes na doutrina selecionada, colocando-se, ao final de cada corrente, a abreviatura do autor. Esta conclusão foi transposta à obra em quadros apresentados na lateral da página, acrescentando, apenas, um gráfico, em formato de *pizza*, com os percentuais das correntes e, também, a indicação dos casos em que os autores não se posicionam ou não abordam o tema.

SUMÁRIO

AJUDE O AUTOR A MANTER ESSA OBRA	7
METODOLOGIA	9
DIVERGÊNCIA 001 - Direito administrativo como produto da Europa continental ou de origem diversa	41
Corrente 1: direito Administrativo como produto da Europa continental.....	41
Corrente 2: direito Administrativo com origem diversa	42
Não abordam	42
Conclusão	43
DIVERGÊNCIA 002 - Diferença entre Administração Pública e governo	45
Corrente 1: existe diferença	45
Corrente 2: não existe diferença.....	51
Não se posicionam	51
Conclusão	53
DIVERGÊNCIA 003 - Atividades administrativas	55
Corrente 1: três atividades – serviço público, poder de polícia e fomento	55
Corrente 2: quatro atividades - serviço público, poder de polícia, fomento e intervenção	56
Corrente 3: quatro atividades - função ordenadora, prestacional, regulatória/de fomento e de controle.....	58
Corrente 4: cinco atividades - serviço público, poder de polícia, fomento, ordenamento social e ordenamento econômico	59
Corrente 5: cinco atividades - função conformadora/ordenadora, regulatória, de fomento, prestacional e de controle	59
Corrente 6: seis atividades - serviço público, intervenção do Estado no domínio econômico e social, limitações à liberdade e à propriedade, imposição das sanções para infrações administrativas, sacrifícios de direito e gestão dos bens públicos.	60
Corrente 7: múltiplas atividades.....	62
Não aborda	63
Conclusão	63

DIVERGÊNCIA 004 - Direito comum da Administração Pública ou do direito público	65
Corrente 1: direito comum da Administração Pública.....	65
Corrente 2: direito comum do direito público.....	66
Não abordam.....	67
Conclusão.....	68
DIVERGÊNCIA 005 - Benefícios da codificação	69
Corrente 1: há benefícios em uma codificação total.....	69
Corrente 2: não há benefícios em uma codificação total ou parcial.....	70
Corrente 3: há benefícios em uma codificação parcial – seria preferível codificar a Parte Geral.....	71
Corrente 3.1: há benefícios em uma codificação parcial – a formatação da nossa é satisfatória.....	72
Não se posicionam.....	72
Não abordam.....	75
Conclusão.....	75
DIVERGÊNCIA 006 - Analogia legis e iuris no direito Administrativo	77
Corrente 1: reconhece a existência da analogia legis e analogia iuris, mas sustenta que somente a primeira se aplica no direito Administrativo.....	77
Corrente 2: reconhece a existência da analogia legis e analogia iuris e sustenta que ambas podem ser aplicadas no direito administrativo.....	77
Não abordam.....	78
Conclusão.....	79
DIVERGÊNCIA 007 - Tipo de normas que podem ser utilizadas para suprir lacuna por analogia no direito administrativo	81
Corrente 1: a analogia somente pode ser utilizada no direito administrativo quando derivada de norma do próprio direito administrativo.....	81
Corrente 2: a analogia deve, preferencialmente, ser utilizada no direito administrativo quando derivada de norma do próprio direito administrativo.....	81
Corrente 3: a analogia pode ser utilizada no direito administrativo mesmo quando derivada de outros ramos do direito, inclusive o privado.....	82
Não se posicionam.....	83
Não abordam.....	85
Conclusão.....	86

DIVERGÊNCIA 008 - Costumes no direito administrativo	87
Corrente 1: é admitido como fonte do direito administrativo, sem maiores ressalvas	87
Corrente 2: é admitido como fonte do direito administrativo, apesar de aplicação praticamente nula, mas de observância necessária quando decorrentes de outros ramos do direito.....	88
Corrente 3: é admitido como fonte do direito administrativo, mas não se reconhece autonomia enquanto tal, sendo necessário que a própria lei o acolha expressamente	89
Corrente 4: é admitido como fonte do direito administrativo, ressaltando que o costumes contra legem não se revestem de obrigatoriedade.....	89
Corrente 5: é admitido como fonte do direito administrativo seja ele praeter legem (supletório) ou secundum legem (interpretativo), ressaltando que os costumes contra legem não se revestem de obrigatoriedade.....	91
Não abordam	91
Conclusão	91

DIVERGÊNCIA 009 - Fundamento do regime jurídico administrativo	93
Corrente 1: supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos	93
Corrente 2: princípio da legalidade e supremacia do interesse público	96
Corrente 3: satisfação dos direitos fundamentais	97
Corrente 4: primado da pessoa humana, que se expressa na liberdade, nos direitos e nas garantias fundamentais, desde que todos os interesses sejam igualmente agasalhados pela ordem jurídica e seu temperamento dependa expressamente da Constituição e das previsões legais	97
Corrente 5: ponderação entre os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem em debate, sejam eles públicos ou privados	98
Corrente 6: inúmeros fundamentos	99
Não aborda	101
Conclusão	101

DIVERGÊNCIA 010 – Espécies normativas	103
Corrente 1: existência de normas-regra e normas-princípios.....	103
Corrente 2: existe princípios e normas	107
Corrente 3: existe normas-regras, normas-princípios e diretrizes, que ainda não receberam tratamento jurídico autônomo.....	109
Conclusão	109

DIVERGÊNCIA 011 - Espécies de eficácia técnico-normativa dos princípios .111

Corrente 1: tridimensionalidade funcional dos princípios: fundamentadores, orientadores e supletivos	111
Corrente 2: conferir sentido valorativo e finalístico às normas preceptivas; sete tipos de eficácia: imediata (dirimente e impeditivo ou redutora) e mediata (axiológica, nomogenética, otimizadora, sistêmica e integrativa)	111
Corrente 2.1: sete tipos de eficácia: imediata (dirimente e impeditivo ou redutora) e mediata (axiológica, nomogenética, otimizadora, sistêmica e integrativa); duas funções principais (hermenêutica e integrativa); e dois tipos de controle (meio e fim)	112
Corrente 3: função positiva (influenciadora e criadora) e negativa (rejeição à contrariedade)	113
Corrente 4: função coercitiva e orientadora	114
Não abordam	114
Conclusão	115

DIVERGÊNCIA 012 - Diferença entre segurança jurídica, proteção à confiança legítima e boa-fé.....117

Corrente 1: diferencia as três concepções, mas entende que elas se relacionam entre si	117
Corrente 2: diferencia as três concepções, entende que elas se relacionam entre si, mas considera que a proteção à confiança legítima é o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, sem citar que a segurança jurídica é seu aspecto objetivo	118
Corrente 3: diferencia as três concepções, entende que elas se relacionam entre si, mas considera a proteção à confiança legítima como aspecto subjetivo da segurança jurídica e esta como seu aspecto objetivo, além de diferenciar a boa-fé em seu aspecto objetivo e subjetivo	119
Corrente 4: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima.....	122
Corrente 5: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, indicando que o primeiro seria o aspecto objetivo do conceito e o segundo o aspecto subjetivo desse.....	123
Corrente 6: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, indicando que o primeiro seria o aspecto objetivo do conceito e o segundo o seu aspecto subjetivo do mesmo e tratando a boa-fé como sinônimo de confiança legítima.....	125

Corrente 7: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, tratando a boa-fé como sinônimo de confiança legítima.....	125
Corrente 8: não diferencia tais concepções, tratando apenas da segurança jurídica.....	127
Corrente 9: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a boa-fé, tratando proteção à confiança legítima como desdobramento da segurança jurídica.....	128
Conclusão	128

DIVERGÊNCIA 013 - Previsão no ordenamento jurídico brasileiro dos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima

Corrente 1: previsão do princípio da boa-fé (art. 2º, caput e parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.784/1999).....	131
Corrente 2: previsão do princípio da boa-fé (art. 54, da Lei nº 9.784/1999)	131
Corrente 3: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999)	131
Corrente 4: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, parágrafo único, inc. XIII, da Lei nº 9.784/1999)	133
Corrente 5: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999) e da boa-fé (art. 2º, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.784/1999)	135
Corrente 6: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput e art. 54, Lei nº 9.784/1999).....	136
Corrente 7: previsão do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança (art. 54, Lei nº 9.784/1999)	137
Não abordam	137
Conclusão	137

DIVERGÊNCIA 014 - Aplicação absoluta ou relativa do princípio da supremacia dos interesses públicos

Corrente 1: caráter absoluto, sem distinção entre interesse primário ou secundário	139
Corrente 2: caráter absoluto, desde que para alcançar interesse público primário e não o secundário.....	140
Corrente 3: caráter relativo.....	142
Conclusão	148

DIVERGÊNCIA 015 – Relação da moralidade administrativa com a legalidade administrativa	149
Corrente 1: integra a moralidade administrativa a legalidade administrativa, seja esta ampla ou restrita, aproximando-se à teoria dos círculos concêntricos (mínimo ético).....	149
Corrente 2: desvincula a moralidade administrativa da legalidade administrativa, aproximando-se da teoria dos círculos independentes	151
Corrente 3: identifica interseções da moralidade administrativa e a legalidade administrativa, aproximando-se da teoria dos círculos secantes	152
Não abordam	153
Conclusão	154

DIVERGÊNCIA 016 – Finalidade inerente ou vinculada a diferentes princípios	155
Corrente 1: princípio da finalidade é inerente à legalidade.....	155
Corrente 2: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade ..	158
Corrente 3: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e da legalidade	159
Corrente 4: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e da moralidade.....	159
Corrente 5: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e sinônimo de supremacia do interesse público	160
Corrente 6: princípio da finalidade vinculado ao princípio da moralidade e da indisponibilidade do interesse público	161
Não se posiciona	161
Não aborda	162
Conclusão	162

DIVERGÊNCIA 017 - Diferença entre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade	163
Corrente 1: razoabilidade tem origem anglo-saxônica; da proporcionalidade origem germânica. Princípios se confluem	163
Corrente 2: razoabilidade, origem anglo-saxônica, decorre do devido processo legal. Proporcionalidade origem germânica decorre do Estado de Direito. Princípios são fungíveis	164
Corrente 3: proporcionalidade como vertente da razoabilidade	164
Corrente 3.1: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e exigência de que a atuação deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.	165

Corrente 3.2: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e razoabilidade, analisa a adequação e necessidade e proporcionalidade importa no controle dos atos sancionatórios	166
Corrente 3.3: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e razoabilidade estende-se a todos os setores da Administração Pública e proporcionalidade regula especificamente o poder disciplinar e de polícia.....	167
Corrente 4: razoabilidade como vertente da proporcionalidade	167
Corrente 5: razoabilidade obedece a racionalidade e o senso normal (homem médio da sociedade), e proporcionalidade exige o equilíbrio entre os meios e os fins	168
Corrente 6: razoabilidade abrange soluções lógicas e razoáveis e proporcionalidade atender ao satisfatório.....	169
Corrente 7: razoabilidade veda situações legislativas e administrativas absurdas e proporcionalidade contendo um teste sucessivo e tríplice (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)	170
Corrente 8: princípio da razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos....	171
Conclusão	171

DIVERGÊNCIA 018 - Condicionantes para a (auto)executoriedade

administrativa	173
Corrente 1: (auto)executoriedade depende de expressa previsão legal ou quando diante de medida urgente/emergente que, se não adotada, poderá ocasionar prejuízo maior ao interesse público.....	173
Corrente 2: (auto)executoriedade depende de expressa previsão legal ou quando a situação material não permite a atuação de outra forma	176
Corrente 3: (auto)executoriedade depende da satisfação do pressuposto da exequibilidade e da inexistência de exceção legal específica (expressa).....	177
Corrente 4: (auto)executoriedade é a regra somente afastada na hipótese de expressa ou implícita vedação legal	178
Corrente 5: (auto)executoriedade é a regra somente afastada na hipótese de vedação legal, sem fazer referência a se ela deve ser expressa ou implícita.....	179
Não abordam	181
Conclusão	181

DIVERGÊNCIA 019 - Diferença entre exigibilidade e (auto)executoriedade... 183

Corrente 1: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira se impõe obrigações ao administrado (coerção indireta) e na segunda	

significa a possibilidade de a administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado (coerção direta)	183
Corrente 2: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira se impõe obrigações ao administrado sendo sempre definidos na lei (coerção indireta) e na segunda significa a possibilidade de a administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade (coerção direta)	187
Corrente 3: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira é consectário da imperatividade e na segunda significa obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa	189
Corrente 4: não diferencia	190
Não abordam	190
Conclusão	191

DIVERGÊNCIA 020 – Diferença entre regularidade e continuidade 193

Corrente 1: princípio da continuidade – prestação ininterrupta ou contínua da atividade administrativa	193
Corrente 1.2: princípio da continuidade – deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa; prestação ininterrupta da atividade administrativa (princípio se impõe em qualquer circunstância)	195
Corrente 2: princípio da continuidade – ininterrupção dos serviços públicos	196
Corrente 2.1: princípio da continuidade – ininterrupção dos serviços públicos; deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa	197
Corrente 3: princípio da continuidade – execução ininterrupta dos serviços públicos. Regularidade – condição técnica adequada	197
Corrente 3.1: princípio da continuidade – execução regular e permanentemente assegurada dos serviços públicos. Regularidade – condição técnica adequada.	198
Corrente 3.2: princípio da continuidade – deriva do princípio da obrigatoriedade da função administrativa; prestação ininterrupta do serviço público. Regularidade – condições e horário adequado	199
Corrente 3.3: princípio da continuidade – prestação ininterrupta dos serviços públicos. Regularidade – pressupõe conformidade formal e material	200
Corrente 3.4: princípio da continuidade – atendimento ininterrupto do interesse público, aplicando-se à prestação dos serviços públicos, atividades	

administrativas em geral e atividades privadas de relevância social. Regularidade – pressupõe conformidade formal e material	201
Conclusão	202

DIVERGÊNCIA 021 - Diferença entre tutela e autotutela 205

Corrente 1: diferencia sobre uma perspectiva, a tutela é o poder de supervisão ministerial exercido pela Administração direta sobre entidades da Administração indireta, e a autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos 205

Corrente 2: diferencia sobre duas perspectivas, a tutela é o poder de supervisão ministerial exercido pela Administração direta sobre entidades da Administração indireta nos termos e limites da lei ou mesmo quando da falta de disposição em situações excepcionais, e a autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos, independentemente de lei 213

Corrente 2.1: diferencia sobre estas mesmas duas perspectivas, mas defende que a tutela não se presume (depende de previsão legal) e é condicionada pela lei, só admitindo os instrumentos de controle expressamente previstos em lei, já a autotutela é inerente (não depende de previsão legal) e é incondicionada, sendo-lhe inerente uma série de poderes administrativos.....218

Corrente 3: não diferencia, abordando apenas o conceito de autotutela como aquele exercido pelo próprio ente ou órgão que realizou a tomada de decisão ..220

Conclusão 221

DIVERGÊNCIA 022 - Limitação temporal para o exercício da (auto)tutela pela Administração Pública 223

Corrente 1: prazo quinquenal conforme fixação legal, mas sem entrar na divergência de ausência de lei.....223

Corrente 2: prazo quinquenal conforme fixação legal e por ser norma geral de direito administrativo ou ter a competência relacionada ao direito civil sua aplicação é de âmbito nacional vinculando todos os entes federativos 226

Corrente 3: prazo quinquenal aplicado no silêncio da lei por determinação do Decreto n.º 20.910/1932.....228

Corrente 4: prazo quinquenal e na ausência de lei por aplicação analógica da legislação administrativa 230

Conclusão 232

DIVERGÊNCIA 023 – Limitação temporal quando comprovada a má-fé do particular	235
Corrente 1: ausência de prazo quando comprovada a má-fé do particular	235
Corrente 2: prazo de 10 anos quando comprovada má-fé do particular	236
Corrente 3: prazo de 15 anos quando comprovada má-fé do particular	237
Não abordam	237
Conclusão	238

DIVERGÊNCIA 024 – Prazo prescricional ou decadência da (auto)tutela administrativa	239
Corrente 1: indica apenas em prazo prescricional	239
Corrente 2: aponta apenas em prazo decadencial	241
Corrente 3: posiciona-se pela existência de prazo decadencial	243
Corrente 4: ora usa o termo prescrição, ora usa o termo decadência	245
Não abordam	247
Conclusão	248

DIVERGÊNCIA 025 – Limitação temporal para a Administração anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos desfavoráveis ao administrado, ou quando essa agir de má-fé	249
Corrente 1: ausência de prazo quando o ato for desfavorável ao administrado ou comprovada má-fé da Administração	249
Corrente 2: prazo de 5 anos quando o ato for desfavorável ao administrado ou comprovada má-fé da Administração	250
Não abordam	251
Conclusão	252

DIVERGÊNCIA 026 – Modalidades de descentralização administrativa e tipo de pessoas jurídicas que se pode outorgar ou delegar	253
Corrente 1: descentralização por serviços, funcional ou técnica é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, já a descentralização por colaboração é apenas para as pessoas jurídicas de direito privado	253
Corrente 1.1: descentralização por serviços, funcional ou técnica é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, já a descentralização por colaboração é apenas para as pessoas jurídicas de direito privado. Além disso, diferencia a descentralização por outorga da descentralização por delegação, com isso, afastando qualquer forma de transferência de titularidade	256

Corrente 1.2: afasta qualquer forma de transferência de titularidade, mas trata apenas da descentralização por delegação que pode ser por lei ou negocial. Entende que a descentralização que ocorre por lei pode ser feita à Administração indireta, sem fazer referência às pessoas jurídicas de direito público ou privado	257
Corrente 2: diferencia apenas a descentralização por outorga (por serviços) da descentralização por delegação (por colaboração), admitindo a transferência de titularidade na descentralização por outorga por entender que essa é conferida apenas às pessoas jurídicas de direito público, já a descentralização por delegação é feita para particulares ou entes da Administração indireta regidos pelo direito privado.....	259
Corrente 2.1: entende que a descentralização por outorga é conferida apenas às pessoas jurídicas de direito público, e a descentralização por delegação pode ser feita apenas aos particulares	260
Corrente 2.2: diferencia apenas a descentralização por outorga (por serviços) da descentralização por delegação (por colaboração), admitindo a transferência de titularidade na descentralização por outorga, mas não entra na questão relacionada à possibilidade ou não de ser conferida apenas as pessoas jurídicas de direito público, além de não abordar se a descentralização por delegação pode ser feita apenas aos particulares ou se entes da Administração indireta também poderiam receber tal delegação	261
Corrente 3: não diferencia a descentralização por serviços, funcional ou técnica, da descentralização por colaboração, mas afirma que a descentralização administrativa é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado	262
Não abordam	263
Conclusão	263

DIVERGÊNCIA 027 – Subjetividade/autonomia pública para instituir entidades na Administração indireta	265
Corrente 1: apesar de informar que cada ente da Administração indireta possui vocação específica, não afirma categoricamente que inexistente subjetividade/autonomia pública na escolha	265
Não Abordam	265
Conclusão	266

DIVERGÊNCIA 028 – (Des)necessidade de lei para autorizar expressamente a delegação	269
Corrente 1: necessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência, sem se referir ao tipo de competência.....	269
Corrente 2: necessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência privativa	271
Corrente 3: necessidade de lei que autorize a delegação de competência, admitindo previsão implícita.....	272
Corrente 4: desnecessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência, sem se referir ao tipo de competência e ressalvando os casos de expressa vedação legal	273
Corrente 5: desnecessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência não privativa, salvo os casos de expressa vedação legal	277
Conclusão	277
 DIVERGÊNCIA 029 – Renúncia ou não da competência do delegante	279
Corrente 1: delegação não implica em renúncia da competência do delegante, este continua competente cumulativamente com a autoridade delegada	279
Corrente 2: delegação implica em renúncia da competência do delegante, a delegação suspende a competência da autoridade delegante	281
Corrente 3: depende, se for delegação de superior para subordinado, a autoridade delegante mantém o poder de exercer as atribuições delegadas, já se a delegação for legal, suspende-se a competência da autoridade delegante	281
Não abordam	282
Conclusão	283
 DIVERGÊNCIA 030 – Consórcios públicos de direito público (associações públicas) e de direito privado como integrantes da Administração indireta	285
Corrente 1: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como nova espécie de entidade da Administração indireta e consórcio público de direito privado como entidades integrantes da Administração indireta	285
Corrente 2: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como nova espécie de entidade da Administração indireta e consórcio público de direito privado estando fora da Administração indireta	286
Corrente 3: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado estando fora da Administração indireta	287

Corrente 4: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como integrantes da Administração indireta	288
Corrente 5: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado com regime semelhante ao da Administração indireta	289
Corrente 6: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e não faz referência à natureza dos consórcios públicos de direito privado	290
Corrente 7: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como espécies de fundação pública de direito privado ou de empresa pública prestadora de serviços públicos	294
Corrente 8: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como espécies de empresa pública ou sociedade de economia mista	294
Não aborda	295
Conclusão	296

DIVERGÊNCIA 031 - Aquisição da personalidade jurídica das autarquias 299

Corrente 1: adquire a personalidade jurídica com a entrada em vigor da lei	299
Corrente 2: adquire a personalidade jurídica com a edição/aprovação/publicação da lei	301
Corrente 3: adquire a personalidade jurídica com a criação por lei, mas, para que possa haver transferência de patrimônio ou ser feita a tradição no caso de bens móveis, é necessário que seu termo administrativo ou escritura pública seja levada a registro	302
Não abordam	303
Conclusão	303

DIVERGÊNCIA 032 - Existência de autonomia nas autarquias 305

Corrente 1: possui liberdade administrativa, evitando o uso da expressão autonomia	305
Corrente 2: é apenas uma pessoa administrativa sem autonomia	305
Corrente 3: possui autoadministração	306
Corrente 4: possui autonomia administrativa apenas	308
Corrente 5: possui autonomia técnica, financeira e administrativa	308

Corrente 6: possui autonomia técnica, financeira e administrativa que varia conforme a lei criadora.....	312
Não aborda	313
Conclusão	313

DIVERGÊNCIA 033 - Exercício de um poder normativo pelas agências reguladoras

Corrente 1: as agências reguladoras possuem poder normativo amplo para editar atos administrativos normativos dotados de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais, em decorrência da deslegalização	315
Corrente 1.1: limitam-se a dizer que as agências reguladoras possuem poder normativo para editar regulamentos de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais.....	319
Corrente 1.2: limitam-se a dizer que as agências reguladoras possuem poder normativo e não regulamentar.....	321
Corrente 2: apenas a ANATEL e a ANP, devido à expressa previsão constitucional, possuem poder normativo amplo para editar atos administrativos normativos dotados de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais, em decorrência da deslegalização, as demais agências reguladoras possuem poder regulamentar.....	322
Corrente 3: as agências reguladoras são investidas de competência para editar normas regulamentares em abstrato	323
Não abordam	324
Conclusão	324

DIVERGÊNCIA 034 - Uso da arbitragem regulatória

Corrente 1: apenas cita a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos sem adentrar nas possibilidades de uso	327
Não abordam	327
Conclusão	328

DIVERGÊNCIA 035 - Existência de cargo em comissão com prazo determinado e impossibilidade de exoneração *ad nutum*.....

Corrente 1: é vedada a exoneração <i>ad nutum</i> , sendo possível apenas a exoneração em três situações: renúncia; sentença transitada em julgado; ou processo administrativo disciplinar.....	331
Corrente 1.1: é vedada a exoneração <i>ad nutum</i> , sendo possível apenas a exoneração em três situações: renúncia; sentença transitada em julgado; ou	

processo administrativo disciplinar. A norma instituidora de cada agência pode estabelecer condições diversas	332
Corrente 2: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração em três situações: encerramento do mandato; renúncia; ou sentença judicial transitada em julgado	334
Corrente 3: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração condicionada a prévio processo administrativo ou judicial em que seja comprovada a falta do dirigente	335
Corrente 4: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração nas hipóteses previstas em lei, quando houver um desvio das diretrizes ou um descumprimento injustificado das metas, sendo o grau de limitação à liberdade de exoneração variável conforme a lei instituidora da agência	336
Corrente 4.1: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração nas hipóteses expressamente previstas	337
Corrente 5: impossibilidade de exoneração a qualquer tempo, a simples critério de conveniência. Somente é admitida a exoneração por meio da comprovação (mediante processo administrativo ou judicial) de um elenco específico de causas	337
Corrente 6: apenas cita que os dirigentes têm mandatos estáveis por prazo determinado	338
Não aborda	338
Conclusão	338

DIVERGÊNCIA 036 - Cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisão da diretoria da agência reguladora

Corrente 1: impossibilidade de cabimento do recurso hierárquico impróprio contra as decisões da diretoria da agência reguladora por falta de previsão legal expressa e específica	341
Corrente 2: impossibilidade de recurso hierárquico impróprio perante as decisões das agências reguladoras, mas admite que o Chefe do Executivo possa decretar, limitada e motivadamente, a anulação de atos ilegais praticados no âmbito das autarquias especiais	346
Corrente 3: condiciona cabimento do recurso hierárquico impróprio na hipótese de exercício da tutela extraordinária	347
Corrente 4: condiciona a possibilidade de recurso hierárquico impróprio às duas hipóteses elencadas pela AGU no parecer normativo nº 51/2006, quais sejam: a) quando as agências reguladoras ultrapassarem/extrapolarem os limites das suas	

competências institucionais; e b) se elas violarem políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Central.....	348
Não abordam	350
Conclusão	350

DIVERGÊNCIA 037 - (In)constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005.....353

Corrente 1: defende a constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005 com fundamento no art. 22, inc. XXVIII, da CFRB.....	353
Corrente 2: não assume um posicionamento, mas afirma que o art. 22, XXVII, da Constituição foi usado como fundamento de validade da Lei n.º 11.107/2005 ..	354
Corrente 3: não assume um posicionamento, mas afirma que, para os críticos, a Lei n.º 11.107/2005 põe em risco a autonomia federativa	355
Corrente 4: cita apenas que é questionável a legitimidade da Lei n.º 11.107/2005	356
Corrente 5: o fundamento de promulgação da Lei n.º 11.107/2005 é o estabelecimento, pela União, de uma lei de âmbito nacional para estabelecer pontos comuns quando da constituição de consórcio público	356
Não abordam	358
Conclusão	358

DIVERGÊNCIA 038 - Necessidade ou não da forma de lei complementar, em razão do disposto no parágrafo único, do art. 23 da CRFB, no que diz respeito a consórcio público 361

Não abordam	361
Conclusão	362

DIVERGÊNCIA 039 - Possibilidade de norma infraconstitucional instituir nova entidade administrativa 363

Corrente 1: inconstitucionalidade de legislação infraconstitucional instituir nova entidade administrativa (consórcio público)	363
Não abordam	364
Conclusão	365

DIVERGÊNCIA 040 - Abrangência territorial dos consórcios públicos 367

Corrente 1: não haverá consórcio público constituído unicamente pela União e municípios, bem como entre um estado e um município de outro estado	367
Corrente 1.1: não haverá consórcio público constituído unicamente pela União e Municípios.....	368

Corrente 2: a impossibilidade de constituição do consórcio público unicamente pela União e municípios é inconstitucional, pois viola a autonomia federativa da União e dos municípios	369
Não abordam	370
Conclusão	370

DIVERGÊNCIA 041 - Momento da constituição dos consórcios públicos 373

Corrente 1: o protocolo de intenções define o momento em que a entidade deve ser constituída.....	373
Corrente 2: a personalidade jurídica dos consórcios públicos surge em momentos diferentes para cada ente consorciado, com a entrada em vigor da lei do ente respectivo	373
Corrente 3: o ideal seria que as leis de todos os consorciados tivessem sua vigência iniciada na mesma data. No caso de terem datas diversas, no entanto, a personalidade do consórcio só será adquirida com a vigência da última lei de ratificação do protocolo de intenções.....	374
Corrente 4: o consórcio é criado após a edição de todas as leis de cada ente federativo.....	375
Não abordam	375
Conclusão	376

DIVERGÊNCIA 042 - Natureza jurídica do BCB, da CVM e do CADE 377

Corrente 1: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias sob regime especial (agências reguladoras).....	377
Corrente 2: o BCB é autarquia administrativa; a CVM e o CADE são autarquias sob regime especial (agências reguladoras)	378
Corrente 3: o BCB é autarquia especial stricto sensu; a CVM é autarquia especial (agência reguladora); e o CADE é autarquia federal	379
Corrente 4: não aborda a natureza jurídica do BCB. A CVM e o CADE são autarquias especiais (agências reguladoras).....	380
Corrente 5: não aborda a natureza jurídica do BCB. A CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora) e o CADE é autarquia federal	380
Corrente 6: não aborda a natureza jurídica do BCB. O CADE é uma autarquia federal (antitruste); há dúvida se a CVM e o CADE são agências reguladoras..	381
Corrente 7: o BCB é autarquia; a CVM é autarquia de regime especial (agência reguladora). Não aborda a natureza jurídica do CADE	382
Corrente 8: o BCB e o CADE são autarquias federais; a CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora).....	383

Corrente 9: o BCB é autarquia em regime especial. Não aborda a natureza jurídica da CVM e do CADE	384
Corrente 10: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias administrativas	385
Corrente 11: o BCB é autarquia administrativa; e a CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora). Não aborda a natureza jurídica do CADE	385
Corrente 12: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias de ordenamento econômico	385
Não abordam	386
Conclusão	386

DIVERGÊNCIA 043 - Natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional	389
Corrente 1: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias profissionais ou corporativas	389
Corrente 1.1: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias	392
Corrente 1.2: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias peculiares; e melhor seria dar-lhes outra feição que não gerasse resultados incoerentes	394
Corrente 2: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias profissionais e entidades sui generis	396
Não abordam	397
Conclusão	397

DIVERGÊNCIA 044 - Possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos	399
Corrente 1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos	399
Corrente 2: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos de natureza econômica	402
Corrente 2.1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos de natureza econômica; e defende que há serviços públicos de natureza indelegável	404
Conclusão	405

DIVERGÊNCIA 045 - Possibilidade do exercício de poder de polícia por empresas estatais	407
Corrente 1: não admite a possibilidade do exercício do poder de polícia por empresas estatais	407

Corrente 2: admite a possibilidade do exercício do poder de polícia por empresas estatais	408
Corrente 2.1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem atividades técnicas de polícia que prescindam do exercício do jus imperii	408
Não abordam	409
Conclusão	410

DIVERGÊNCIA 046 - Aplicabilidade da Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais)

.....	411
Corrente 1: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável à toda e qualquer empresa estatal	411
Corrente 1.1: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável a toda e qualquer empresa estatal. É excluída, parcialmente, a aplicação da referida lei às empresas estatais que possuam receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais	413
Corrente 2: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviço; àquelas que participarem de consórcio, na condição de operadoras; e à sociedade, inclusive de propósito específico, que seja controlada por empresa pública e sociedade de economia mista. É excluída, parcialmente, a aplicação da referida lei às empresas estatais que possuam receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais	416
Corrente 3: a Lei nº 13.303/2016 somente se aplica a empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto o exercício de atividades econômicas, inclusa a prestação de serviços públicos de caráter econômico (em sentido amplo); mas ela não se aplica a outras entidades que têm como fins institucionais o desempenho de atividade regulatória, ou o exercício de poder de polícia, ou atividades de cunho estritamente social, enquadradas no Título VIII da Carta de 1988 ("Da Ordem Social")	417
Corrente 4: a Lei não é aplicável a toda e qualquer entidade estatal se prestadora de serviço público	418
Não se posiciona	419
Não abordam	419
Conclusão	419

DIVERGÊNCIA 047 - Compatibilidade do conceito de lucro com as empresas estatais

Corrente 1: os fins públicos justificam a mitigação do lucro das empresas estatais	421

Corrente 2: as empresas estatais têm a possibilidade, pelo menos em tese, de explorarem serviços públicos com finalidade lucrativa	421
Corrente 3: as empresas estatais econômicas buscam o lucro	422
Corrente 4: as empresas estatais não são criadas com a finalidade de perseguir o lucro; porém elas podem obtê-lo	423
Corrente 4.1: as empresas estatais não são criadas com a finalidade de perseguir o lucro; porém elas podem obtê-lo. No caso da sociedade de economia mista, há conflito entre o interesse público e o particular em relação a busca por lucro ...	424
Corrente 4.2: No caso da sociedade de economia mista, há conflito entre o interesse público e o particular em relação à busca por lucro	424
Corrente 5: a lucratividade da empresa estatal deve ser compatível com sua natureza funcional. Há duas situações em que é obrigatória a atuação não lucrativa: (i) nos casos de competição com particulares; e (ii) as sociedades de economia mista com sócios privados	425
Não abordam	426
Conclusão	426

DIVERGÊNCIA 048 - Natureza dos bens públicos das empresas estatais 429

Corrente 1: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são impenhoráveis quando se destinam diretamente à execução do serviço ou quando essas empresas atuam em regime de monopólio	429
Corrente 1.1: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens diretamente ligados à execução do serviço, estão sujeitos ao regime público, sendo, portanto, impenhoráveis	430
Corrente 1.2: os bens das empresas estatais são privados, contudo, sofrem modulações de direito público no tocante à sua alienação e no caso das empresas estatais prestadoras de serviço público (impenhorabilidade dos bens destinados diretamente à execução do serviço). Os bens de quaisquer empresas estatais são usucapíveis	430
Corrente 1.3: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são impenhoráveis e imprescritíveis quando se destinam diretamente à execução do serviço	431
Corrente 1.4: os bens das empresas estatais destinados diretamente à prestação de serviço público são impenhoráveis	432
Corrente 2: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são privados com	

destinação especial quando se destinam diretamente à execução do serviço; sendo penhoráveis e usucapíveis	433
Corrente 3: os bens das empresas estatais são privados, contudo, os bens das empresas estatais que prestam serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade, são bens públicos de uso especial; e as empresas estatais exploradoras de atividade econômica poderão ser investidas na titularidade de bem público dominical	434
Corrente 4: os bens das empresas estatais que prestam serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade, são bens públicos de uso especial ..	436
Corrente 5: os bens das empresas estatais são públicos	438
Corrente 6: os bens das empresas estatais prestadoras de serviço público são públicos. Os bens das empresas estatais exploradoras de atividade econômica são privados	439
Corrente 7: não assume posicionamento em relação à natureza privada ou pública dos bens, porém sustenta serem impenhoráveis e insuscetíveis de usucapião àqueles destinados à execução de serviços públicos	440
Não aborda	440
Conclusão	440

DIVERGÊNCIA 049 - Manutenção do regime simplificado de licitação da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC	443
Corrente 1: mantém-se o regime simplificado de licitação da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC	443
Não abordam	443
Conclusão	444

DIVERGÊNCIA 050 - Existência de responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais	445
Corrente 1: responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público	445
Corrente 2: responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais prestadoras de serviços públicos.....	446
Não abordam	448
Conclusão	449

DIVERGÊNCIA 051 - Sigilo comercial pode ser alegado para não dar acesso à informação apenas por empresas estatais que atuam sob regime concorrencial	451
Corrente 1: o sigilo comercial pode ser alegado para não dar acesso à informação apenas por empresas estatais que atuam sob regime concorrencial	451
Corrente 2: restringe a divulgação das empresas estatais que atuam sob regime concorrencial às normas da CVM sobre divulgação de informações	451
Corrente 3: restringe a divulgação das empresas estatais como um todo, mas trata de um dever de prestar informações, mesmo que sigilosas, aos órgãos de controle interno e externo	452
Não abordam	452
Conclusão	453

DIVERGÊNCIA 052 - Prescrição de direito de terceiro perante as empresas estatais	455
Corrente 1: prescrição quinquenal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos	455
Corrente 2: prescrição trienal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos	457
Corrente 2.1: defende que seja aplicada a prescrição trienal, mas reconhece a aplicação da prescrição quinquenal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos	458
Não abordam	459
Conclusão	461

DIVERGÊNCIA 053 - Aplicabilidade do regime de recuperação judicial e do regime falimentar das empresas estatais	463
Corrente 1: aplicável o regime de falências e recuperação judicial somente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica.....	463
Corrente 2: inaplicável o regime de falências e recuperação judicial às empresas estatais	464
Corrente 2.1: inaplicável o regime de falências e recuperação judicial às empresas estatais; critica a lei pelo tratamento igual a todas as empresas estatais	467
Não abordam	468
Conclusão	468

DIVERGÊNCIA 054 - Natureza jurídica das fundações públicas	469
Corrente 1: pessoa jurídica de direito privado	469
Corrente 2: pessoa jurídica de direito público.....	469

Corrente 3: pessoa jurídica de direito público ou privado	470
Conclusão	474

DIVERGÊNCIA 055 - Exigência de lei complementar para definição do objeto das fundações públicas.....475

Corrente 1: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas de direito privado	475
Corrente 2: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas de direito privado e de direito público	478
Corrente 3: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas (não distingue se de direito público ou privado).....	479
Não abordam	480
Conclusão	480

DIVERGÊNCIA 056 - Natureza jurídica do contrato de concessão de serviço público.....481

Corrente 1: a concessão é um contrato bilateral que produz efeitos trilaterais...	481
Corrente 2: a concessão é um contrato bilateral, sem mencionar nada quanto aos efeitos	483
Corrente 3: a concessão é um contrato plurilateral	484
Não abordam	484
Conclusão	485

DIVERGÊNCIA 057 - Natureza do vínculo que liga o concessionário ao usuário.....487

Corrente 1: apenas cita a divergência entre os doutrinadores sobre a natureza do vínculo que liga o concessionário ao usuário. Esse vínculo pode ser qualificado como de direito privado, de direito público, contrato de adesão ou estatutário..	487
Não abordam	487
Conclusão	489

DIVERGÊNCIA 058 - Natureza da prestação de serviços públicos por consórcios públicos.....491

Corrente 1: a prestação de serviços públicos por consórcios públicos tem natureza direta.....	491
Corrente 2: a prestação de serviços públicos por consórcios públicos tem natureza indireta complexa	492
Não abordam	493

Conclusão	494

DIVERGÊNCIA 059 - Possibilidade de celebração de contratos de concessão de serviços públicos por empresas estatais 495

Corrente 1: impossibilidade de empresas estatais cuja criação tenha sido autorizada em lei para a prestação de determinado serviço público serem concessionárias ou permissionárias desse mesmo serviço público.....495

Corrente 2: possibilidade apenas se a entidade seja criada com capital de mais de um ente federativo, qualquer um deles pode transferir a execução dos serviços públicos mediante a celebração de contratos de concessão ou permissão 495

Corrente 3: serão concessionárias de serviço público as empresas públicas formadas pela conjugação de recursos oriundos de entidades da esfera federal associados a recursos provenientes de entidades de orbita diversa; e as sociedade de economia mista formadas por capitais particulares em associação com capitais advindos de entidade governamental 496

Corrente 4: possibilidade apenas na celebração de contrato de concessão entre um ente federativo e uma entidade estatal vinculada a ente federativo diverso.....497

Corrente 5: não há concessão em sentido próprio às empresas estatais. Quando a prestação dos serviços é atribuída a uma empresa estatal, tem-se uma concessão de serviço público imprópria (concessão-descentralização) 498

Corrente 6: empresas estatais somente podem ser concessionárias mediante contrato.....500

Não se posicionam 500

Não abordam 502

Conclusão 502

DIVERGÊNCIA 060 - Natureza jurídica da permissão de serviço público 505

Corrente 1: natureza jurídica de contrato administrativo 505

Corrente 1.1: natureza jurídica de contrato administrativo de adesão 506

Corrente 1.2: natureza jurídica de contrato de adesão 508

Corrente 2: natureza jurídica de ato administrativo unilateral 511

Corrente 3: natureza jurídica de ato administrativo unilateral ou de contrato 512

Conclusão 514

DIVERGÊNCIA 061 - Existência de distinções entre permissão e concessão de serviço público 515

Corrente 1: aponta a existência de distinções entre permissão e concessão de serviço público 515

Corrente 1.1: aponta a existência de duas distinções entre permissão e concessão de serviço público	517
Corrente 1.2: aponta a existência de três distinções entre permissão e concessão de serviço público	518
Corrente 1.3: aponta a existência de quatro distinções entre permissão e concessão de serviço público	521
Corrente 1.4: aponta a existência de seis distinções entre permissão e concessão de serviço público	522
Corrente 1.5: aponta a existência de sete distinções entre permissão e concessão de serviço público	522
Corrente 2: aponta a inexistência de distinções entre permissão e concessão de serviço público	523
Conclusão	527

DIVERGÊNCIA 062 - Possibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público	529
Corrente 1: possibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público	529
Corrente 2: impossibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público	533
Não abordam	534
Conclusão	535

DIVERGÊNCIA 063 - Possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização	537
Corrente 1: possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização	537
Corrente 1.1: possibilidade de prestação excepcional de serviços públicos por meio de autorização	540
Corrente 2: impossibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização	541
Não se posiciona	542
Conclusão	544

DIVERGÊNCIA 064 - Natureza da autorização de serviço público	545
Corrente 1: ato administrativo unilateral, discricionário e precário	545
Corrente 1.1: ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Há caso raríssimo de autorização vinculada	547
Corrente 1.2: ato administrativo discricionário e precário	548

Corrente 2: natureza contratual	550
Corrente 3: ato de polícia unilateral	551
Não se posiciona	551
Não abordam	552
Conclusão	554

DIVERGÊNCIA 065 – Duplicidade de regime de serviço social autônomo 555

Corrente 1: não existe.....	555
Corrente 1.1: não existe, e enquadra as novas entidades como agências executivas, sob a forma de autarquias.....	556
Corrente 1.2: não existe, e enquadra as novas entidades como modalidade de fundação pública	557
Corrente 2: existe	558
Conclusão	563

DIVERGÊNCIA 066 – Obrigatoriedade de concurso público para admissão de pessoal nos serviços sociais autônomos 565

Corrente 1: não há obrigatoriedade de concurso público para admissão de pessoal nos serviços sociais autônomos.....	565
Corrente 2: exigência de processo seletivo para contratação	566
Corrente 3: inteira liberdade de contratação	568
Não abordam	568
Conclusão	569

DIVERGÊNCIA 067 – Obrigatoriedade de licitação nos serviços sociais autônomos 571

Corrente 1: são obrigados a realizar licitação	571
Corrente 2: não são obrigados a realizar licitação	573
Não se posiciona	576
Não abordam	576
Conclusão	577

DIVERGÊNCIA 068 – (In)constitucionalidade da discricionariedade na qualificação de OS 579

Corrente 1: discricionariedade na qualificação da OS	579
Corrente 2: discricionariedade na qualificação da OS é inconstitucional	582
Não abordam	585
Conclusão	586

DIVERGÊNCIA 069 - Âmbito de aplicação da Lei n.º 13.019/2014.....	587
Corrente 1: a Lei n.º 13.019/2014 é aplicável somente à União	587
Corrente 2: a Lei n.º 13.019/2014 é aplicável às três esferas de governo e às respectivas entidades da administração indireta	588
Não abordam	589
Conclusão	591
 DIVERGÊNCIA 070 - Natureza jurídica dos instrumentos jurídicos de parceria (termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação).....	593
Corrente 1: natureza jurídica de convênio	593
Corrente 1.1: natureza jurídica próxima ao convênio	594
Corrente 2: natureza jurídica de contrato lato sensu com essência de convênio	595
Não abordam	596
Conclusão	599

DIVERGÊNCIA 001 - Direito administrativo como produto da Europa continental ou de origem diversa

Corrente 1: direito Administrativo como produto da Europa continental

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O Direito Administrativo como disciplina autônoma, assim como a maioria das matérias de direito público, apenas **surgiu no período posterior à implantação do Estado de Direito, que se deu logo após a Revolução Francesa** (capítulo 1, item 1.7, p. 23)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

O direito administrativo começou a se formar nas primeiras décadas do século XIX. **É muito comum apontar uma lei francesa de 1800 como seu ato de nascimento**: essa lei disciplinou, de modo sistemático, a organização administrativa francesa, com base na hierarquia e na centralização.

[...]

Começaram a surgir manuais sobre a matéria. Em 1814 Romagnosi edita a obra *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*. Em Milão cria-se a cátedra denominada “Alta legislação em referência à Administração Pública”, regida por Romagnosi.

Foram, no entanto, as obras de autores franceses que tiveram mais repercussão: formaram o núcleo original da doutrina do direito administrativo e tiveram papel relevante na formação desse direito. São as obras de Macarel, de 1818, *Les éléments de jurisprudence administrative*; de De Gerando, 1830, *Institutes du droit administratif fran ais*; de Cormenin, 1840, *Traité du droit administratif*. Em 1819 criou-se, em Paris, a cátedra de “Direito público e administrativo”, regida por De Gerando.

[...]

Na segunda metade do século XIX foi se consolidando a sistematização do direito administrativo. Contribuíram para tal, principalmente, jurisprudência e obras de autores franceses, italianos e alemães. (...) Com poucas variações em tais matrizes temáticas, **o direito administrativo expandiu-se na Europa continental, passando a desenvolver-se também na Espanha, Portugal, Bélgica**. (capítulo 2, item 2.2, p. 30 e 31)

Corrente 2: direito Administrativo com origem diversa

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Não se afigura verdadeira a tese de que o Direito Administrativo só exista nos sistemas europeus formados com base nos princípios revolucionários do século XVIII. O que é verdadeiro é o fato de que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder; em consequência, o Direito Administrativo teve origem diversa e desenvolvimento menor em alguns sistemas, como o anglo-americano. Mesmo dentro dos “direitos” filiados ao referido sistema europeu existem diferenças que vale a pena assinalar, uma vez que, quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado. (capítulo 1, item 1, p. 58)

Não abordam

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Conclusão

Direito administrativo como produto da Europa continental ou de origem diversa

Corrente 1: direito Administrativo como produto da Europa continental (IPN; OM)

Corrente 2: direito Administrativo com origem diversa (MSZDP)

Não abordam (ASA; FM; CABM; MA e VP; MJF; AM; MC; DFMN; RCRO; JSCF; DCJ)

DIVERGÊNCIA 002 - Diferença entre Administração Pública e governo

Corrente 1: existe diferença

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Conforme se constata, **a noção de governo está relacionada com a função política de comando**, de coordenação, de direção e de estipulação de planos e diretrizes de atuação do Estado (as denominadas políticas públicas). **Não se confunde com o conceito de administração pública em sentido estrito, que vem a ser**, conforme veremos adiante, **o aparelhamento de que dispõe o Estado para a mera execução das políticas públicas estabelecidas pelos órgãos de governo**. (capítulo 2, item 2, p. 16-17)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Exatamente pela ilimitada projeção de seus misteres é que alguns autores têm **distinguido governo e administração, e função administrativa e função política, caracterizando-se esta por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela, sempre sujeita a regras jurídicas superiores**. (capítulo 1, item I, subitem 3, p. 74)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

As funções de governo são aquelas que se relacionam com a superior gestão da vida política do Estado e indispensáveis à sua própria existência. Ou, como assinala Renato Alessi, são funções que implicam "uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal". Assim, são exemplos de funções de governo, a iniciativa de leis pelo chefe do Executivo, a sanção, o veto, a decretação da intervenção federal, do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, a celebração de tratados internacionais, **bem assim as decisões políticas que fixam as diretrizes ou planos governamentais, que são executadas pela Administração Pública no desempenho da função administrativa**. (capítulo I, item 2.3, p. 29)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A expressão **função de governo** indica um conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades essenciais. **São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias.** Ambas as funções estão relacionadas à promoção dos direitos fundamentais, mas em níveis diversos. **A função administrativa é instrumento de realização direta e imediata dos direitos fundamentais.** A função de governo traduz o exercício da soberania da Nação e definição das decisões políticas mais gerais. A função de governo também envolve a realização dos direitos fundamentais, mas não consiste numa medida diretamente referida a isso. Quando o Presidente da República firma um tratado internacional, desempenha uma função política. Mas há função administrativa quando firma um contrato administrativo. A distinção não é simples, especialmente porque existem elementos políticos no desempenho de função administrativa, tal como há uma carga administrativa na função política. (p. 25)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

É seguro neste momento **distinguir as expressões “Governo” e “Administração”.** São termos parecidos e, muitas vezes, confundidos, embora expressem conceitos diversos nos vários aspectos em que se apresentam.

O Governo e a Administração, como criações abstratas da Constituição e das leis, atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções).

O **Governo** pode ser definido em diversas vertentes. Em sentido formal, considera-se o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais, enquanto no aspecto material, por sua vez, é o complexo de funções estatais básicas. No enfoque operacional, é a condução política dos negócios públicos, estando constante a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente, atuando, por meio de atos de soberania e atos de autonomia, como direção suprema dos interesses públicos. Em resumo, **é uma atividade política e discricionária, representando uma conduta independente do administrador, como um comando com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução (o que é natural da Administração).** (capítulo 1, item 3.2)

Administração é todo o aparelhamento do Estado pré-ordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. Não pratica atos de governo; **pratica atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional.** Conforme a competência dos órgãos e de seus agentes, é o instrumental de que dispõe o Estado para colocar em prática as opções políticas do Governo. A doutrina também coloca uma segunda utilização para essa expressão ao estabelecer que a Administração Pública, de igual forma, pode ser conceituada como uma atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica, exercendo uma conduta hierarquizada, sem responsabilidade constitucional e política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. Destarte, a Administração tem poder de decisão somente na área de suas atribuições e competência executiva, só podendo opinar sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência administrativa, sem qualquer faculdade de opção política. (capítulo 1, item 3.3, p. 67 e 68)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Por fim, cabe um rápido comentário sobre a **diferença entre função administrativa e função de governo**. Governo, em sentido objetivo, é a atividade de condução dos altos interesses do Estado e da coletividade. É a atividade diretiva do Estado. **O ato de governo, ou ato político, diferencia-se do ato administrativo por duas razões principais:** 1ª) o ato de governo tem sua competência extraída diretamente da Constituição (no caso do ato administrativo, é da lei); 2ª) o ato de governo é caracterizado por uma acentuada margem de liberdade, ou uma ampla discricionariedade, ultrapassando a liberdade usualmente presente na prática do ato administrativo. Exemplos de ato de governo: declaração de guerra, intervenção federal em Estado-membro, sanção a projeto de lei. Cabe frisar que a função política ou de governo é basicamente desempenhada pelo Poder Executivo, mesmo Poder encarregado do exercício típico da função administrativa. Então, as diferenças entre ato administrativo e ato de governo estão no regime jurídico, mas não na competência para sua prática. (capítulo 1, item 1.24, p. 157)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Para bem entender-se a distinção entre Administração Pública (em sentido estrito) e Governo, é mister partir da diferença entre as três funções do Estado. Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A

primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis ao caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas.

[...]

Basicamente, **a função política compreende as atividades colegislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia.**

Não há uma separação precisa entre os dois tipos de função. Sob o ponto de vista do conteúdo (aspecto material), não se distinguem, pois **em ambas as hipóteses há aplicação concreta da lei.** Alguns traços, no entanto, parecem estar presentes na função política: ela abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por esta se regulam; e dizem respeito mais à polis, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais.

Costuma-se dizer que os atos emanados no exercício da função política não são passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário; as Constituições de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94) estabeleciam que as questões exclusivamente políticas não podiam ser apreciadas pelo Poder Judiciário. As Constituições posteriores silenciaram, mas **a vedação persiste, desde que se considerem como questões exclusivamente políticas aquelas que, dizendo respeito à polis, não afetam direitos subjetivos.** No entanto, se houver lesão a direitos individuais e, atualmente, aos chamados interesses difusos protegidos por ação popular e ação civil pública, o ato de Governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

São exemplos de atos políticos: a convocação extraordinária do Congresso Nacional, a nomeação de Comissões Parlamentares de Inquérito, as nomeações de Ministros de Estado, as relações com Estados estrangeiros, a declaração de guerra e de paz, a permissão para que forças estrangeiras transitem pelo território do Estado, a declaração de estado de sítio e de emergência, a intervenção federal nos Estados. Além disso, podem ser assim considerados os atos decisórios que implicam a fixação de metas, de diretrizes ou de planos governamentais. Estes se inserem na função política do Governo e serão executados pela Administração Pública (em sentido estrito), no exercício da função administrativa propriamente dita. (capítulo 2, item 2.3.1, p. 187, 188 e 189)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Assim, a iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, ou a destituição de altas autoridades por crime de

responsabilidade (impeachment) no presidencialismo, a declaração de estado de sítio (e no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra são atos jurídicos que manifestamente não se encaixam na função jurisdicional. Também não se enquadram na função legislativa, como é visível, até por serem atos concretos.

Outrossim, não se afeiçoam à função executiva nem de um ponto de vista material, isto é, baseado na índole de tais atos, nem de um ponto de vista formal.

Dela diferem sob o ponto de vista material, porque é fácil perceber-se que a **função administrativa, ao contrário dos atos citados, volta-se, conforme a caracterização que lhe deram os autores adeptos deste critério, para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade**, os quais, bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal preexistente. **In casu, diversamente, estão em pauta atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas.** Diferem igualmente da **função administrativa do ponto de vista formal**, que é o que interessa, por não estarem em pauta comportamentos infralegais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, **suscetíveis de revisão quanto à legitimidade.**

Tais atos, ao nosso ver, integram uma função que se poderia apropriadamente chamar de “função política” ou de “governo”, desde que se tenha a cautela de dissociar completamente tal nomenclatura das consequências que, na Europa, se atribuem aos atos dessarte designados. É que, **em vários países europeus, sustenta-se que os atos políticos ou de governo são infensos a controle jurisdicional, entendimento este verdadeiramente inaceitável** e que, como bem observou o eminente Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é incompatível com o Estado de Direito, constituindo-se em lamentável resquício do absolutismo monárquico. (capítulo I, item III, p. 36 e 37)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A doutrina, tradicionalmente, tem procurado estabelecer **distinções entre a Administração** (composta por agentes administrativos, responsáveis pela função administrativa) **e o Governo** (formada por agentes políticos que desempenham função política). **No âmbito da Administração, as atividades desenvolvidas resultariam nos atos administrativos; no governo, os atos editados seriam atos governamentais com características próprias.**

[...]

Os atos de governo (políticos) seriam provenientes de autoridades do alto escalão do Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito) e versariam,

predominantemente, sobre o relacionamento com outros Poderes (âmbito interno) ou com outros países (âmbito externo). Ex.: apresentação ou retirada de projeto de lei pelo Chefe do Executivo; sanção, promulgação e publicação de leis; veto a projetos de lei; declaração de guerra, etc.

Ainda que se possa perceber, em algumas situações, a distinção entre atividades administrativas (prestação de serviços públicos, etc.) e atividades de governo (decisões políticas fundamentais na alocação de recursos orçamentários, no planejamento das políticas públicas, nas relações internacionais etc.), fato é que não existe uma fronteira rígida entre essas duas funções. **A distinção geralmente é utilizada com o intuito de afastar os atos políticos do controle judicial, o que, atualmente, deve ser refutado ou, ao menos, relativizado, pois nenhum ato jurídico** (político ou administrativo) **pode escapar, em princípio, do controle judicial**, em razão do art. 5º, XXXV, da CRFB, o que pode ser demonstrado, por exemplo, pelo fenômeno da judicialização das políticas públicas. (capítulo 4, item 4.6, p. 159 e 160)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Algumas afirmações vêm sendo reiteradas para distinguir Administração e governo. Este tem a ver com a tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade, com vistas até ao seu futuro; Administração significa realizar tarefas cotidianas e simples. Também se diz que o governo é dotado de função primordialmente política e fixa as diretrizes da vida associada, cabendo Administração a tarefa de simples cumprimento de tais diretrizes; nessa linha, a Administração apareceria como dependente do governo ou submetida às diretrizes do governo.

Em determinadas situações é possível perceber a função governamental e a respectiva atuação de impulso, por exemplo, na opção por determinada política econômica, na tomada de posição em questão internacional.

Mas, em geral, mostra-se difícil a fixação de fronteiras rígidas entre governo e Administração. Na era contemporânea, aumentou a importância da atividade administrativa na dinâmica do Estado, e uma das consequências disso é a participação de servidores (isto é, da chamada burocracia) em atividades que seriam típicas de governo, tais como fixação do conteúdo de projetos de lei, fixação do teor de regulamentos e decretos, apresentação de propostas que se transformam em realização concreta ou ato normativo. Além do mais, no Brasil coexistem, no vértice do Poder Executivo, funções governamentais e funções administrativas, o que dificulta também a nítida separação de ambas. Na prática da atuação do Executivo ocorre, em geral, um emaranhado de governo e Administração, o que, segundo alguns, permite

evitar um governo puramente político e uma Administração puramente burocrática. (capítulo 3, item 3.3, p. 42)

Corrente 2: não existe diferença

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Há alguns autores que diferenciam a atividade administrativa (Administração Pública) da atividade de governo (Governo). Aquela seria meramente executora das políticas públicas maiores traçadas pelos agentes públicos democraticamente eleitos (governo), cujos atos, em razão do seu conteúdo político, não seriam controlados jurisdicionalmente.

Em primeiro lugar, devemos lembrar, com EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, que, em uma democracia onde haja garantia constitucional de acesso à justiça, não podem existir atos do Poder Público que, a priori, não possam ser controlados pelo Judiciário, os chamados “atos políticos”. Em segundo lugar, a distinção entre Governo e Administração Pública não procede, pois a criação e a execução de políticas públicas se dão simultaneamente, em um processo de retroalimentação, não sendo possível a diferenciação absoluta entre as duas. (capítulo II, item II.1, p. 84)

Não se posicionam

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Alguns autores aludem, ainda, a uma quarta categoria de funções: a função política. Em razão de cometer-se a administração pública dos interesses da sociedade a um Poder do Estado – o Executivo, Guido Zanobini, clássico italiano que bem representa importante corrente de autores, acima referida, **propôs a distinção entre a atividade de administração e a que denomina de atividade de governo**. Radicalmente, Raymond Carré de Malberg se refere até à insubordinação jurídica da função de governo, ou seja, de toda essa categoria de funções políticas, a que Otto Mayer se refere como uma quarta espécie de atividade estatal (Regierung), esclarecendo que o próprio sentido da palavra governo escaparia ao problema técnico de situá-la entre as funções do Estado vinculadas ao Direito, acima que estaria de todas elas, levando-os a adotar um amplíssimo conceito de Governo, tal como se propõe em Ciência Política, ao se referir à totalidade do aparato visível do Estado.

Como alternativa a reconhecer a existência autônoma dessa que seria uma quarta função jurídica do Estado – uma admissão que importaria em

retrocesso doutrinário, por sua incompatibilidade visceral com conceito dominante de juridicidade – **é suficiente considerar-se a possibilidade da abertura jurídica de uma discricionariade política**, que seria apenas atributiva de uma qualidade, ou conteúdo, próprios a determinadas escolhas de governo, que estaria juridicamente autorizada e limitada como uma especial qualificação de qualquer função cometida ao Estado pela ordem jurídica vigente.

[...]

Em suma: o traço marcante da escolha política, seja ela principal ou residual, se encontra nessa peculiar amplitude, reafirme-se – **aberta pela ordem jurídica – permitindo que certas escolhas integrativas sejam confiadas aos agentes de Poder ou de órgãos constitucionalmente independentes do Estado, o que geralmente é feito a partir da edição de normas amplas e rarefeitas que contenham conceitos jurídicos indeterminados.** (capítulo II, item 9.4, p. 80 e 81)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Salienta-se que a expressão governo vem sofrendo alterações de conteúdo ao longo dos tempos. A concepção clássica dispunha que governo era sinônimo de Estado, somatória dos três poderes. Atualmente, porém, **governo em - sentido subjetivo - é a cúpula diretiva do Estado responsável pela condução das atividades estatais**, ou seja, o conjunto de poderes e órgãos constitucionais. **Na acepção objetiva ou material, governo é a atividade diretiva do Estado, confundindo-se com o complexo de suas funções básicas.** (capítulo 1, item 2, p. 35)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Diz-se também que o Executivo **desempenha função política ou de governo**. [...]

A divisão entre função política e função administrativa tem um lado positivo ou construtivo e outro cujos efeitos são mais criticáveis. Do ponto de vista positivo, a diferenciação entre função administrativa e função política garante maior autonomia à Administração Pública, porque esta não é mais considerada da perspectiva de mero instrumento de política partidária ou de “clientelismo”. Segundo Garrido Falla, é interessante “tornar independente a marcha dos serviços públicos frente às possíveis oscilações dos assuntos de governo, determinadas pela mutação dos partidos políticos no poder”.

Note-se que o modelo apresentado é apenas um esboço do que ocorre na prática, útil para ilustrar a diferenciação entre as funções distintas desempenhadas pelo Poder Público. Por conseguinte, tendo em vista que a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito houve a tentativa de reforço de uma sociedade pluralista, que se deu com a multiplicação dos centros de poder, há tempos não se pode mais sustentar que, na realidade, haja apenas uma Administração Pública coesa e hierarquicamente submetida ao Chefe do Poder Executivo ou mesmo de seus delegatários diretos (ministros e secretários), porque, na prática, existem diversas Administrações Públicas (capítulo 1, item 1.10, p. 31 e 32)

Conclusão

Diferença entre Administração Pública e governo

Corrente 1: existe diferença (MA e VP; JSCF; DCJ; MJF; FM; AM; MSZDP; CABM; RCRO; OM)

Corrente 2: não existe diferença (ASA)

Não se posicionam (DFMN; MC; IPN)

DIVERGÊNCIA 003 - Atividades administrativas

Corrente 1: três atividades – serviço público, poder de polícia e fomento

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Uma segunda concepção identificaria os **serviços públicos como as atividades prestacionais** em geral do Estado, ou seja, as funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade do Estado. Assim, abrangeriam os chamados serviços públicos econômicos (remuneráveis por taxa ou tarifa – ex.: fornecimento de energia elétrica), os serviços sociais (que podem ser prestados livremente – sem delegação – pela iniciativa privada – ex.: educação) e os serviços uti universi (inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis com exatidão, como a iluminação pública).

Ficariam de fora do conceito apenas a **polícia administrativa**, que, em vez de prestar utilidades aos indivíduos, lhes restringe a esfera de liberdade; e o **fomento**, que apenas visa a incentivar a sociedade e o mercado a, eles próprios, atuarem no sentido da realização do interesse público. (capítulo XIV, item XIV.2.2, p. 720 e 721)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

O grande número e a diversidade das atribuições cometidas ao Estado, nos dias atuais da chamada pós-modernidade, não impedem a doutrina de identificar as três tarefas precípuas da Administração Pública moderna, cuja ordem abaixo indicada reflete a sequência histórica exata em que as tarefas foram sendo atribuídas ao Poder Público durante os séculos XIX e XX:

1ª) o exercício do **poder de polícia**: foi a primeira missão fundamental conferida à Administração, ainda durante o século XIX, período do chamado “Estado-Polícia”[19] ou “Estado-Gendarme”. O poder de polícia consiste na limitação e no condicionamento, pelo Estado, da liberdade e propriedade privadas em favor do interesse público;

2ª) a **prestação de serviços públicos**: na primeira metade do século XX, especialmente após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), as denominadas Constituições Sociais (mexicana, de 1917, e alemã, ou de Weimar, de 1919) passaram a atribuir ao Estado funções positivas (o poder de polícia é função negativa, limitadora) de prestação de serviços públicos, como o oferecimento de transporte coletivo, água canalizada e energia elétrica;

3ª) a realização de **atividades de fomento**: já na segunda metade do século XX, a Administração Pública passou também a incentivar setores sociais específicos, estimulando o desenvolvimento da ordem social e econômica. (capítulo 1, item 1.14, p. 104)

Corrente 2: quatro atividades - serviço público, poder de polícia, fomento e intervenção

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

São usualmente apontadas como próprias da administração pública em sentido material as seguintes atividades:

1) **serviço público** (prestações concretas que representem, em si mesmas, diretamente, utilidades ou comodidades materiais para a população em geral, oferecidas pela administração pública formal ou por particulares de legatários, sob regime jurídico de direito público);

2) **polícia administrativa** (restrições ou condicionamentos impostos ao exercício de atividades privadas em benefício do interesse público; exemplo típico são as atividades de fiscalização);

3) **fomento** (incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, por exemplo, mediante a concessão de subvenções e benefícios fiscais);

4) **intervenção** (abrangendo toda intervenção do Estado no setor privado, exceto a sua atuação direta como agente econômico; estão incluídas a intervenção na propriedade privada, a exemplo da desapropriação e do tombamento, e a intervenção no domínio econômico como agente normativo e regulador, por exemplo, mediante a atuação das agências reguladoras, a adoção de medidas de repressão a práticas tendentes à eliminação da concorrência, a formação de estoques reguladores etc.) (capítulo 2, item 3.3, p. 65)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

É no sentido amplo que se utilizará a expressão doravante, de modo a distinguir o **serviço público** propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, **polícia, fomento e intervenção**. (capítulo 4, item 4.1.4, p. 292)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Advirta-se, porém, que a função ou atividade administrativa não se resume a serviços públicos, como fazem crer alguns autores. Ela compreende, hodiernamente, no mais das vezes a **prestação dos serviços públicos, o exercício do poder de polícia administrativa, a atividade de fomento e a atividade de intervenção [...]** (capítulo I, item 2.2, p. 28)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O Direito Administrativo, com suas bases no **serviço público, no poder de polícia, na atividade de fomento e de intervenção** na atividade privada, alimenta a constitucionalidade destas ações, ao tempo em que delas se valem para se alimentar também, adequando-se a realidade temporal que, hoje, mais do que ontem, urge por um imperativo de responsabilidade máxima, onde a consciência crítica e reflexiva da humanidade, seja identificada com os Direitos Humanos Universais. (Notas à 1ª edição)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O interesse público pode ser dividido em duas categorias:

a) interesse público primário: relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (**serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica**). (capítulo 3, item 3.2.7, p. 113)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Contudo, desde o começo do século XX, já da contenda entre Duguit e Hauriou, ficou claro que o Direito Administrativo, a despeito da disparidade de conceitos adotados pela Escola de Bordeaux, não compreende apenas a **prestação de serviços públicos**, mas também o desenvolvimento de inúmeras outras atividades, tais como: a **intervenção direta** no mercado, em regime de monopólio ou de livre-concorrência, a **intervenção indireta** que se relaciona com o desenvolvimento do **poder de polícia**, o que compreende a restrição de atividades particulares em nome do interesse coletivo e a

concessão de **fomentos** para a iniciativa privada de interesse público (capítulo 1, item 1.9, p. 28).

Corrente 3: quatro atividades - função ordenadora, prestacional, regulatória/de fomento e de controle

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

[...] Analisemos separadamente cada uma dessas atividades.

A **função ordenadora** da Administração Pública se manifesta pelo exercício do poder de polícia. Consiste na limitação e no condicionamento pelo Estado da liberdade e propriedade privadas em favor do interesse público, atualmente com definição no art. 78 do Código Tributário Nacional, por ensejar a possibilidade de cobrança de taxa pelo seu exercício.

A **função prestacional** se caracteriza pela prestação de serviços públicos. Desde a primeira metade do século XX, mas especificamente no pós 1^a guerra mundial, com o surgimento das chamadas constituições sociais (mexicana, de 1917, e alemã ou de Weimar, de 1919) passou-se a atribuir ao Estado funções positivas de prestação de serviços públicos, fornecimento de transporte coletivo, água e energia elétrica.

A **função regulatória ou de fomento** se manifesta pelo incentivo a setores sociais específicos em atividades exercidas por particulares, estimulando o desenvolvimento da ordem social e econômica e o consequente crescimento do país. Enseja poderes especiais para disciplinar condutas individuais e coletivas, principalmente em razão da recente tendência de transferir para o setor privado atividades anteriormente exercidas pelo Estado. Essa função está presente, inclusive, nas atividades exercidas pelas Agências Reguladoras.

A **função de controle** surge pelo poder-dever atribuído ao Estado de verificar a correção e legalidade da atuação exercida pelos seus próprios órgãos. É importante saber que essa função está espalhada em todas as funções de Estado, sendo dever do Poder Legislativo e do Judiciário a realização desse controle. Entretanto, não se pode excluir ou suprimir a função administrativa de controle, exercida dentro da estrutura de cada órgão, sempre exercida em respeito ao devido processo legal e com observância das garantias do contraditório e da ampla defesa para todos aqueles que possam ser atingidos pela atividade controladora. (capítulo 1, item 3, p. 36)

Corrente 4: cinco atividades - serviço público, poder de polícia, fomento, ordenamento social e ordenamento econômico

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Por conveniência didática, ao se compor o critério cronológico com o da finalidade visada, distinguem-se cinco grandes categorias de atividades administrativas públicas extroversas: **o exercício da polícia, a prestação de serviços públicos, a execução do ordenamento econômico e do ordenamento social e o oferecimento do fomento público**. (capítulo VI, item 25.2, p. 196)

Corrente 5: cinco atividades - função conformadora/ordenadora, regulatória, de fomento, prestacional e de controle

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Função administrativa conformadora ou ordenadora

A função conformadora é o conjunto de poderes para editar regras, produzir decisões e promover sua execução concreta, visando a conformar, dentro de certos limites, liberdades e direitos individuais, como meio de produzir a harmonia social. Essa categoria compreende também o chamado dever de proteção, relacionado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso consiste na atuação ativa que visa a assegurar que os direitos fundamentais sejam preservados em relações entre sujeitos privados. A função administrativa conformadora traduz-se, de modo especial, no instituto do poder de polícia. (p. 26)

Função administrativa regulatória

A função administrativa regulatória envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, mas também se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento de atividades privadas. O vocábulo “regulatória” vem sendo aplicado, de modo especial, para a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo. A função administrativa regulatória costuma ser

atribuída a entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, tal como as agências reguladoras independentes. (p. 26)

Função administrativa de fomento

A função administrativa de fomento envolve a competência para aplicar recursos públicos e adotar providências destinadas a orientar o uso de recursos privados visando a incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas para atingir os fins constitucionalmente protegidos. (capítulo 2, item 2.14.3, p. 26)

Função administrativa prestacional

A função administrativa prestacional é composta dos poderes para promover a satisfação concreta das necessidades coletivas relacionadas a direitos fundamentais. Traduz-se, em especial, ao instituto do serviço público. Mas aí também poderia estar abrangida a intervenção direta do Estado no domínio econômico, autorizada e disciplinada no art. 173 da CF/1988. (capítulo 2, item 2.14.4, p. 26)

Função administrativa de controle

Mas também se pode aludir a uma função administrativa de controle, para indicar uma atuação formal e institucionalizada direcionada a verificar a correção formal e material da atuação dos próprios órgãos estatais. Lembre-se que, na essência, a teoria da separação dos poderes se justifica como instrumento de controle do exercício do poder. Portanto, o controle das atividades administrativas está abrangido tanto na função legislativa quanto na função jurisdicional. No entanto, a complexidade e especialização das funções administrativas, assim como a demanda por transparência na atuação dos órgãos estatais, conduziram ao surgimento de controles cada vez mais sofisticados e detalhados. [...] (capítulo 2, item 2.14.5, p. 26)

Corrente 6: seis atividades - serviço público, intervenção do Estado no domínio econômico e social, limitações à liberdade e à propriedade, imposição das sanções para infrações administrativas, sacrifícios de direito e gestão dos bens públicos

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Expostas as vias técnico-jurídicas por cujo meio a Administração opera, cumpre examinar as atividades por ela desempenhadas. Sabiamente as atividades desempenhadas são muito heterogêneas. Cumpre, entretanto, buscar agrupá-las por categorias que apresentem afinidades jurídicas. Assim, é possível discernir dentro deste conjunto suas principais espécies, a saber:

a) **serviços públicos**, vale dizer, atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-

lhes a prestação, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado tempo e lugar. [...];

b) **intervenção do Estado no domínio econômico e social.** Conquanto segmento da atividade econômica seja alçada dos particulares no exercício da livre iniciativa – em contraposição aos serviços públicos que se alocam no universo estatal – o Poder Público, de fora parte providências de fomento ou de assegurar a obediência à disciplina legal do setor, em certas hipóteses raras, constitucionalmente admitidas, pode também atuar como protagonista do mundo empresarial. Demais disto, o Estado interfere também na esfera social, seja por via dos serviços públicos sociais, seja fomentando a atividade de particulares em tal setor;

c) cumprimento das normas legais que estabelecem as **limitações administrativas à liberdade e à propriedade**, condicionando o exercício de uma e de outra, para evitar comportamentos danosos ao conjunto social. Esta atividade de assegurar o cumprimento das leis que configuram o âmbito legítimo da liberdade e da propriedade, pelo delineamento do perfil desses direitos, se efetiva mediante atos ora fiscalizadores, ora preventivos – liberando ou interditando comportamento dos administrados -, ora repressivos. Costuma ser designado como “poder de polícia”, em sentido estrito, pois tal locução em sentido amplo, engloba também as disposições legais atinentes à matéria. [...];

d) **imposição das sanções previstas para as infrações administrativas**, atividade, esta, pela qual a Administração cumpre uma função intimidativa e exemplar para que sejam desestimuladas as condutas que atentam contra a boa ordem administrativa, sejam elas fruto de violação das supra aludidas limitações administrativas à liberdade e à propriedade legalmente estabelecidas, sejam elas fruto de desobediência a normas que hajam decorrido das relações específicas que hajam sido travadas entre a Administração e determinados administrados;

e) **sacrifícios de direito**, vale dizer, providências administrativas nas quais a Administração, para realizar interesses públicos, devidamente apoiada em lei, investe contra direito dos administrados, restringindo-os ou eliminando-os, ressalvada a indenização a que estes fazem jus pelo agravo sofrido. Aqui a situação é profundamente diversa das limitações administrativas [...];

f) **gestão dos bens públicos**, ou seja, regime jurídico do mero dos bens públicos, o que supõe, preliminarmente, identificação dos que serão qualificáveis como integrantes do domínio público, suas classificações, formas de aquisição e de utilização. (parte IV, p. 691 a 693)

Corrente 7: múltiplas atividades

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Tendo em vista a dificuldade de abranger a maior parte das atividades administrativas numa classificação, serão somente enunciadas as atividades mais frequentes:

- a) *atividade normativa*, também denominada preceptiva – a Administração disciplina setores da vida coletiva, com base na Constituição ou em leis;
- b) *atividade prestacional* – propicia serviços públicos (por exemplo: água, luz, coleta de lixo, limpeza de ruas, assistência social);
- c) *atividade limitadora de direitos*, por alguns denominada atividade autoritária, ordenadora, interventora – restringe, limita ou retira direitos (por exemplo: proibições de atividades, desapropriação, polícia das construções);
- d) *atividade fiscalizadora* – destina-se a verificar o cumprimento de preceitos que os particulares devem observar em vários setores (por exemplo: fiscalização de tributos, inspetoria do trabalho, fiscalização do trânsito, vigilância sanitária);
- e) *atividade organizacional* – visa a estruturar internamente seus órgãos e distribuir as competências;
- f) *atividade contábil* – engloba os serviços de contabilidade existentes em todo órgão administrativo;
- g) *atividade tributária* – consiste, sobretudo, nas atuações relativas ao lançamento e arrecadação de tributos;
- h) *atividade punitiva ou sancionadora* – impõe sanções a particulares ou a servidores, por descumprimento de preceitos legais (por exemplo, interdição de atividades e demissão);
- i) *atividade econômica* – atuações que repercutem direta ou indiretamente na economia, condicionando atividades e interesses de grande parte da população (por exemplo: desempenho de atividades comerciais e industriais, controle de preços, controle do câmbio, disciplina do crédito ao consumidor);
- j) *atividade social* – destinada a propiciar melhores condições de vida a setores carentes da sociedade (por exemplo: construção de moradias populares e abertura de frentes de trabalho);
- k) *atividade de pesquisa* – científica, técnica, levantamento de dados;
- l) *atividade especificamente jurídica* – assessorias ou consultorias jurídicas, defesa da Fazenda Pública em juízo;
- m) *atividade de planejamento* (por exemplo: elaboração de planos de desenvolvimento, planos urbanísticos);
- n) *atividade de documentação e arquivo* – destina-se a conservar documentos, registros e processos;

- o) *atividade cultural* (por exemplo: bibliotecas, museus e teatros públicos, promoção de espetáculos, concertos, eventos artísticos, manutenção de orquestras, corpos de balé e corais);
- p) *atividade educacional* (por exemplo: rede oficial de ensino de primeiro e segundo graus; universidades públicas);
- q) *atividade de controle interno* (por exemplo: inspetorias, corregedorias);
- r) *atividade de fomento ou incentivo* – estímulo a condutas e atuações de particulares, sem uso de mecanismos de coação (por exemplo: subsídios, incentivos fiscais, prêmios e condecorações);
- s) *atividades materiais* – também denominadas atividades de execução material ou operações materiais – consistem em atuações bem concretas (por exemplo: poda de árvores, pavimentação de rua, limpeza de córrego, plantio de mudas). (capítulo 6, item 6.2, p. 100 e 101)

Não aborda

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Atividades administrativas

Corrente 1: três atividades – serviço público, poder de polícia e fomento (ASA; AM)

Corrente 2: quatro atividades - serviço público, poder de polícia, fomento e intervenção (MA e VP; MSZDP; DCJ; FM; RCRO; IPN)

Corrente 3: quatro atividades - função ordenadora, prestacional, regulatória/de fomento e de controle (MC)

Corrente 4: cinco atividades - serviço público, poder de polícia, fomento, ordenamento social e ordenamento econômico (DFMN)

Corrente 5: cinco atividades - Função conformadora/ordenadora, regulatória, de fomento, prestacional e de controle (MJF)

Corrente 6: seis atividades - serviço público, intervenção do Estado no domínio econômico e social, limitações à liberdade e à propriedade, imposição das sanções

para infrações administrativas, sacrifícios de direito e gestão dos bens públicos (CABM)

Corrente 7: múltiplas atividades (OM)

Não aborda (JSCF)

DIVERGÊNCIA 004 - Direito comum da Administração Pública ou do direito público

Corrente 1: direito comum da Administração Pública

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

De qualquer forma, o Direito Administrativo não pode ser considerado como um Direito excepcional em relação ao que seria o Direito comum da sociedade, consistente basicamente no Direito Civil. **Ele é o Direito comum da Administração Pública.** (capítulo I, item I.1, p.56)

Assim, poderíamos conceituar o **Direito Administrativo como o ramo do Direito Público que tem por objeto as regras e princípios que regem as atividades administrativas do Estado**, entendidas estas como as que não são jurisdicionais ou legislativas, seus meios, prerrogativas, deveres, limites e controles. (capítulo II, item II.1, p.85)

[...]

O Direito Administrativo geral abrange os institutos e conceitos basilares que são aplicados a todas as atividades e situações da Administração Pública (princípios, fontes, atos administrativos, organização administrativa etc.).

Fora deles há uma série de conjuntos normativos e principiológicos do Direito Administrativo que se aplicam apenas a determinados aspectos da atividade administrativa (ex.: Direito Administrativo Processual) ou à proteção de certos interesses públicos específicos (ex.: Direito da Concorrência).

Já há até uma série de ramos do Direito que atualmente são considerados autônomos que nasceram como uma especialização do Direito Administrativo, como um estudo específico de determinadas atividades administrativas, mas que adquiriram uma dimensão tal que, nem que seja por motivos didáticos, entendeu-se melhor autonomizá-los (ex.: o Direito Tributário e o Direito Previdenciário). De toda sorte, **o Direito Administrativo sempre será a matéria basilar deles** (ex.: os requisitos formais do ato administrativo de lançamento tributário, as obrigações tributárias acessórias e o processo administrativo tributário são regidos essencialmente mais pelo Direito Administrativo do que pelo Direito Tributário propriamente dito).

Há algumas áreas que estão ainda nesse processo de autonomização em relação ao Direito Administrativo (ex.: Direitos Urbanístico, Ambiental, Aeronáutico, Agrário etc.).

Não podemos deixar de mencionar **algumas áreas que se especializaram dentro do Direito Administrativo**, mas que, ao sofrer o influxo de outras disciplinas jurídicas (principalmente do Direito Privado) ou de áreas específicas do conhecimento tecnológico, tornaram-se bem específicas, havendo quem sustente que se configuraram como novos ramos do Direito, transversais aos demais. Assim, se falaria de Direito das Telecomunicações, Direito do Petróleo, Direito do Mercado de Capitais etc.

Outras áreas tendem a permanecer no Direito Administrativo, mas como setores específicos, isto é, como Direitos Administrativos Especiais (ex.: Direito Administrativo Sancionador, Direito Econômico ou Regulatório, Direito da Concorrência, Direito Sanitário etc.).

Esses **ramos especiais do Direito Administrativo** possuem alguns princípios setoriais próprios, mas não possuem autonomia científica ou sequer didática. (capítulo II, item II.2, p. 86 e 87)

Corrente 2: direito comum do direito público

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Ocorre que conhecida repartição didático-científica do Direito em dois blocos, Direito Público e Direito Privado, cria uma ressalva nesse processo de importação de soluções (integração). Assim, se um ramo é de Direito Público, não faz sentido recorrer às normas análogas presentes no Direito Civil. As soluções jurídicas aplicáveis a problemas privados não servem de modelo para dirimir adequadamente controvérsias que envolvem o Estado. São às normas e aos princípios administrativos que o operador do direito deve recorrer na hipótese de lacuna nos ramos juspublicísticos. **O Direito Administrativo é o direito comum dos ramos do Direito Público**. (capítulo 1, item 1.9, p. 93)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Esta é a razão pela qual **o Direito Administrativo deve ser estudado como o direito comum do Direito Público**, assim como o Direito Civil é o direito comum do Direito Privado, pois, como facilmente se deduz da taxinomia aqui sumariamente apresentada, hodiernamente, no Direito Administrativo são encontrados inúmeros princípios, preceitos, conceitos e institutos fundamentais aplicáveis aos demais ramos disciplinares e didáticos do Direito Público contemporâneo. (capítulo IV, item 16.1, p. 111)

Não abordam

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Conclusão

Direito comum da Administração Pública ou do direito público

Corrente 1: direito comum da Administração Pública (ASA)

Corrente 2: direito comum do direito público (AM; DFMN)

Não abordam: MA e VP; JSCF; MC; DCJ; MSZDP; MJF; FM; OM; CABM; IPN; RCRO.

DIVERGÊNCIA 005 - Benefícios da codificação

Corrente 1: há benefícios em uma codificação total

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O direito administrativo no Brasil não se encontra codificado, isto é, os textos administrativos não estão reunidos em um só corpo de lei, como ocorre com outros ramos do nosso direito (Código Penal, Código Civil). As normas administrativas estão espalhadas no texto da Constituição, em diversas leis, ordinárias e complementares, e ainda em muitos outros diplomas normativos, a exemplo de decretos-leis, medidas provisórias, regulamentos e decretos do Poder Executivo, **circunstância que muito dificulta a obtenção de um conhecimento abrangente, bem como a formação de uma visão sistemática, orgânica**, desse importante ramo do direito. (capítulo 1, item 3, p. 49)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

As normas administrativas estão espalhadas, tanto no texto da Constituição Federal como em diversas leis ordinárias e complementares e em outros diplomas normativos como decretos-leis, medidas provisórias, regulamentos e decretos do poder executivo, **circunstância que dificulta um conhecimento abrangente, bem como a formação de uma visão sistemática, orgânica** desse ramo do Direito.

De fato, pode ser apresentada como argumento a favor da codificação a segurança jurídica e a maior transparência do processo decisório. Também se fala em garantir previsibilidade das decisões administrativas e estabilidade social. Por fim, a codificação garante maior acesso da população, facilitando o controle da atuação estatal. Por sua vez, alguns doutrinadores apontam como argumentos contrários à codificação, a estagnação do Direito, desatualização constante, além da competência concorrente em determinados pontos da matéria e da diversidade de temas a serem codificados.

Frise-se que, em determinados ordenamentos jurídicos, há codificação nesse ramo do Direito, como em Portugal, por exemplo. (capítulo 1, item 5, p. 41 e 42)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O Direito Administrativo não conta com uma codificação, o que acaba causando uma discussão doutrinária sobre os seus benefícios e coloca os doutrinadores em três posições: os que negam as suas vantagens, os que defendem a necessidade de uma codificação parcial e os que propugnam pela codificação total, o que representa a maioria da doutrina. A prática atual deixou bem claro que o Código não traz a estagnação do Direito, como defendia Savigny e seus seguidores. Assim sendo, espera-se que os legisladores brasileiros se conscientizem de sua necessidade.

A atual formação dessa disciplina, que é feita por leis esparsas, muitas vezes dificulta a obtenção do conhecimento pelos interessados, não permitindo uma visão panorâmica do Direito a que pertencem. **Somente o Código remove esses inconvenientes da legislação fragmentária**, pela aproximação e coordenação dos textos que se interligam para a formação do sistema jurídico, dando maior segurança ao aplicador e resolvendo grandes divergências. Pode-se apontar, como exemplo, o Código Administrativo de Portugal. (capítulo 1, item 2.4, p. 62)

Corrente 2: não há benefícios em uma codificação total ou parcial

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Diante da quantidade de legislação existente em Direito Administrativo, alguns autores sustentam a conveniência de sua codificação. Buscam com isso os objetivos que a codificação tinha nos oitocentos: dar um suposto “prestígio científico” ao Direito Administrativo e tentar agregar todas as suas normas, na medida em que o nosso sistema federativo o permitir, em um **documento único**.

Ora, se o malogro da codificação é afirmado até mesmo no Direito Civil, quicá no Direito Administrativo, **ramo que passa por grandes mudanças e é disperso federativamente**. Se fosse feito um Código de Direito Administrativo, logo ele estaria sendo excepcionado, atualizado e agregado por uma série de leis especiais. A pretensão de esgotamento do Direito Administrativo em um documento único, além de, no Brasil, não poder ser totalmente satisfeita em razão da Federação, chocar-se-ia com a mobilidade e necessidade de permanente adaptação da Administração às situações concretas. (capítulo II, item II.5, p. 96)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

O sistema legislativo pátrio **não adotou o processo de codificação administrativa**, de modo que cada pessoa federativa, cada pessoa administrativa ou até órgãos autônomos dispõem sobre quem vai expedir esses atos [Instruções, Circulares, Portarias, Ordens de Serviço, Provimientos e Avisos] e qual será seu conteúdo. As tentativas que os estudiosos encetaram para distingui-los têm sido infrutíferas, pois que é grande a variação que sofrem no que se refere a seu conteúdo e à competência dos agentes. **Entendemos, porém, que na prática administrativa atual é irrelevante distingui-los.** Relevante é primeiramente entendê-los como instrumentos de organização da Administração. Depois, é verificar se, em cada caso, foi competente o agente que os praticou; se estão presentes seus requisitos de validade; e qual o propósito do administrador. E, sobretudo, se observam o princípio da legalidade. (capítulo 4, item VIII, subitem 1.3, p. 291-292)

Corrente 3: há benefícios em uma codificação parcial – seria preferível codificar a Parte Geral

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Lamentavelmente, a codificação do Direito Administrativo ainda não chegou com a Constituição de 1988, nem se pode considerar como avanço neste sentido o grande número de normas interventivas casuísticas introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Desse modo, os institutos fundamentais da Parte Geral da disciplina continuam a depender apenas do esforço unificador da doutrina, agravando-se a sua falta diante da multiplicação das normas gerais setoriais atinentes à Parte Especial e aos demais ramos do Direito Público que têm, no Direito Administrativo, a sua Parte Geral.

[...]

Como se observa, essa diáspora de normas administrativas em dois graus, federal e estadual, às que se acrescem as municipais, editadas em caráter suplementar (art. 30, II, CF), só vêm a acentuar a **necessidade de o Direito Administrativo brasileiro vir a contar com uma providencial previsão constitucional de codificação de normas gerais nacionais para disciplinar a sua Parte Geral.**

Não obstante, toda essa pletora de legislação jusadministrativa de todos os níveis, mesmo à míngua de uma codificação básica que lhe imprima unidade doutrinária, coerência, sistemática e manuseabilidade, pode ser compulsada e categorizada sem maiores problemas com a aplicação uma metodologia de

análise eficiente para levantar e interpretar as fontes aplicáveis aos casos porventura sob exame. (capítulo IV, item 18.1.3, p. 128 e 129)

Corrente 3.1: há benefícios em uma codificação parcial – a formatação da nossa é satisfatória

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

[...] Não existe um Código de Direito Administrativo e nem poderia haver um, capaz de abranger todos os assuntos da matéria, já que ela contempla temas muito variados que, em geral, se inserem na autonomia de cada ente federativo.

Porém, a **ausência de condensação do Direito Administrativo não significa falta de sistematicidade**, primeiramente porque o Direito Administrativo tem **princípios** que garantem às suas regras certa afinidade, e também porque parte substancial de suas normas se encontra explícita na Constituição Federal, ou seja, **as normas básicas da matéria são hierarquicamente superiores**, o que, de certa forma, reduz a possibilidade de os diversos entes federativos realizarem inovações conflitantes com o espírito impresso da Carta Magna, especialmente no Capítulo VII do Título III, que trata da administração pública. (capítulo 1, item 1.5, p. 22)

Não se posicionam

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Daí afirmar-se que o Direito Administrativo brasileiro **é um Direito não codificado**, uma vez que as suas normas não estão sistematizadas em um único documento legislativo. (capítulo I, item 1.2, p. 22)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A favor da codificação, podem ser levantados os seguintes argumentos:

- 1) favorece a segurança jurídica;
- 2) cria maior transparência no processo decisório;
- 3) aumenta a previsibilidade das decisões;
- 4) beneficia a estabilidade social;
- 5) facilita o acesso da população para conhecimento das regras vigentes;
- 6) permite uma visão panorâmica do ramo;

7) oferece melhores condições de controle da atuação estatal.

Por outro lado, **contra a codificação**, alguns autores invocam os argumentos abaixo:

- 1) risco de estagnação do Direito;
- 2) gera a constante desatualização do código diante da aprovação de posteriores leis extravagantes;
- 3) a competência concorrente para legislar sobre Direito Administrativo impossibilitaria a codificação aplicável a todas as esferas federativas;
- 4) a grande diversidade de temas, dificultando o trabalho de compilação. (capítulo 1, item 1.17, p. 117)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Ao contrário de outros ramos do Direito (exs.: Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Tributário, Direito Eleitoral), o Direito Administrativo não é codificado. Em razão da autonomia legislativa reconhecida aos Entes federados, existem normas federais, estaduais, distritais e municipais sobre a matéria, o que demonstra a heterogeneidade e a pluralidade do Direito Administrativo brasileiro.

De lado a discussão doutrinária sobre as vantagens ou desvantagens da codificação, é possível perceber, no Brasil, uma espécie de codificação parcial do Direito Administrativo por meio das normas sobre processo administrativo que concentram regras e princípios básicos que regem a atuação administrativa (ex.: Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal), sem desconsiderar, é claro, o papel agregador da própria Constituição Federal que consagra diversas normas jurídico-administrativas. (capítulo 1, item 1.5, p. 61)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Da mesma forma que ocorre com o costume, nem todos os autores incluem os princípios gerais do direito entre as fontes do Direito Administrativo. No entanto, foi muito grande, na formação do Direito Administrativo, a importância dos princípios gerais de direito entre as fontes do Direito Administrativo, **especialmente pelo fato de tratar-se de ramo não codificado** e também devido à flexibilidade e mutabilidade das leis (capítulo 1, item 1.12, p. 164)

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário

estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. (capítulo 3, item 3.3, p. 219)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Por outro lado, **o direito administrativo é um direito não codificado**. Ou seja, não tem suas normas englobadas num único texto, como ocorre com o direito civil e o direito penal, por exemplo. Entre fins do século XIX e meados do século XX houve muitos debates sobre a possibilidade e conveniência de codificar um ramo de formação recente, dotado de grande contingente de elaboração jurisprudencial. Os **argumentos contrários à codificação** centravam-se em alguns pontos: formação recente e incompleta; impossibilidade de codificar o direito público em geral; mutabilidade excessiva da legislação administrativa. **A favor da codificação** salientava-se o seguinte: estado de inferioridade científica decorrente da falta de um código; ausência de clareza e certeza das normas; necessidade de trazer ordem à legislação administrativa, de torná-la mais conhecida, tolhendo os arbítrios. **Surgiram posicionamentos intermediários, a favor de uma codificação parcial ou de uma codificação futura**. Seguiu-se um período de quase ausência de atenção sobre o tema, como se houvesse anuência tácita sobre a não codificação.

A matéria ressurgiu, hoje, no enfoque da codificação do processo administrativo ou da codificação de parte do direito administrativo. Muitos países, nas décadas de 70, 80 e 90 do século XX, editaram leis ou códigos de processo administrativo, numa codificação parcial das normas desse ramo (exemplo: Argentina, Alemanha, Itália, Portugal, Brasil).

No ordenamento brasileiro, o direito administrativo não está codificado. Existem textos sobre matérias específicas, como licitações e contratos, direitos e deveres de servidores (estatutos), concessões e permissões de serviço público, por exemplo, sem que formem um todo sistematizado. Daí algumas dificuldades no estudo, conhecimento e aplicação do direito administrativo e a importância que adquirem os princípios que o informam, pois atuam como fios a ligar os diversos institutos.

Além dos textos supracitados, veio à luz a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O Estado de São Paulo promulgou a Lei nº 10.177, de 30.12.1998, regulando o processo administrativo na esfera da Administração estadual. Tais leis expressam uma codificação parcial do direito administrativo, expondo as principais normas disciplinadoras da tomada de decisões, configurando um verdadeiro estatuto da cidadania administrativa. (capítulo 2, item 2.5, p. 33)

Não abordam

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Conclusão

Benefícios da codificação

Corrente 1: há benefícios em uma codificação total (MA e VP; MC; FM)

Corrente 2: não há benefícios em uma codificação total ou parcial (ASA; JSCF)

Corrente 3: há benefícios em uma codificação parcial – seria preferível codificar a Parte Geral do Direito Administrativo (DFMN)

Corrente 3.1: há benefícios em uma codificação parcial – a formatação da nossa é satisfatória (IPN)

Não se posicionam (DCJ; AM; RCRO; MSZDP; OM)

Não abordam (MJF; CABM)

DIVERGÊNCIA 006 - Analogia legis e iuris no direito Administrativo

Corrente 1: reconhece a existência da analogia legis e analogia iuris, mas sustenta que somente a primeira se aplica no direito Administrativo

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

O segundo problema é bem distinto: consiste em suprir lacuna da ordem jurídica, por insuficiência normativa do direito positivo. São apresentadas três soluções clássicas: o recurso à analogia, o recurso aos costumes e o recurso aos princípios gerais de Direito. São essas, também, as soluções indicadas pelo legislador brasileiro na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que abrange normas gerais para a aplicação de todo o Direito.

[...]

Há dois tipos de aplicação analógica: a analogia legis e a analogia iuris.

Na primeira, procura-se estender uma regra existente a um caso de características afins; na segunda, procura-se aplicar, ao caso não previsto, uma norma não existente, mas que se formula a partir da integralidade do sistema jurídico.

Dada a dupla e simultânea vocação peculiar do Direito Administrativo, (1) à garantia da preservação da segurança jurídica, nas relações entre o Estado e a sociedade, e (2) a instrumentar a satisfação do interesse público, **só será admissível a aplicação da analogia legis quando a norma similar for também de Direito Administrativo, porque apenas assim se terá preservada a inteireza dessas missões constitucionais.**

Quanto à analogia iuris, a que se aplica com a criação de uma norma analógica a partir de todo o sistema jurídico, torna-se impraticável na Disciplina, porque desbordaria do sistema rígido de reserva legal da ação do Estado, adotado na ordem jurídica brasileira, no qual tanto as competências administrativas como a eficácia dos atos do poder Público hão de estar expressas em lei. (capítulo V, item 21.2, p. 189)

Corrente 2: reconhece a existência da analogia legis e analogia iuris e sustenta que ambas podem ser aplicadas no direito administrativo

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Enquanto a analogia legis busca regra existente aplicável a caso semelhante, a analogia iuris procura nos princípios gerais de Direito a solução para integração da lacuna.

Tanto a analogia legis quanto a analogia iuris podem ser utilizadas para supressão de lacunas no Direito Administrativo. No entanto, a legitimidade da utilização da analogia depende do respeito ao princípio federativo, bem como da necessidade de prestigiar a autonomia desse ramo do Direito. Por essa razão, a analogia deve ser feita, preferencialmente, com normas jurídicas de Direito Administrativo, sobretudo com base nas normas editadas pelo Ente Federado respectivo ou com base nas normas gerais ou constitucionais, devendo ser evitada a aplicação analógica de normas de Direito Privado. Ex.: aplicação analógica do art. 21 da Lei 4.717/1965, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos para propositura da ação popular, à ação civil pública (capítulo 2, item 2.3, p. 90).

Não abordam

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Analogia legis e iuris no direito Administrativo

Corrente 1: reconhece a existência da *analogia legis* e *analogia iuris*, mas sustenta que somente a primeira se aplica no direito Administrativo (DFMN)

Corrente 2: reconhece a existência da *analogia legis* e *analogia iuris* e sustenta que ambas podem ser aplicadas no direito administrativo (RCRO)

Não aborda (FM; AM; MSZDP; MA e VP; ASA; CABM; JSCF; MC; MJF; IPN; DCJ; OM)

DIVERGÊNCIA 007 - Tipo de normas que podem ser utilizadas para suprir lacuna por analogia no direito administrativo

Corrente 1: a analogia somente pode ser utilizada no direito administrativo quando derivada de norma do próprio direito administrativo

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

[...] será **admissível a aplicação da analogia legis quando a norma similar for também de Direito Administrativo**, porque apenas assim se terá preservada a inteireza dessas missões constitucionais. (capítulo V, item 21.2, p. 189)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Ocorre que conhecida repartição didático-científica do Direito em dois blocos, Direito Público e Direito Privado, cria uma ressalva nesse processo de importação de soluções (integração). **Assim, se um ramo é de Direito Público, não faz sentido recorrer às normas análogas presentes no Direito Civil.** As soluções jurídicas aplicáveis a problemas privados não servem de modelo para dirimir adequadamente controvérsias que envolvem o Estado. **São às normas e aos princípios administrativos que o operador do direito deve recorrer na hipótese de lacuna** nos ramos juspublicísticos. O Direito Administrativo é o direito comum dos ramos do Direito Público (capítulo 1, item 1.9, p. 93)

Corrente 2: a analogia deve, preferencialmente, ser utilizada no direito administrativo quando derivada de norma do próprio direito administrativo

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Enquanto a analogia legis busca regra existente aplicável a caso semelhante, a analogia iuris procura nos princípios gerais de Direito a solução para integração da lacuna.

Tanto a analogia legis quanto a analogia iuris podem ser utilizadas para supressão de lacunas no Direito Administrativo. No entanto, a legitimidade da utilização da analogia depende do respeito ao princípio federativo, bem

como da necessidade de prestigiar a autonomia desse ramo do Direito. Por essa razão, **a analogia deve ser feita, preferencialmente, com normas jurídicas de Direito Administrativo**, sobretudo com base nas normas editadas pelo Ente Federado respectivo ou com base nas normas gerais ou constitucionais, devendo ser evitada a aplicação analógica de normas de Direito Privado. Ex.: aplicação analógica do art. 21 da Lei 4.717/1965, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos para propositura da ação popular, à ação civil pública (capítulo 2, item 2.3, p. 90).

Corrente 3: a analogia pode ser utilizada no direito administrativo mesmo quando derivada de outros ramos do direito, inclusive o privado

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Fora isso, a nosso ver, **quando a aplicação de uma regra por analogia for suficiente para regular determinado caso concreto e atender às finalidades da lei e da Constituição, poderá ser empregada**. Mas, quando for necessária a aplicação analógica de toda uma disciplina jurídica, estará vedada pelo princípio da legalidade.

[...]

Nos casos em que a atuação da Administração Pública não levar a imposições de restrições ou de condicionamentos da atividade privada, mas, ao contrário, à concessão de direitos, mormente em sua atividade prestacional, não se porão estes problemas: **a analogia benéfica ao particular é plenamente admissível**, respeitando-se a exigência de não se criar direitos nem se efetuar concessões de benefícios públicos sem base jurídica equânime para todos os cidadãos.

[...]

A aplicação por analogia, ao Direito Administrativo, de normas do Direito Privado é possível, mas apenas quando consentânea com os valores e os princípios que regem a Administração Pública e o Direito Público de modo geral. (capítulo III, item III.5, p. 132)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Como os cinco anos a que alude o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo, contempla apenas os casos em que não houve comprovada má-fé, ter-se-á de indagar: e naquelas em que houve comprovada má-fé? **Estamos em que, aí, não haveria remédio, salvo o de buscar analogia com o direito privado, a teor do art. 205 do Código Civil**, isto é: 10 anos (capítulo XXI, item VI, p. 1092)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Não se deve esquecer que as sanções devem ser aplicadas em observância ao devido processo legal (due process of law), para que se observe o princípio da garantia de defesa aos acusados, inscrito no art. 5º, LIV e LV, da CF. Se o ato sancionatório de polícia não tiver propiciado ao infrator a oportunidade de rechaçar a acusação e de produzir as provas necessárias às suas alegações, estará contaminado de vício de legalidade, devendo ser corrigido na via administrativa ou judicial. **Como se trata de processo acusatório, deve reconhecer-se a incidência, por analogia, de alguns axiomas consagrados no âmbito do Direito Penal e Processual Penal** (capítulo 3, item XV, p. 221).

[...]

Em relação ao novo prazo, há entendimento no sentido de que o termo a quo de sua contagem ocorre a partir da data da publicação da lei nova – no plano federal, a Lei nº 9.784/1999 – quando se trata de atos administrativos praticados em data anterior à sua vigência.¹⁹² Entendemos, porém, de forma diversa, e por mais de uma razão. A uma, porque a lei nada dispôs a respeito e, a duas, porque os prazos anteriores não podem ser simplesmente ignorados. **Assim, deve aplicar-se, por analogia, o disposto no art. 2.028, do Código Civil**, que não prevê qualquer início de prazo a partir de sua vigência; refere-se apenas aos prazos a serem observados.¹⁹³ Se o prazo da lei anterior era superior a cinco anos (prazo atual) e já havia transcorrido mais da metade, é aquele o prazo a ser considerado; se o tempo decorrido era inferior à metade, considerar-se-á o novo prazo. De qualquer modo, o termo a quo será sempre o da vigência do ato sujeito à anulação. (capítulo 4, item XI, subitem 6, p. 329).

Não se posicionam

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Quanto aos servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, tem-se que incluí-lo, por analogia, no regime geral da previdência, já que o artigo 40, § 13, faz referência a “outro cargo temporário”. Trata-se de aplicação do princípio geral de direito, segundo o qual *ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio* (onde existe a mesma razão, deve aplicar-se o mesmo dispositivo), que justifica a aplicação da lei por analogia. (capítulo 13, item 13.4.7.3, p. 1291)

Há que se lembrar também que alguns Estados e Municípios não implantaram o regime jurídico único previsto no artigo 39 da Constituição, em sua redação original. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde até hoje existem servidores que exercem a chamada função-atividade, com base na Lei no 500, de 13-11-74, que corresponde a funções de caráter permanente, para as quais o ingresso se fazia mediante processo seletivo. Tais servidores nem ocupam cargo efetivo a que se refere o caput do artigo 40, nem ocupam cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, referidos no § 13 do mesmo dispositivo. Eles têm uma situação muito semelhante a dos servidores efetivos, à medida que foram admitidos por processo seletivo; seu regime é estatutário, porque estabelecido por lei; a maior parte deles adquiriu estabilidade com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O caráter de temporariedade e de precariedade da forma de provimento e exoneração, presente nos casos previstos no § 13, não existe com relação a esses servidores. **A eles deve aplicar-se, por analogia, o caput do artigo 40.** (capítulo 13, item 13.4.7.3, p. 1319)

A concessão exige licitação, nos termos do artigo 2o da Lei no 8.666/93, que silencia quanto à modalidade a ser utilizada, ao contrário do Decreto-lei no 2.300/86, que exigia concorrência. Talvez o silêncio do legislador se justifique pela norma do artigo 121, parágrafo único, segundo a qual os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei no 9.760, de 5-9-46, com alterações posteriores. Só que, além de esse decreto-lei não cuidar da concessão de uso e sim da cessão de uso (que é uma das modalidades de concessão), ainda há o fato de que ele é de aplicação restrita à União. Isto permite concluir que a matéria não foi considerada norma geral, podendo Estados e Municípios seguir suas próprias leis a respeito do assunto. **No silêncio dessas leis, melhor aplicar, por analogia, o critério do valor estabelecido pelo artigo 23, II, da Lei no 8.666/93.** (capítulo 16, item 16.6.3.3, p. 1588)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

No voto deste julgado, o Ministro Ricardo Lewandowski definiu que "Não resta dúvida, a meu ver, de que é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário". Ainda, no mesmo sentido, o ministro dispôs que "entende competir ao Judiciário elaborar a norma faltante para disciplinar a matéria pendente de regulamentação, suprimindo, desse modo, a omissão do legislador. A decisão judicial ostentará, então, caráter constitutivo, podendo ser adotada com validade erga omnes ou limitada à situação concreta".

Desse modo, deve-se, portanto, considerar que o Poder Judiciário, no julgamento do Mandado de Injunção, não pode substituir-se ao legislador, editando normas para regulamentação da matéria constitucional, entretanto, **poder-se-á valer de analogia em relação a leis existentes, como forma de suprir a omissão legislativa, no caso concreto, com efeitos inter partes ou erga omnes, dependendo da amplitude da matéria** (capítulo 7, item 6.1.5, p. 430).

Tendo em vista que a ação de improbidade administrativa, ainda que regida pelo processo civil, se aproxima mais da processualística penal e que a delação premiada seria uma forma de auxiliar o poder público no combate a condutas violadoras da moralidade pública, entendemos pela possibilidade de utilização de tal instituto. **Ademais, não há óbice legal à aplicação analógica do instituto da colaboração premiada, uma vez que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42) estabelece, no seu artigo 4, que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"** (capítulo 13, item 12, p. 1038)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O mandado de segurança coletivo permaneceu sem regulamentação legal até a edição da Lei 12.016/2009. Não obstante, desde o início, a doutrina e a jurisprudência entenderam que a norma constitucional que o prevê deveria ter eficácia imediata. Por essa razão, ao longo de todos esses anos - 1988 a 2009 -, o mandado de segurança coletivo tem sido impetrado, processado e julgado com base nas leis pertinentes ao mandado de segurança individual, **aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, ou, por analogia, leis processuais sobre outras ações coletivas**, sendo utilizadas, ainda, as construções jurisprudenciais lavradas no interregno (capítulo 13, item 6.2.1.9.1, p. 1024).

Não abordam

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Conclusão

Tipo de norma que pode ser utilizada para suprir lacuna por analogia no direito administrativo

Corrente 1: a analogia somente pode ser utilizada no direito administrativo quando derivada de norma do próprio direito administrativo (DFMN; AM)

Corrente 2: a analogia deve, preferencialmente, ser utilizada no direito administrativo quando derivada de norma do próprio direito administrativo (RCRO)

Corrente 3: a analogia pode ser utilizada no direito administrativo mesmo quando derivada de outros ramos do direito, inclusive o privado (ASA; CABM; JSCF)

Não se posicionam (MSZDP; MC; MA e VP)

Não abordam (MJF; IPN; DCJ; OM; FM).

DIVERGÊNCIA 008 - Costumes no direito administrativo

Corrente 1: é admitido como fonte do direito administrativo, sem maiores ressalvas

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Os costumes sociais se apresentam como um conjunto de regras não escritas, que são, todavia, observadas de modo uniforme por determinada sociedade, que as considera obrigatórias. Ainda considera-se fonte relevante do Direito Administrativo, tendo em vista a deficiência legislativa na matéria. Ressalte-se que os costumes somente terão lugar, como fonte desse ramo do Direito, quando, de alguma forma, influenciam a produção legislativa ou jurisprudência, ou seja, menos que uma fonte secundária são uma fonte indireta.

Por sua vez, o **costume administrativo** é caracterizado como prática reiteradamente observada pelos agentes administrativos diante de determinada situação concreta. A prática comum na Administração Pública **é admitida em casos de lacuna normativa e funciona como fonte secundária de Direito Administrativo**, podendo gerar direitos para os administrados, em razão dos princípios da lealdade, boa-fé, moralidade administrativa, entre outros. (capítulo 1, item 5, p. 44)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Os costumes sociais – conjunto de regras não escritas, porém observadas de modo uniforme pelo grupo social, que as considera obrigatórias – só têm importância como fonte do direito administrativo quando de alguma forma influenciam a produção legislativa ou a jurisprudência, ou seja, eles podem, no máximo, ser considerados uma fonte indireta. Um pouco diferente é a situação dos **costumes administrativos** (praxe administrativa), isto é, as práticas reiteradamente observadas pelos agentes administrativos diante de determinada situação. A praxe administrativa, nos casos de lacuna normativa, **funciona efetivamente como fonte secundária do direito administrativo**, podendo mesmo gerar direitos para os administrados, em razão dos princípios da lealdade, da boa-fé, da moralidade administrativa, entre outros. (capítulo 1, item 3, p. 6)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Costumes são usos e práticas reiteradas que geram a convicção generalizada de obrigatoriedade (cogência), atuando como **fontes secundárias e inspiradoras na criação jurídica**. Note-se que, para ser considerado fonte de produção de Direito, o costume deve obedecer à moralidade e ter observância contínua e uniforme (capítulo 1, item 1.6, p. 23).

Corrente 2: é admitido como fonte do direito administrativo, apesar de aplicação praticamente nula, mas de observância necessária quando decorrentes de outros ramos do direito

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

[...] **no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, o costume** – como prática reiterada da atuação administrativa – **tem aplicação praticamente nula**. Isso em decorrência de vários fatores: de um lado, a constitucionalização do Direito Administrativo, que coloca na Constituição o fundamento da maior parte dos institutos desse ramo do direito; de outro lado, pela aplicação do princípio da legalidade, entendida em sentido amplo (que abrange as leis, os atos normativos da Administração Pública, os valores e princípios constitucionais), que obriga a Administração a procurar no ordenamento jurídico o fundamento para as suas decisões.

Quando muito, **os costumes vigentes em outros ramos do direito, como o internacional e o comerciam, devem ser observados pela Administração Pública**. É o entendimento de Thiago Marrara (2010: 251-252), que adoto: “Se costumes de outra natureza forem considerados verdadeiras fontes de direito, tais costumes também deverão ser considerados pelo Estado dentro do bloco normativo que rege suas condutas. Imagine-se, assim, uma autoridade pública atuante no campo dos direitos humanos. Ora, tal entidade, ao agir, respeita não somente o direito positivo interno, mas também o direito internacional público neste setor de atuação. Por essa razão, costumes internacionais em matéria de direitos humanos entendidos como fonte de direito, são necessariamente de observação obrigatória na ação desse agente público. O mesmo se diga, por exemplo, a respeito de costumes de direito comercial. Se tais costumes são fontes de direito, a Administração Pública, ao atuar em matéria de direito comercial, tem a obrigação de considerá-los. Afirmar que o costume administrativo não é fonte primária e vinculante de normas administrativas não é, portanto, o mesmo que dizer que o Poder Público não deve respeitar costumes eventualmente reconhecidos como fontes de normas vinculantes. Em suma: o costume administrativo não é fonte

relevante do Direito Administrativo; mas o costume em geral, quando aceito como fonte, vincula a Administração Pública na medida em que constitui o bloco normativo que rege suas condutas em alguns setores. (capítulo 1, item 1.12, p. 163-164)

Corrente 3: é admitido como fonte do direito administrativo, mas não se reconhece autonomia enquanto tal, sendo necessário que a própria lei o acolha expressamente

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Embora se deva reconhecer a energia criativa do costume, principalmente quando corroborado por sólidos escólios doutrinários, **não se lhe reconhece autonomia enquanto fonte no Direito Administrativo brasileiro, sendo necessário que a própria lei o acolha expressamente**, ou abra um espaço deslegalizado, no qual ente ou órgão competente terá autonomia normativa para revesti-lo de obrigatoriedade, como ocorre, por via de exemplo, no Direito Tributário (em que vem expressamente admitido pela Lei nº 5172/1966, art. 100, III), ou por longa tradição no direito comercial. (capítulo IV, item 18.2.1, p. 136)

Corrente 4: é admitido como fonte do direito administrativo, ressaltando que o costumes contra legem não se revestem de obrigatoriedade

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Os costumes são práticas reiteradas da autoridade administrativa capazes de estabelecer padrões obrigatórios de comportamento. Ao serem repetidos constantemente, criam o hábito de os administrados esperarem aquele modo de agir, causando incerteza e instabilidade social sua repentina alteração. É nesse sentido que os **costumes constituem fontes secundárias do Direito Administrativo**. Importante relembrar que os costumes não têm força jurídica igual à da lei, razão pela qual só podem ser considerados vigentes e exigíveis quando não contrariem nenhuma regra ou princípio estabelecido na legislação.

[...]

Então, lembre-se de que os costumes contra legem não se revestem de obrigatoriedade. (capítulo 1, item 1.18, p. 121 e 122)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Tem-se, no **costume**, outra **fonte do Direito Administrativo**. Também denominado direito consuetudinário, representa a prática habitual de determinado grupo que o considera obrigatório. O costume vem perdendo sua força desde 1769, com a Lei da Boa Razão, que **desautorizou seu acolhimento quando contrário à lei**, o que foi confirmado no Código Civil de 1916, em seu art. 1807, que declarou revogados os usos e costumes concernentes às matérias de Direito Civil por ele reguladas.

[...]

Entretanto, **para o Direito Administrativo, o costume ainda representa um papel importante**, em razão da deficiência de legislação, apesar de não substituir a previsão legal. A prática administrativa vem suprimindo algumas lacunas geradas pela falta de codificação nessa área, ficando sedimentada na consciência dos administradores e dos administrados. (capítulo 1, item 2.3, p. 61)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Entendemos que, **ressalvado o costume contra legem, o costume é fonte autônoma do Direito Administrativo**. A releitura do princípio da legalidade, com a superação do positivismo, a textura aberta de algumas normas jurídicas e a necessidade de consideração da realidade social na aplicação do Direito demonstram que os costumes devem ser considerados como fonte do Direito Administrativo. Os costumes podem derivar de comportamentos reiterados da própria Administração (praxe administrativa). (capítulo 2, item 2.1.4, p. 83-84)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Os costumes são entendidos como normas não-escritas que consubstanciam a existência de um comportamento, uniforme e constantemente reiterado e seguido por todos. Nada obstante tenham perdido sua importância nas últimas décadas, sobretudo em razão dos novos princípios que conformam a Administração Pública, os **costumes ainda vêm tendo certa utilidade**, desempenhando o papel de colmatar as lacunas ou omissões dos atos legislativos e de auxiliar à sua interpretação e aplicação. Evidentemente, não podem os **costumes contrariar os atos legislativos**, mas apenas auxiliar a sua compreensão e incidência (capítulo I, item 1.3, p. 24)

Corrente 5: é admitido como fonte do direito administrativo seja ele praeter legem (supletório) ou secundum legem (interpretativo), ressaltando que os costumes contra legem não se revestem de obrigatoriedade

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Não se admite os costumes contra legem, ou seja, práticas reiteradas e costumeiras em desacordo com a lei, bem como nenhuma lei pode ser considerada revogada por desuso, em razão do princípio da legalidade.

Porém, **aditem-se os costumes secundum e praeter legem**, isto é, o costume que complementa a lei (“segundo” a lei) e o costume que preenche um vácuo normativo (“o que não é regulado pela lei”) [...]

A nosso ver, a maior importância dos costumes ou praxes administrativas é hermenêutica, na interpretação das leis e regulamentos, presumindo-se como vinculante, entre as diversas interpretações plausíveis cabíveis, aquela contemplada pela prática administrativa reiterada e com juízo coletivo de obrigatoriedade (capítulo III, item III.3.6, p. 123)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Costume no direito administrativo

Corrente 1: é admitido como fonte do direito administrativo, sem maiores ressalvas (MC; MA e VP; IPN)

Corrente 2: é admitido como fonte do direito administrativo, apesar de aplicação praticamente nula, mas de observância necessária quando decorrentes de outros ramos do direito (MSZDP)

Corrente 3: é admitido como fonte do direito administrativo, mas não se reconhece autonomia enquanto tal, sendo necessário que a própria lei o acolha expressamente (DFMN)

Corrente 4: é admitido como fonte do direito administrativo, ressaltando que o costumes contra legem não se revestem de obrigatoriedade (AM; FM; RCRO; DCJ)

Corrente 5: é admitido como fonte do direito administrativo seja ele praeter legem (supletório) ou secundum legem (interpretativo), ressaltando que os costumes contra legem não se revestem de obrigatoriedade (ASA)

Não abordam (CABM; MJF; JSCF; OM)

DIVERGÊNCIA 009 - Fundamento do regime jurídico administrativo

Corrente 1: supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Partindo do universal para o particular, diríamos que o Direito Administrativo, entroncado que está no Direito Público, reproduz, no geral, as características do regime de Direito Público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele.

O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua indevida singularidade

Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delineia em função de da consagração de dois princípios:

- a) **supremacia do interesse público sobre o privado;**
- b) **indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.**

[...]

Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração. (capítulo I, item VII, p. 55 a 57)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O rol de prerrogativas e o conjunto de limitações - não existentes nas relações típicas entre particulares - que caracterizam o regime jurídico administrativo derivam, respectivamente, do **princípio da supremacia do interesse público** e do postulado da **indisponibilidade do interesse público**. (capítulo 1, item 6, p. 54)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Para que o Direito Administrativo seja analisado como disciplina, os princípios a ele aplicados são analisados em um conjunto sistematizado designado regime jurídico-administrativo. Nesse sentido, trata-se de um

conjunto de princípios, de direito público, aplicável aos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública e à atuação dos agentes administrativos em geral. Baseia-se nos princípios da **supremacia do interesse público** e da **indisponibilidade do interesse público** que definem prerrogativas a serem estipuladas ao Estado e de limitações impostas ao ente estatal, sempre com a intenção de se perseguir e alcançar o interesse da coletividade. (capítulo 1, item 10, p. 50)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

O regime jurídico-administrativo foi construído a partir de dois grandes princípios jurídicos que governam todo o Direito Administrativo:

a) O **princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados**, e

b) O **princípio da indisponibilidade do interesse público**.

(...)

Esses princípios conferem, de um lado, prerrogativas de autoridade aos sujeitos da Administração e, de outro lado, impõem sujeições ou restrições a estes mesmos sujeitos. Os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público representam, por assim dizer, **os pilares da Administração Pública**. (capítulo I, item 3.1, p. 31 e 32)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Supraprincípios ou superprincípios são os princípios centrais dos quais derivam todos os demais princípios e normas do Direito Administrativo. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, são dois os supraprincípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; e b) indisponibilidade do interesse público. (capítulo 2, item 2.5, p. 194)

[...]

Por fim, cabe reforçar uma informação ensejadora de incontáveis questões de concurso público: **todos os princípios do Direito Administrativo são desdobramentos da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público**. (capítulo 2, item 2.5.2, p. 203)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Ademais, entende-se que, como o regime jurídico administrativo considera a necessidade simultânea de realização de fins públicos e de respeito à liberdade individual, sobretudo **na consideração de que existem direitos**

fundamentais individuais previstos na Constituição, o critério de sopesamento do grau de restrição à liberdade individual em nome de interesses públicos será, em regra, ponderado com o juízo de razoabilidade/proporcionalidade, para que não haja o aniquilamento do **núcleo essencial de garantias fundamentais**.

Por outro lado, em um Estado Democrático de Direito é adequado supor que os **interesses públicos serão o fundamento dos poderes estatais provenientes do regime jurídico administrativo**, que jamais poderá ser manejado a pretexto de realização exclusiva de interesses particulares, sob pena de a praxis estatal ser essencialmente oligárquica. (capítulo 1, item 1.4, p. 21)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a caracterização do Direito Administrativo e a base de seu regime jurídico se delineiam em função da consagração de dois princípios, por ele denominados como pedras de toque. **o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e o princípio da indisponibilidade do interesse público**, dos quais se extraem inúmeros princípios, dentre eles o princípio da legalidade, que também tem como implicações os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado, além de outros. **Seguindo esse pensamento**, passa-se ao estudo individualizado dos princípios. (capítulo 2, item 3, p. 73)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, **o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público**. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

[...]

Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. **Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular**. A existência de direitos

fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou como absoluto acerto. (capítulo 1, item V, subitem 2.1, p. 116 e 117)

Corrente 2: princípio da legalidade e supremacia do interesse público

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, **a proteção aos direitos individuais frente ao Estado**, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, **a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.

Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explicita ou implicitamente na Constituição); **é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, **são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular**. (capítulo 3, item 3.2, p. 207)

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os **princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular**, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais. (capítulo 3, item 3.3, p. 219)

Corrente 3: satisfação dos direitos fundamentais

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Quanto ao fundamento do Direito Administrativo, o tema sofreu mutações ao longo do tempo, especialmente pelas mudanças no perfil do Estado e da sociedade. Inicialmente concebido a partir da noção de serviço público, o Direito Administrativo foi alargado e encontrou fundamento na concepção tradicional do interesse público. Atualmente, influenciado pelo fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, parece adequado sustentar que o seu principal objetivo é a **satisfação dos direitos fundamentais**. (capítulo 1, item 1.2, p. 55)

Corrente 4: primado da pessoa humana, que se expressa na liberdade, nos direitos e nas garantias fundamentais, desde que todos os interesses sejam igualmente agasalhados pela ordem jurídica e seu temperamento dependa expressamente da Constituição e das previsões legais

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos direitos fundamentais, não há como sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados. Na verdade, **tal relação constante não mais se suporta**, porque no Estado Democrático de Direito, **quaisquer interesses só podem estar subordinados ou supraordinados, uns aos outros, conforme o disponha a lei**, mas esta, por sua vez, **não poderá romper a hierarquia axiológica constitucional estabelecida em função do primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais**, e que poderá ser apenas e excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas.

Assim, **tanto a definição do interesse público quanto a imposição de uma específica supremacia, preferindo quaisquer outros interesses igualmente agasalhados pela ordem jurídica, dependerão, única e exclusivamente, das opções que sejam feitas, expressamente na Constituição e, só então, mas sempre desta dependente, inafastavelmente previstas nas leis**. (capítulo V, item 20.3, p. 157)

Corrente 5: ponderação entre os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem em debate, sejam eles públicos ou privados

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A doutrina clássica de Direito Administrativo sempre afirmou um princípio geral do Direito Administrativo, sem previsão legal ou constitucional expressa, conhecido como **princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**, tão fundamental que constituiria a característica essencial do “**regime jurídico-administrativo**”, que seria caracterizado então precipuamente pela possibilidade de imposição pela Administração Pública de condutas aos particulares em razão da prevalência que os interesses curados por ela teriam sobre os interesses destes.

[...]

Muitos autores, como percutientemente faz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que sustenta a subsistência do **princípio da supremacia ao interesse público**, ressaltam o respeito aos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico e as ações administrativas que não sejam proporcionais [...]

Concordamos com as **críticas ao princípio da supremacia do interesse público**. De fato, as situações disciplinadas pelo direito público são muito mais complexas do que aquela que poderia ser resolvida por uma abstrata e geral prevalência do interesse público sobre o interesse privado. **O que deve ser feito é ponderar os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem em jogo**, sejam eles públicos ou privados, ponderação esta que só pode ser realizada diante de cada situação.

Não existe uma norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. (capítulo IV, item IV.14, p. 189 a 191)

Também esse princípio vem passando por revisões doutrinárias que sugerem uma atenuação de seu conteúdo original. Sustenta-se que **a abertura do Direito Administrativo a uma certa consensualidade não constitui propriamente uma disponibilidade do interesse público**, pois a celebração de um acordo com o particular pode, em certos casos, melhor atender ao interesse público do que a mera e simples imposição unilateral. (capítulo IV, item IV.15, p. 193 e 194)

Corrente 6: inúmeros fundamentos

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

[...] daí não se segue que o fundamento único do direito administrativo seja a SIP.

A primeira objeção: a ausência de conteúdo do “interesse público”

A primeira dificuldade reside na inviabilidade de definir “interesse público”. A doutrina costuma invocar o “interesse público” sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. Aliás, Tercio Sampaio Ferraz Junior observou que interesse público é lugar-comum, e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, permitindo utilização mais flexível – o que deve ser entendido não como vantagem, mas como sério defeito. Afinal, a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta seu controle.

Não é fácil definir interesse público, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta a exatidão de conteúdo. Mas a função primordial atribuída ao interesse público exige a definição de contornos mais precisos.

A segunda objeção: a pluralidade de princípios jurídicos

Independentemente do conteúdo adotado para interesse público, não existe um fundamento jurídico único para o direito administrativo. Admitir a SIP não acarreta a exclusão de outros princípios.

[...]

Como decorrência, não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida aprioristicamente em favor de algum titular de posição jurídica. Nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica privilegiada em face de outrem. Todo e qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais. Nenhuma decisão administrativa ofensiva dos direitos fundamentais pode ser reconhecida como válida.

Portanto, não existe fundamento jurídico para afirmar que eventuais conflitos entre titulares de posições jurídicas contrapostas poderiam ser solucionados por uma solução abstrata e teórica, consistente na afirmação absoluta e ilimitada da preponderância de um sobre o outro. Toda e qualquer controvérsia tem de ser composta em vista das circunstâncias concretas, mediante a aplicação das regras e dos princípios consagrados pela ordem jurídica.

Por outro lado, estabelecem-se conflitos não apenas entre interesse público e interesse privado. O regime de direito administrativo envolve a afirmação de uma pluralidade de interesses igualmente considerados como públicos.

[...]

A escolha do interesse a prevalecer não poderá ser orientada pela supremacia e indisponibilidade do interesse público, eis que o interesse público somente surgirá como resultado da decisão destinada a compor o conflito entre diversos interesses.

[...]

A quarta objeção: contraposição entre direitos e interesses

[...]

Somente em termos impróprios se poderia aludir a um conflito entre direito subjetivo e interesse público. Assim se passa porque a proteção jurídica assegurada ao direito subjetivo significa a sua tutela diante de interesses contrapostos. Portanto, a existência de um direito subjetivo reconhecido a um particular significa, de modo necessário e inafastável, a sua prevalência em face de outros interesses – inclusive públicos.

Nunca se poderá defender que um interesse prevaleça, pura e simplesmente, sobre um direito subjetivo. Isso acontece porque a existência do direito subjetivo reflete a escolha da ordem jurídica por uma proteção intensa para uma determinada situação jurídica. Não é excessivo afirmar que o direito subjetivo é um interesse protegido e reforçado pela ordem jurídica.

[...]

Suponham-se, então, os casos de interesses públicos e privados contrapostos, sem que nenhum deles se configure propriamente como um direito subjetivo. Ainda, nesse caso, não se pode impor uma escolha prévia em favor do interesse dito público – senão quando se evidenciar que tal decisão é a mais conforme e adequada ao ordenamento. (p. 43, 44 e 45)

[...]

O que se defende é (a) **a consagração pela Constituição dos direitos fundamentais como o alicerce de todo o ordenamento jurídico**, (b) **a impossibilidade de identificar um conceito abstrato e geral para a expressão interesse público**, (c) **a impossibilidade de unificar e simplificar os interesses em conflito na sociedade, de modo a que um deles seja qualificado como o interesse público**, (d) **a existência de interesses individuais, coletivos e difusos não atribuídos ao Estado, juridicamente protegidos inclusive em face dele**, e (e) **a configuração do direito administrativo como um conjunto de normas jurídicas orientadas à composição entre os diversos interesses** (estatais e não estatais), de modo a assegurar a promoção dos direitos fundamentais.

O que se combate é a postura não democrática de promover o sacrifício dos interesses não estatais, sem maior preocupação, mediante a mera e simples invocação da conveniência estatal, através da expressão interesse público. (p. 49)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Fundamento do regime jurídico administrativo

Corrente 1: supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos (CABM; MA e VP; MC; DCJ; AM; IPN; FM; JSCF)

Corrente 2: princípio da legalidade e supremacia do interesse público (MSZDP)

Corrente 3: satisfação dos direitos fundamentais (RCRO)

Corrente 4: primado da pessoa humana, que se expressa na liberdade, nos direitos e nas garantias fundamentais, desde que todos os interesses sejam igualmente agasalhados pela ordem jurídica e seu temperamento dependa expressamente da Constituição e das previsões legais (DFMN)

Corrente 5: ponderação entre os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem em debate, sejam eles públicos ou privados (ASA)

Corrente 6: inúmeros fundamentos (MJF)

Não aborda (OM)

DIVERGÊNCIA 010 – Espécies normativas

Corrente 1: existência de normas-regra e normas-princípios

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Outro dado bastante comum na doutrina contemporânea é a divisão das normas jurídicas, quanto ao modo de aplicação, em duas categorias, na esteira dos ensinamentos de RONALD DWORKIN: **regras e princípios**. (p.126)

No capítulo anterior, ao tratarmos do aspecto de “fonte do Direito Administrativo” dos princípios jurídicos, já havíamos mencionado a usual distinção, entre princípios e regras, mencionada pela doutrina brasileira baseada em DWORKIN. Retomemos, com mais detalhe, o ponto. “**Normas jurídicas**” são gênero do qual são espécies as regras e os princípios jurídicos. (capítulo IV, item IV.2, p.147)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Todavia, o sistema não pode ser baseado somente em princípios, porque a sua aplicação a determinado caso concreto depende de atividade interpretativa do agente a ele submetido, o que pode comprometer sua segurança jurídica, daí porque se depende também da definição das regras. Da mesma forma, somente de regras não seria possível a sua manutenção, considerando que o diploma legal teria que ser muito minucioso, exaustivo, completo, o que impediria a ponderação dos interesses públicos e a evolução ágil da norma compatível com as necessidades e conflitos sociais em dado momento histórico. Enfim, **hoje o ordenamento jurídico se faz em duas bases, duas espécies normativas: princípios e regras**. (capítulo 2, item 2, p. 72)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O neoconstitucionalismo, ao aproximar o Direito e a moral, abre caminho para superação da visão positivista e legalista do Direito. Após as práticas autoritárias durante a II Guerra, pretensamente legitimadas pelos textos jurídicos então vigentes, o positivismo jurídico, que supervalorizava a lei e os ideais de segurança, perde força e cede espaço a um novo paradigma jusfilosófico: o “pós-positivismo”. O traço característico do Pós-positivismo

é o reconhecimento da normatividade primária dos princípios constitucionais. Vale dizer: **os princípios são considerados normas jurídicas, ao lado das regras**, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado.

É lícito afirmar, portanto, que todas as normas constitucionais são normas jurídicas. Quanto à estrutura, **as normas podem ser divididas em duas grandes categorias: princípios e regras**. (capítulo 3, item 3.1, p. 100-101)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

No estudo das normas jurídicas, a doutrina costuma distinguir entre **regras e princípios**.

[...]

Sem prejuízo dessas diferenças, muito importante é ter em mente que **tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas** e, como tal, gozam de força cogente, obrigam igualmente os seus destinatários, isto é, aqueles que têm o dever de reconhecer a sua incidência em cada caso concreto (os aplicadores do direito). (capítulo 5, item 1, p. 193 e 194)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

O Direito é um conjunto de normas – princípios e regras -, dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social.

[...]

Para quem se ocupa do estudo do Direito, assim como para quaisquer que o operem, **nada mais interessa senão saber que princípios e que regras se aplicam perante tais ou quais situações**. Por isto mesmo, **um ramo jurídico é verdadeiramente “autônomo” quando nele se reconhecem princípios que formam em seu todo uma unidade e que articulam um conjunto de regras de maneira a comporem um sistema, “um regime jurídico” que o peculiariza em confronto com outros blocos de regras**. Daí a necessidade de conhecer-se o “regime jurídico administrativo”, por ser ele que infunde a identidade própria do Direito Administrativo. (parte 1, p.27 e 28)

Se, na conformidade do exposto, **o Direito Administrativo coincide com o conjunto de normas (princípios e regras)** que têm o sobredito objeto, ter-se-ia de concluir, logicamente, que a “Ciência do Direito Administrativo” consideraria como pertinente à sua esfera temática a integralidade de tudo o que estivesse compreendido na função administrativa. Sem embargo, não é isto que ocorre. (capítulo 1, item IV, p.37)

Diz-se que **há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade**, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. (capítulo 1, item VII, p.53)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Cremos que o conceito de Direito Administrativo não deve se prender a este ou àquele critério. Deve refletir a realidade jurídica do seu tempo e espaço, abrangendo o estudo das normas e das instituições que se propõem a tratar dos órgãos e entidades responsáveis pela realização da função administrativa. Assim, **definimos o Direito Administrativo como um ramo do Direito Público que consiste num conjunto articulado e harmônico de normas jurídicas (normas-princípios e normas-regras)** que atuam na disciplina da Administração Pública, de seus órgãos e entidades, de seu pessoal, serviços e bens, regulando uma das funções desenvolvidas pelo Estado: a função administrativa. Tem por objeto específico, portanto, a Administração Pública e o desempenho das funções administrativas. (capítulo I, item 1.2, p.21 e 22)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O Direito Administrativo é o ramo do direito público que trata de princípios e regras que disciplinam a função administrativa e que abrange entes, órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela Administração Pública na consecução do interesse público. (capítulo 1, item 1.3, p.)
A discricionariedade não é um poder autônomo, porque ela implica a liberdade de atuação dentro da lei ou da **moldura normativa (que abrange regras e princípios)** dada pelo ordenamento jurídico, ou seja, a Administração, ao praticar um ato discricionário, deve respeitar os limites da lei em que se fundamenta. (capítulo 3, item 3.2, p. 63)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Ainda segundo Rivero (1984:34), o Direito Administrativo, nesse sistema, ganhou autonomia, **porque é constituído por um corpo de regras e princípios próprios, originais**. Em relação ao direito comum, ele é derogatório. Ele não se contenta em considerar problemas não propostos em direito privado, mas ele os resolve fazendo apelo a noções que o direito privado ignora (utilidade pública, potestade pública). Mais ainda, quando surgem problemas que também se apresentam no direito privado (contrato,

responsabilidade), ele lhes dá soluções diversas das que lhes dá o Direito Civil, sendo este último traço que lhe imprime autonomia. (capítulo 1, item 1.10, p. 134)

Ao falar em “ramo do direito público”, realça-se **que o Direito Administrativo é composto por um corpo de regras e princípios** que disciplinam as relações entre a Administração e os particulares, caracterizadas por uma posição de verticalidade e regidas pelo princípio da justiça distributiva, no que difere do direito privado, que regula relações entre iguais, em posição de horizontalidade, regidas pelo princípio da justiça comutativa. (capítulo 1, item 1.13.9, p. 177-178)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A doutrina moderna tem-se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das normas jurídicas. Segundo tal doutrina – nela destacados os ensinamentos de ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN –, **as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras**. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído grau de preponderância. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito. (capítulo 1, item V, p. 93-94)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Dessa forma, **o Direito Administrativo se baseia em um conjunto harmônico de princípios e regras**, visando a satisfação dos interesses de toda a coletividade, mesmo que isso justifique a restrição de direitos individuais, disciplinando as atividades administrativas, ou seja, excluindo-se a função jurisdicional e legislativa, respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos, postos na ordem jurídica e disciplinando o conjunto de órgãos públicos e entidades que compõem sua estrutura organizacional. (capítulo 1, item 4.1, p. 38)

A lei é a fonte primordial do Direito Administrativo brasileiro, em razão da rigidez que o ordenamento jurídico no Brasil estabelece em relação ao princípio da legalidade nesse ramo jurídico. O vocábulo lei deve ser interpretado amplamente, abrangendo todas as espécies normativas, abrangendo, como fonte principal do Direito Administrativo, a Constituição Federal e todas as normas ali dispostas que tratem da matéria, **sobretudo as regras e princípios** administrativos nela estampados e os demais atos normativos primários (leis complementares, ordinárias, delegadas, decretos-lei e medidas provisórias). (capítulo 1, item 5, p. 42)

Diante do panorama jurídico atual, em que os princípios passaram a ter observância obrigatória, **o Direito passa a ser entendido como o conjunto de regras e princípios**, com base nos quais se devem dar as atividades administrativas. Na lição de Juarez Freitas, o sistema jurídico deve ser compreendido “(...) como **uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos** cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”. (capítulo 3, item 4.5, p. 149)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Todavia, **por serem ambas as espécies de normas jurídicas, tanto os preceitos (ou regras) jurídicos quanto os princípios jurídicos**, hão de produzir, necessariamente, algum tipo de eficácia no mundo do Direito, embora com diferentes amplitudes e intensidades. (capítulo V, item 19.1, p. 139)

Corrente 2: existe princípios e normas

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Em essência, **o direito administrativo é o conjunto de normas e princípios** que regem a atuação da Administração Pública. Inclui-se entre os ramos do direito público, por tratar primordialmente da organização, meios de ação, formas e relações jurídicas da Administração Pública, um dos campos da atividade estatal. (capítulo 2, item 2.1, p. 29)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Assim, Direito Administrativo é **o ramo do direito público que estuda princípios e normas** reguladores do exercício da função administrativa. (capítulo 1, item 1.1, p. 61)

Ao conceituar Direito Administrativo, afirmamos que é **o ramo que estuda “princípios e normas”**. Cabe aqui um esclarecimento. **Os estudos clássicos sobre o ordenamento jurídico tendem a adotar a expressão “regra jurídica” como um gênero que comporta duas espécies: os princípios e as normas**. Assim, a regra jurídica seria todo comando de conduta estabelecido pelo Direito. **Tais regras**, por sua vez, **seriam de dois tipos: a) princípios** – regras gerais norteadoras de todo o sistema jurídico; b) **normas** – comandos específicos de conduta voltados à disciplina de comportamentos determinados.

Autores mais modernos, entretanto, têm preferido abordar o problema de forma diversa. **Norma jurídica seria um gênero, dividido em duas espécies: a regra** (norma específica disciplinadora de comportamentos específicos) **e o princípio** (regra geral de conteúdo mais abrangente do que o da norma).

A mudança não é somente na nomenclatura, pois essa última forma de classificar os comandos jurídicos tem a vantagem de reforçar a ideia de que os princípios administrativos também são normas dotadas de força cogente capaz de disciplinar o comportamento da Administração Pública. (item 1.7, p. 85)

O Direito Administrativo é um ramo científico que estuda uma parcela das normas componentes do ordenamento jurídico, a saber: as normas que disciplinam o exercício da função administrativa. Assim, **o objeto imediato do Direito Administrativo são os princípios e normas** que regulam a função administrativa. Por sua vez, as normas e os princípios administrativos têm por objeto a disciplina das atividades, agentes, pessoas e órgãos da Administração Pública, constituindo o objeto mediato do Direito Administrativo. (capítulo 1, item 1.9, p. 91)

O conjunto formado por todos os princípios e normas pertencentes ao Direito Administrativo denomina-se tecnicamente regime jurídico-administrativo. Já a expressão regime jurídico da Administração designa os regimes de direito público e de direito privado aplicáveis à Administração. (capítulo 2, item 2.4, p. 193)

Corrente 3: existe normas-regras, normas-princípios e diretrizes, que ainda não receberam tratamento jurídico autônomo

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Uma concepção difundida reconhece que **as normas jurídicas se configuram ou como princípios ou como regras**. Essa orientação é insuficiente e reflete um modelo de disciplina normativa muito mais simples do que o direito vigente. **Algumas normas jurídicas são princípios, outras são regras. Mas há outras espécies normativas além delas. Alude-se, no texto abaixo, à figura da diretriz**. Mas há outras espécies normativas, dotadas de força obrigatória menos intensa, que não receberam tratamento jurídico autônomo até o presente. (p. 36)

Existem outras espécies normativas além dos princípios e das normas. O direito se exterioriza também por meio de determinações de conteúdo menos preciso, cuja sistematização ainda se encontra por fazer. (p. 38)

Assim, a própria Constituição alude a "diretrizes", figura que não se confunde nem com o princípio, nem com a regra. A diretriz consagra a eleição de fins a serem atingidos e a escolha de soluções para questões práticas pertinentes ao tema. Basicamente, a diretriz elege as políticas a serem adotadas a propósito de certa atividade (estatal ou privada). É o veículo para a implementação de políticas públicas. (p. 38)

Conclusão

Espécies normativas

Corrente 1: existência de normas-regra e normas-princípios (ASA; FM; RCRO; MA e VP; CABM; DCJ; IPN; MSZDP; JSCF; MC; DFMN)

Corrente 2: existe princípios e normas (OM; AM)

Corrente 3: existe normas-regras, normas-princípios e diretrizes, que ainda não receberam tratamento jurídico autônomo (MJF)

DIVERGÊNCIA 011 - Espécies de eficácia técnico-normativa dos princípios

Corrente 1: tridimensionalidade funcional dos princípios: fundamentadores, orientadores e supletivos

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

O princípio jurídico se destaca como a pedra angular desse sistema de normas. Ou, poder-se-á afirmar, aqui apressadamente, que **os princípios de Direito consagram os valores** (democracia, liberdade, igualdade, segurança jurídica, dignidade, estado de direito, etc.) **fundamentadores** do sistema jurídico, **orientadores** de sua exata compreensão, interpretação e aplicação e, finalmente, **supletivos** das demais fontes do direito (**tridimensionalidade funcional dos princípios**). (capítulo I, item 3.2.1, p. 33)

Corrente 2: conferir sentido valorativo e finalístico às normas preceptivas; sete tipos de eficácia: imediata (dirimente e impeditiva ou redutora) e mediata (axiológica, nomogenética, otimizadora, sistêmica e integrativa)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Resulta nítida dessa conceituação, a importância estruturante dos princípios, uma vez que a **infraestrutura das normas preceptivas se articula com uma superestrutura de normas principiológicas, que lhes conferem tanto o sentido valorativo e finalístico**, como toda a necessária coerência sistêmica para que sejam harmonicamente aplicadas. (capítulo V, item 19.1, p. 140)

[...]

Quanto às várias eficácias possíveis, ou funções que podem desempenhar os princípios, entre as inúmeras classificações já existentes, convém distinguir, basicamente, **dois tipos de eficácia dos princípios: uma eficácia imediata, impeditiva de conduta**, que prescindirá da existência de preceitos deles derivados, e **uma eficácia mediata, indicativa de conduta**, porque induzirá a necessidade de preceitos deles derivados.

a) Eficácia imediata

Eficácia imediata, todos os princípios a têm e no mesmo grau, para obstar a produção de efeito de quaisquer preceitos ou atos aplicativos concretos com eles antagônicos, no contexto da mesma ordem jurídica. Assim, no conflito entre um princípio e um preceito com ele incompatível, o preceito é afastado,

para desapplicá-lo, no todo ou, se possível, apenas na parte incompatível, e para invalidar os efeitos que vulnerarem a norma principiológica, destacando-se, portanto, **dois modos de produção de eficácia: a eficácia dirimente e a eficácia impeditiva**.

1. **A eficácia dirimente** consiste em suprimir a produção de efeitos de quaisquer normas ou atos concretos que sejam incompatíveis com o conteúdo de valor contido no princípio.

2. **A eficácia impeditiva ou redutora** consiste em impedir em parte ou em condicionar a produção de efeitos de quaisquer normas ou atos concretos que sejam parcialmente incompatíveis com o conteúdo de valor contido no princípio.

b) Eficácia mediata

A eficácia mediata é a repassada pelo princípio à integralidade da ordem jurídica, através dos preceitos e dos atos aplicativos concretos que neles se informem, destacando-se, entre outras modalidades, **a eficácia axiológica, a eficácia nomogenética, a eficácia otimizadora, a eficácia sistêmica e a eficácia integrativa**.

1. **A eficácia axiológica** consiste em afirmar na ordem jurídica, os valores que a informam.

2. **A eficácia nomogenética** consiste em contribuir com fundamentos finalístico-valorativos germinais para a edição de novos princípios e de novos preceitos que neles se reproduzam.

3. **A eficácia otimizadora** consiste em orientar a interpretação dos preceitos e dos atos concretos, que conformam uma ordem jurídica, no sentido de conferir-lhes a mais ampla, profunda e completa aplicação possível a seu conteúdo de valor.

4. **A eficácia sistêmica** consiste em interconectar o conteúdo de todos os preceitos e atos concretos informados pelo mesmo princípio, para que conformem uma superestrutura abstrata que lhes infunde unidade e coerência.

5. **A eficácia integrativa**, que consiste em suprir lacunas quanto a valores e a fins da ordem jurídica. (capítulo V, item 19.2, p. 140-141)

Corrente 2.1: sete tipos de eficácia: imediata (dirimente e impeditiva ou redutora) e mediata (axiológica, nomogenética, otimizadora, sistêmica e integrativa); duas funções principais (hermenêutica e integrativa); e dois tipos de controle (meio e fim)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Importante destacar que, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os princípios são capazes de produzir as seguintes espécies de eficácia:

- 1) **eficácia imediata dirimente**: consiste em suprimir a produção de efeitos de normas e atos concretos incompatíveis com o princípio;
- 2) **eficácia imediata impeditiva ou redutora**: impede em parte a produção de efeitos de normas e atos concretos parcialmente incompatíveis com o conteúdo do princípio;
- 3) **eficácia mediata axiológica**: afirma na ordem jurídica os valores por ela protegidos;
- 4) **eficácia mediata monogenética**: ao reforçar determinados fundamentos finalístico-valorativos, o princípio contribui para a formação de novos princípios e preceitos específicos;
- 5) **eficácia mediata otimizadora**: orienta a interpretação de preceitos normativos, permitindo a mais ampla e completa aplicação de seu conteúdo valorativo;
- 6) **eficácia mediata sistêmica**: interconecta o conteúdo de todos os preceitos do ordenamento, garantindo unidade e coerência ao sistema;
- 7) **eficácia mediata integrativa**: diz respeito ao preenchimento de lacunas. (item 1.7.1)

Os princípios do Direito Administrativo cumprem **duas funções principais**:

- a) **função hermenêutica**: se o aplicador do direito tiver dúvida sobre qual o verdadeiro significado de determinada norma, pode utilizar o princípio como ferramenta de esclarecimento sobre o conteúdo do dispositivo analisado;
- b) **função integrativa**: além de facilitar a interpretação de normas, o princípio atende também à finalidade de suprir lacunas, funcionando como instrumento para preenchimento de vazios normativos em caso de ausência de expresso regramento sobre determinada matéria. (capítulo 2, item 2.2)

Após concluir a análise de todos os princípios do Direito Administrativo, pode-se verificar que **alguns operam como controles de meio** manifestando mais acentuada preocupação ritualística e **formal**; **outros exercem verdadeiros controles de fins** voltando sua ação ao conteúdo das decisões adotadas. Diante da importância que essa distinção tem adquirido em alguns concursos recentes, convém agrupar os princípios segundo sua forma de controle da atividade administrativa. (capítulo 2, item 2.8, p. 89-90)

Corrente 3: função positiva (influenciadora e criadora) e negativa (rejeição à contrariedade)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a

justiça e a paz social; **sua função negativa** significa a rejeição de valores e normas que os contrariam (Karl Larenz, Derecho justo, 1985, p. 33). (capítulo 7, item 7.2, p.116)

Corrente 4: função coercitiva e orientadora

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Ademais, o art. 11, da lei 8.429/92, **demonstrando a força coercitiva dos preceitos principiológicos** que definem a atuação estatal considera ato de improbidade qualquer conduta do agente público que enseje violação aos princípios orientadores da atividade estatal, ainda que não haja enriquecimento ilícito ou prejuízo direto ao erário em decorrência desta conduta.

Por fim, **além da função coercitiva, deve-se reconhecer a força orientadora** destas normas que devem ser analisadas na confecção das regras aplicáveis à atuação do ente público, na execução da atividade administrativa. (capítulo 2, item 3, p. 105)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Conclusão

Espécies de eficácia técnico-normativa dos princípios

Corrente 1: tridimensionalidade funcional dos princípios: fundamentadores, orientadores e supletivos (DCJ)

Corrente 2: conferir sentido valorativo e finalístico às normas preceptivas; sete tipos de eficácia: imediata (dirimente e impeditiva ou redutora) e mediata (axiológica, nomogenética, otimizadora, sistêmica e integrativa) (DFMN)

Corrente 2.1: sete tipos de eficácia: imediata (dirimente e impeditiva ou redutora) e mediata (axiológica, nomogenética, otimizadora, sistêmica e integrativa); duas funções principais (hermenêutica e integrativa); e dois tipos de controle (meio e fim) (AM)

Corrente 3: função positiva (influenciadora e criadora) e negativa (rejeição à contrariedade) (OM)

Corrente 4: função coercitiva e orientadora (MC)

Não abordam: (ASA; MA e VP; JSCF; MSZDP; MJF; FM; CABM; IPN; RCRO).

DIVERGÊNCIA 012 - Diferença entre segurança jurídica, proteção à confiança legítima e boa-fé

Corrente 1: diferencia as três concepções, mas entende que elas se relacionam entre si

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A noção de **Segurança Jurídica**, apesar de multifacetária, não é difícil de intuir, e circunscreve-se num amplo espectro que vai desde a existência de instituições garantidoras dos direitos fundamentais (Judiciário, Administração) ao respeito a acordos firmados e à **clareza das normas jurídicas**, consistente essa exigência de clareza no Princípio da Determinação, que impõe que as regras sejam claras e determinadas.

[...]

Esses parâmetros jurídicos são acolhidos em muitos acórdãos, dando ao cidadão uma proteção maior da que decorreria simplesmente da aplicação da proteção ao **direito adquirido**, que também é uma expressão do **princípio da segurança jurídica**, mas que protege apenas os direitos cujo ciclo fático da respectiva aquisição já se tenha completado inteiramente.

Uma das mais importantes expressões do **Princípio da Segurança Jurídica** é a **Teoria das Autolimitações Administrativas**, que constitui um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a **coerência** e a **igualdade** no tratamento dado pela Administração aos cidadãos.

[...]

Assim, protege-se a **confiança legítima** dos particulares em relação à Administração Pública e se **proíbe que a Administração adote comportamentos** contraditórios em relação a casos anteriores assemelhados. A proteção da **confiança legítima** é intimamente ligada à noção de a praxe administrativa ser uma fonte do Direito Administrativo, como vimos no capítulo das Fontes do Direito Administrativo. Significa, em essência, que o Estado se autovincula quando, por **comportamentos** firmes e estáveis, cria uma **expectativa legítima** do cidadão em relação à continuidade daquela postura. [...] (capítulo IV, item IV.6, p. 164 e 165)

Positivada na Lei do Processo Administrativo Federal – Lei n. 9.784/99 –, em seu art. 2º, caput, e parágrafo único, inciso IV, o princípio da **boa-fé objetiva**, muito relevante no Direito Privado, se aplica às relações entre particulares e Administração Pública.

O princípio, apesar de possuir conteúdo próprio, costuma incidir em conjunto com o princípio da **segurança jurídica**, reforçando-se reciprocamente.

Intensas relações possui também com o **princípio da moralidade**, até porque, tal como ele, exige **comportamentos leais** tanto da Administração em relação ao particular como vice-versa. (capítulo IV, item IV.7, p. 169)

Corrente 2: diferencia as três concepções, entende que elas se relacionam entre si, mas considera que a proteção à confiança legítima é o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, sem citar que a segurança jurídica é seu aspecto objetivo

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

[...] Nesse contexto, merece menção a existência de uma tensão patente entre o princípio da legalidade e o da **segurança jurídica** (incluída a faceta subjetiva deste, ordinariamente referida como "princípio da proteção à **confiança legítima**").

É evidente que a alegação de necessidade de **segurança jurídica** (que é um princípio geral de direito) não pode ser esgrimida à guisa de salvo conduto para atuações ilegais da administração pública. Como sempre ocorre em casos de colisão de princípios jurídicos, deve-se proceder a um cuidadoso juízo de ponderação, a fim de se verificar, em cada caso, a qual (ou a quais) princípio deverá ser reconhecido maior peso - e sem que a decisão implique, jamais, a completa aniquilação do conteúdo dos demais princípios envolvidos.

Em outras hipóteses, evidencia-se a atribuição de especial relevo à **dimensão subjetiva do postulado da segurança jurídica**, reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência como "princípio da proteção à **confiança legítima**". [...] (capítulo 5, item 4, p. 202)

A exigência de que a administração pública e o administrado atuem com **boa-fé** tem repercussões jurídicas relevantes, muitas vezes estipuladas em preceitos legais expressos. Por exemplo, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999, passados mais de cinco anos da emissão de um ato administrativo que, embora ilegal, seja favorável ao administrado, não poderá mais a administração anulá-lo - ocorre a decadência do direito à anulação -, "salvo comprovada má-fé" (Lei 9.784/1999, art. 54). Como se vê, essa regra de estabilização, que tem fundamento precípuo no postulado da segurança jurídica, exige não apenas o transcurso do lapso temporal nela previsto, mas também a existência de **boa-fé**.

Traz-se à baila, na mesma senda, a orientação segundo a qual, ocorrendo a anulação de um ato administrativo ilegal os efeitos que já foram por ele produzidos para terceiros de boa-fé serão mantidos. Esse entendimento doutrinário e jurisprudencial baseia-se na denominada "**proteção à confiança legítima**" (que é considerada a dimensão **subjetiva do princípio**

da segurança jurídica), mas, conforme se pode constatar, a ela só farão jus aqueles que tenham agido de boa-fé. (capítulo 5, item 5, p. 249)

[...] A **segurança jurídica** e a necessidade de estabilização das relações entre administração e administrado, bem como a **proteção à confiança legítima** e à **boa-fé** (por isso a norma exclui os casos de má-fé), são valores que, nessa situação, prevalecem sobre o próprio princípio da legalidade. (capítulo 8, item 11.1, p. 522)

Corrente 3: diferencia as três concepções, entende que elas se relacionam entre si, mas considera a proteção à confiança legítima como aspecto subjetivo da segurança jurídica e esta como seu aspecto objetivo, além de diferenciar a boa-fé em seu aspecto objetivo e subjetivo

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

A **segurança jurídica** tem muita relação com a ideia de respeito à **boa-fé**. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua **boa-fé** deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao **princípio da segurança jurídica**, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada. (capítulo 3, item 3.3.15.1, p. 252-253)

No Brasil, a doutrina apenas recentemente começou a debruçar-se sobre o **princípio da proteção à confiança**. É provável que o trabalho pioneiro sobre o tema tenha sido escrito por Almiro do Couto e Silva, publicado na *Revista Brasileira de Direito Público – RDPB*, v. 2, n 6, p. 7-59.

Demonstra o jurista que esse princípio tem sido tratado no direito brasileiro como **princípio da segurança jurídica**. E, na realidade, trata-se de princípio que corresponde ao **aspecto subjetivo** da segurança jurídica. Conforme ensinamento do autor, “no direito alemão e, por influência deste, também no direito comunitário europeu, ‘**segurança jurídica**’ é expressão que geralmente designa a **parte objetiva** do conceito, ou então simplesmente, o princípio da segurança jurídica, enquanto a **parte subjetiva** é identificada

como ‘**proteção à confiança**’ (no direito germânico) ou ‘**proteção à confiança legítima**’ no direito comunitário europeu”.

Na realidade, o **princípio da proteção à confiança** leva em conta a **boa-fé** do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros. (capítulo 3, item 3.3.15.2, p. 254, 255 e 256) Na Constituição, o princípio não está previsto expressamente, porém pode ser extraído implicitamente de outros princípios, especialmente do princípio da moralidade administrativa e da própria exigência de probidade administrativa que decorre de vários dispositivos constitucionais (arts. 15, V, 37, § 4º, 85, V). A Lei nº 8.429, de 2-6-92 (Lei da Improbidade Administrativa), considera como ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” (art. 11).

O **princípio da boa-fé** abrange um **aspecto objetivo**, que diz respeito à **conduta leal**, honesta, e um **aspecto subjetivo**, que diz respeito à **crença do sujeito de que está agindo** corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé. (capítulo 13, item 3.3.15.3, p. 257)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

O princípio da **boa-fé** tem origem no direito privado, ligando-se à ideia de que nas relações jurídicas as partes devem proceder corretamente, com **lisura, lealdade**, e agir **de acordo com a palavra empenhada**. Esse é o seu **sentido objetivo**. Já a **boa-fé subjetiva** consiste no **aspecto psicológico** de o agente acreditar que atua em conformidade com o direito.

[...]

Pode-se dizer que o princípio da **boa-fé** trouxe para o Direito Administrativo a discussão sobre a necessidade de preservação do valor **segurança jurídica**. Quanto ao princípio da **segurança jurídica**, pode ele ser analisado em duas acepções.

Em **sentido objetivo**, estabelece **limites à retroatividade dos atos estatais**, impedindo que prejudiquem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Pode ser invocado tanto pelo Estado quanto por particulares.

Em **sentido subjetivo**, é também denominado de princípio da **proteção à confiança legítima**. Seu conteúdo exige uma previsibilidade ou calculabilidade emanada dos atos estatais (Canotilho). A proteção à confiança só pode ser invocada pelo particular, nunca pelo Estado. (capítulo 2, item 2.7.7.2, p. 280 e 281)

A segurança jurídica em sentido objetivo constitui um mecanismo de estabilização da ordem jurídica (certeza do direito) na medida em que limita

a eficácia retroativa de leis e atos administrativos, impedindo que a modificação de comandos normativos prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Desse modo, opera no campo do direito intertemporal, podendo ser invocada tanto em favor do particular quanto do Estado.

Fala-se na segurança jurídica como instrumento autocorretor do Estado de Direito, promovendo uma blindagem do próprio sistema (endosseguença) contra conflitos e instabilidades geradas pelas normas dentro do ordenamento. São exemplos de institutos a serviço dessa endosseguença: prescrição, decadência e coisa julgada. (capítulo 2, item 2.7.7.3, p. 281-282) O princípio da segurança jurídica em sentido subjetivo, ou princípio da proteção à confiança legítima, foi uma criação da jurisprudência alemã no período pós-2ª Guerra Mundial, surgindo como reação a atos e normas legais que surpreendiam bruscamente seus destinatários. (capítulo 2, item 2.7.7.4, p. 282)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Os princípios da **segurança jurídica**, da **confiança legítima** e da **boa-fé** guardam importantes semelhanças entre si.

O princípio da **segurança jurídica** compreende dois sentidos:

- a) **objetivo: estabilização** do ordenamento jurídico (certeza do direito), tendo em vista a necessidade de se respeitarem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB);
- b) **subjetivo: proteção da confiança** das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais.

Verifica-se que o **princípio da proteção da confiança** relaciona-se com o **aspecto subjetivo** do **princípio da segurança jurídica**, e a sua importância gerou a necessidade de consagrá-lo como princípio autônomo, dotado de peculiaridades próprias. Enquanto a **segurança jurídica** possui caráter amplo, sendo aplicável às relações públicas e privadas, a **confiança legítima** tutela, tão somente, a esfera jurídica do particular, **protegendo-o da atuação arbitrária do Estado**.

Da mesma forma, existe uma profunda aproximação entre os princípios da **boa-fé** e da **confiança legítima**. O princípio da **boa-fé** tem sido dividido em duas acepções:

- a) **objetiva**: diz respeito à **lealdade** e à **lisura** da atuação dos particulares; e
- b) **subjetiva**: relaciona-se com o **caráter psicológico** daquele que acreditou atuar em conformidade com o direito.

A caracterização da **confiança legítima** depende necessariamente da **boa-fé** do particular, que acreditou nas expectativas geradas pela atuação estatal. [...].

Não obstante a enorme dificuldade de diferenciação entre os princípios da **boa-fé** e da **confiança legítima**, é possível afirmar que a boa-fé deve pautar a atuação do Estado e do particular, e a **confiança legítima** é instrumento de proteção do administrado.

[...]

O princípio da **segurança jurídica**, em virtude de sua amplitude, inclui na sua **concepção a confiança legítima** e a **boa-fé**, com fundamento constitucional implícito na cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CRFB) e na proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CRFB). No âmbito infraconstitucional, o princípio da segurança jurídica é mencionado no art. 2.º da Lei 9.784/1999. (capítulo 3, item 3.2.11, p. 122-123)

Corrente 4: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

[...] A **segurança jurídica** indica a redução da incerteza no âmbito da conduta dos sujeitos que atuam na sociedade. A segurança jurídica apresenta uma relevância ainda mais destacada relativamente à atuação estatal. Num **Estado de Direito**, a **conduta** dos agentes estatais deve ser **previsível**.

Além da segurança, pode-se aludir ao princípio da **confiança legítima** dos administrados relativamente à **atuação estatal**.

Logo, todas as situações jurídicas instauradas em decorrência do exercício de competências administrativas se presumem como legítimas. As expectativas e os direitos derivados de atividades estatais devem ser protegidos, sob o pressuposto de que os particulares têm a fundada **confiança** em que o Estado atua segundo os princípios da legalidade, da moralidade e da **boa-fé**. O **administrado deve e pode confiar na atuação estatal**. Os particulares orientam a própria conduta de acordo com as condutas estatais. A participação estatal na produção de uma situação produz a **confiança** do particular. (capítulo 18, item 18.1.2)

Pode haver uma contraposição entre legalidade administrativa e **segurança**. A legalidade administrativa significa que todas as ações e omissões da Administração Pública devem ser compatíveis com o direito. Logo, a incompatibilidade do ato praticado pela Administração Pública com o direito conduz à sua invalidade. Mas a **segurança jurídica** impõe a manutenção da **estabilidade** no relacionamento entre os órgãos administrativos e a sociedade. E a **confiança legítima** conduz o administrado a presumir que a rigorosa observância da legalidade *previne* a prática de ações e omissões ilícitas. Ou seja, a vigência do princípio da legalidade conduz à presunção de

que o ato praticado pela Administração Pública é válido. O desfazimento posterior de um ato, sob a invocação de ilicitude, configura uma contradição invencível: se a Administração Pública está obrigada a observar a lei, nenhum ato ilícito pode ser praticado por ela. Logo, o desfazimento posterior do ato praticado pela Administração Pública sob o fundamento de sua ilicitude destrói a segurança e a confiança legítima. (capítulo 18, item 18.1.3)

Corrente 5: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, indicando que o primeiro seria o aspecto objetivo do conceito e o segundo o aspecto subjetivo desse

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

No direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos se têm dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da **boa-fé**, e distinguem os princípios da **segurança jurídica** e da **proteção à confiança**. Pelo primeiro, confere-se relevo ao **aspecto objetivo** do conceito, indicando-se a inafastabilidade da estabilização jurídica; pelo segundo, o realce incide sobre o **aspecto subjetivo**, e neste se sublinha o **sentimento** do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de **presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade**.

Os princípios da **segurança jurídica** e da **proteção à confiança** passaram a constar de forma expressa no art. 54, da Lei nº 9.784, de 29.1.1999, nos seguintes termos: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. A norma, como se pode observar, conjuga os aspectos de tempo e **boa-fé**, mas se dirige essencialmente a estabilizar relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos inquinados de vício de legalidade. (capítulo 1, item V, subitem 2.5, p. 121-122)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

A **segurança** em sentido amplo é um dos anseios mais elementares do ser humano. Para o desenvolvimento sadio de uma vida, faz-se necessário um mínimo de **estabilidade e proteção**. No universo jurídico, a segurança representa um valor que todo Direito deve cumprir pelo fato de sua mera existência, pois um mínimo de segurança é condição para que haja justiça. Na Teoria Geral do Direito, segurança tem sentido equivalente ao de estabilidade, pois o que é estável é seguro do ponto de vista da

previsibilidade. Segurança é termo que denota o resultado da ação de tornar algo livre de incertezas, de perigos ou de danos e prejuízos. Trata-se do fundamento de inúmeros institutos, tais como a irretroatividade da lei, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Também é corolário da necessidade de segurança o **princípio da legalidade**, que determina genericamente que as pessoas só podem ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição Federal) e que, no caso da **legalidade administrativa** (art. 37, caput, CF), restringe a ação estatal aos limites dos comandos normativos, para a segurança da sociedade como um todo.

Está em processo de maturação na doutrina e na jurisprudência brasileiras uma faceta da **segurança jurídica** que não era analisada com toda a sua potencialidade: o princípio da **proteção à confiança** (Vertrauensschutz) e o consequente reconhecimento de **legítimas expectativas** dos particulares, agora tuteladas com maior força pelo Direito, em relação ao Estado.

Também se relaciona com a **proteção à confiança**, na vertente da vedação de comportamento contraditório por parte do Estado, a adoção da proibição ética do venire contra factum proprium, em amparo à aparência de regularidade e à presunção de legitimidade dos atos estatais. (capítulo 2, item 2.11, p. 56 e 57)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Princípio da **segurança jurídica**

Este princípio é considerado viga mestra da ordem jurídica, sendo um dos **subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito**. Faz parte do sistema constitucional como um todo, sendo um dos mais importantes princípios gerais do direito.

Tem como objetivo evitar alterações supervenientes que instabilizem a vida em sociedade, além de minorar os efeitos traumáticos de novas disposições, protegendo, assim, a **estabilidade** como uma **certeza** para as regras sociais. (capítulo 2, item 3.19, p. 109)

[...] Em razão do princípio da **legalidade**, indispensável para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Portanto, é dever seu recompor a **legalidade** ofendida. Assim, tanto se recompõe a legalidade anulando um ato administrativo viciado, nulo, como convalidando-o, se anulável. Para a última medida há, como acréscimo, a manutenção do princípio da **segurança jurídica**, além da **boa-fé**. (capítulo 2, item 3.19, p. 377)

[...] A obrigatoriedade da observância do **princípio da segurança jurídica** enquanto **subprincípio do Estado de Direito**, somada à necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente, o **princípio da confiança** como elemento do princípio da **segurança jurídica** justicam a

manutenção dos efeitos do ato, apesar de seu vício. (capítulo 6, item 9.2.4, p. 378-379)

Corrente 6: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, indicando que o primeiro seria o aspecto objetivo do conceito e o segundo o seu aspecto subjetivo do mesmo e tratando a boa-fé como sinônimo de confiança legítima

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodvm, 2015 (DCJ)

O valor **segurança jurídica** é consagrado por vários outros princípios: direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, irretroatividade da lei, entre outros. Este princípio enaltece a ideia de proteger o passado (relações jurídicas já consolidadas) e tornar o futuro previsível, de modo a não infligir surpresas desagradáveis ao administrado.

Visa à garantia da certeza e **estabilidade** das relações ou situações jurídicas (**vertente objetiva da segurança jurídica**) e a **proteção à boa-fé** ou à **confiança legítima** (**vertente subjetiva da segurança jurídica**). Em decorrência deste princípio, aplica-se à Administração Pública o "*venire contra factum proprium*" (vedação do comportamento contraditório). (capítulo I, item 3.2.18, p.57)

Corrente 7: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, tratando a boa-fé como sinônimo de confiança legítima

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Segurança jurídica

Trata-se de princípio geral do direito, base do **Estado de Direito** que garante aos cidadãos não serem surpreendidos por alterações repentinas na ordem jurídica posta. Configura corolário do direito como norma de pacificação social. Assim sendo, as modificações supervenientes de normas jurídicas não devem retroagir para atingir situações pretéritas, sob pena de se tornar instável o sistema de regras imposto pelo Poder Público, causando instabilidade social.

O preceito está incluído expressamente como princípio norteador da atividade administrativa, no caput do art. 2º, da lei 9.784/99. Ainda nesse sentido, o mesmo diploma legal define, em seu art. 2º, parágrafo único, XIII, que a mudança de interpretação em relação a dispositivos legais não pode

atingir situações já consolidadas. De fato, dispõe o texto legislativo que será garantida, na atuação estatal, " *interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação*".

Ademais, é relevante ressaltar que a aplicação do princípio da **segurança jurídica** deve ter como base a **boa fé** daqueles que se valem da situação anterior para seu benefício, não podendo configurar uma forma de beneficiar os particulares pela torpeza de suas condutas. Trata-se do **princípio de proteção à confiança**. Dessa forma, caso a Administração Pública pratique atos em benefício de determinados beneficiários, não pode, posteriormente, sob a alegação de que imprimiu nova interpretação à norma legal, retirar o benefício anteriormente concedido. (capítulo 2, item 2.1.5, p. 101 e 102)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Princípio da segurança jurídica

Parte-se da dupla vocação do Direito: a de proporcionar **segurança** aos membros de uma sociedade em suas relações externas e internas e a de nelas fazer imperar a **justiça**.

Por um lado, a **segurança** se enraíza no *instinto*, a partir da necessidade básica de todo ser vivo de preservar as condições de existência, dela se derivando a *paz*, como situação ideal de convivência civilizada entre indivíduos e grupos de qualquer natureza e dimensão, e, nela, a **segurança jurídica**, como resultado proporcionado pela existência e pela prática de instituições que garantam **previsibilidade no emprego do poder**. Por outro lado, a **justiça**, fruto da **consciência moral** das pessoas, é um atributo do espírito humano que o capacita a qualificar eticamente comportamentos, relações e instituições, interessando aqui, de modo particular, a qualidade **moral** das *instituições jurídicas*.

Como se observa, a **segurança jurídica** é um *megaprincípio do Direito*, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa particularmente o **princípio da confiança legítima**, o **princípio da boa-fé objetiva**, o **princípio da coerência administrativa**, o instituto da *presunção de validade* dos atos do Poder Público e a *teoria da evidência*, como adiante serão expostos. (capítulo V, item 20.1.1., p. 145-146)

Corrente 8: não diferencia tais concepções, tratando apenas da segurança jurídica

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Segurança jurídica

[...] É, porém, da essência do próprio direito, notadamente de um **Estado Democrático de Direito**, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional de um todo.

Deveras, princípios gerais de Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado externo, mas como *uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento*. É que os diversos institutos compreendidos – quando menos considerados em sua complexidade íntegra – revelam, nas respectivas composturas, a absorção dos valores substanciados nos sobreditos princípios. (capítulo II, item I, p.127)

O Direito propõe-se a ensejar uma certa **estabilidade**, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “**segurança jurídica**”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.

Esta “**segurança jurídica**” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como **estável**, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro: é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, consequentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos futuros são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. (capítulo II, item I, p. 128)

Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da **presunção de legitimidade** dos atos administrativos e da **lealdade e boa-fé**), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia. (capítulo II, item I, p. 125)

Corrente 9: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a boa-fé, tratando proteção à confiança legítima como desdobramento da segurança jurídica

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

A tradicional locução “certeza e segurança das relações jurídicas”, invocada em vários ramos do direito, expressa-se no princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência alemãs – fontes intelectuais deste princípio – e autores europeus reservam significativo espaço ao tema. Aí é visto como um dos elementos constitutivos e do Estado de Direito, tendo, portanto, nível constitucional. O princípio da segurança jurídica é invocado pela Corte de Justiça da União Europeia como princípio do direito comunitário.

No Brasil, o caput do art. 5º da CF menciona a garantia à segurança, entendida não só no aspecto físico, mas também no aspecto jurídico. É indicado na Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo federal, como um dos princípios a nortear a Administração Pública (art. 2º caput). [...]

Um dos desdobramentos do princípio da segurança jurídica encontra-se no princípio da proteção da confiança, também denominado princípio da confiança legítima. Consagrado no direito alemão e no holandês, por exemplo, vem-se consolidando na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia. E vem recebendo atenção dos estudiosos. [...]

O princípio da proteção da confiança mantém interface com o dever de boa-fé a ser respeitado pela Administração na sua conduta, no sentido de correção, lealdade, sem uso de artifícios enganadores. A Lei nº 9.784/99 – processo administrativo federal, no art. 2º, parágrafo único, IV, indica a boa-fé entre os critérios a nortear os processos administrativos; a boa-fé também é mencionada no art. 4º, II, da mesma lei, entre os deveres do administrado ante a Administração. (capítulo 7, item 7.16, p. 130 e 131)

Conclusão

Diferença entre segurança jurídica, proteção à confiança legítima e boa-fé

Corrente 1: diferencia as três concepções, mas entende que elas se relacionam entre si (ASA)

Corrente 2: diferencia as três concepções, entende que elas se relacionam entre si, mas considera que a proteção à confiança legítima é o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, sem citar que a segurança jurídica é seu aspecto objetivo (MA e VP)

Corrente 3: diferencia as três concepções, entende que elas se relacionam entre si, mas considera a proteção à confiança legítima como aspecto subjetivo da segurança jurídica e esta como seu aspecto objetivo, além de diferenciar a boa-fé em seu aspecto objetivo e subjetivo (MSZDP; AM; RCRO)

Corrente 4: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima (MJF)

Corrente 5: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, indicando que o primeiro seria o aspecto objetivo do conceito e o segundo o aspecto subjetivo desse (JSCF; IPN; FM)

Corrente 6: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, indicando que o primeiro seria o aspecto objetivo do conceito e o segundo o seu aspecto subjetivo do mesmo e tratando a boa-fé como sinônimo de confiança legítima (DCJ)

Corrente 7: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, tratando a boa-fé como sinônimo de confiança legítima (MC; DFMN)

Corrente 8: não diferencia tais concepções, tratando apenas da segurança jurídica (CABM)

Corrente 9: diferencia apenas duas das concepções, a segurança jurídica e a boa-fé, tratando proteção à confiança legítima como desdobramento da segurança jurídica (OM)

DIVERGÊNCIA 013 - Previsão no ordenamento jurídico brasileiro dos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima

Corrente 1: previsão do princípio da boa-fé (art. 2º, caput e parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.784/1999)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Positivada na Lei do Processo Administrativo Federal – **Lei n. 9.784/99** –, **em seu art. 2º**, caput, e parágrafo único, inciso IV, **o princípio da boa-fé objetiva**, muito relevante no Direito Privado, se aplica às relações entre particulares e Administração Pública. (capítulo IV, item IV.7, p. 169)

Corrente 2: previsão do princípio da boa-fé (art. 54, da Lei nº 9.784/1999)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

A exigência de que a administração pública e o administrado atuem com **boa-fé** tem repercussões jurídicas relevantes, muitas vezes estipuladas em preceitos legais expressos. Por exemplo, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999, passados mais de cinco anos da emissão de um ato administrativo que, embora ilegal, seja favorável ao administrado, não poderá mais a administração anulá-lo - ocorre a decadência do direito à anulação -, "salvo comprovada má-fé" (Lei 9.784/1999, art. 54). Como se vê, essa regra de estabilização, que tem fundamento precípua no postulado da segurança jurídica, exige não apenas o transcurso do lapso temporal nela previsto, mas também a existência de **boa-fé**. (capítulo 5, item 5, p. 205)

Corrente 3: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Verifica-se que **o princípio da proteção da confiança relaciona-se com o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica**, e a sua importância gerou a necessidade de consagrá-lo como princípio autônomo, dotado de peculiaridades próprias. Enquanto a segurança jurídica possui caráter amplo,

sendo aplicável às relações públicas e privadas, a confiança legítima tutela, tão somente, a esfera jurídica do particular, protegendo-o da atuação arbitrária do Estado.

O princípio da segurança jurídica, em virtude de sua amplitude, inclui na sua concepção a confiança legítima e a boa-fé, com fundamento constitucional implícito na cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CRFB) e na proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CRFB). No âmbito infraconstitucional, **o princípio da segurança jurídica é mencionado no art. 2.º da Lei 9.784/1999.** (capítulo 3, item 3.2.11, p. 122 e 123)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

O valor segurança jurídica é consagrado por vários outros princípios: direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, irretroatividade da lei, entre outros. Este princípio enaltece a ideia de proteger o passado (relações jurídicas já consolidadas) e tornar o futuro previsível, de modo a não infligir surpresas desagradáveis ao administrado.

[...]

A Lei 9.782/99, no art 2º, caput, também, prevê a segurança jurídica como princípio da Administração Pública. Ademais, em conformidade com o parágrafo único desse art. 2º, nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (capítulo I, item 3.2.18, p.57)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Princípio da segurança jurídica: O preceito está incluído expressamente como princípio norteador da atividade administrativa, no caput do art. 2º, da lei 9.784/99. Ainda nesse sentido, o mesmo diploma legal define, em seu art. 2º, parágrafo único, XIII, que a mudança de interpretação em relação a dispositivos legais não pode atingir situações já consolidadas. De fato, dispõe o texto legislativo que será garantida, na atuação estatal, "interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação". **Ademais, é relevante ressaltar que a aplicação do princípio da segurança jurídica deve ter como base a boa fé daqueles que se valiam da situação anterior para seu benefício, não podendo configurar uma forma de beneficiar os particulares pela torpeza de suas**

condutas. Trata-se do princípio de proteção à confiança. Dessa forma, caso a Administração Pública pratique atos em benefício de determinados beneficiários, não pode, posteriormente, sob a alegação de que imprimiu nova interpretação à norma legal, retirar o benefício anteriormente concedido. (capítulo 2, item 2.15, p. 101)

Corrente 4: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, parágrafo único, inc. XIII, da Lei nº 9.784/1999)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

O princípio da segurança jurídica é um fundamento geral do ordenamento, sendo **aplicável a todos os ramos do Direito**. Seu conteúdo volta-se à garantia de **estabilidade, ordem, paz social e previsibilidade** das atuações estatais. Alinha-se à finalidade primeira da ordem jurídica que é propiciar segurança e estabilidade no convívio social, evitando mudanças abruptas, **sobressaltos e surpresas decorrentes de ações governamentais**. Em termos práticos, seu principal emprego no Direito Administrativo está na **proibição de aplicação retroativa de novas interpretações** de dispositivos legais e **normas administrativas**. É nesse sentido que deve ser **compreendida a regra prevista no art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99**. (capítulo 2, item 2.7.7, p. 278)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

No Direito Administrativo, **o princípio da segurança jurídica foi positivado expressamente art. 2o, caput, da Lei federal de Processo Administrativo (Lei no 9.784/99)**. Segundo expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que participou das discussões do anteprojeto da lei, o objetivo da inclusão do dispositivo foi vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de Lei no âmbito da Administração Pública. **Essa ideia está explícita no parágrafo único do inciso XIII do art. 2o**, que assegura a “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação”. O princípio foi incorporado para combater a prática reiterada em alguns órgãos administrativos de se mudar a orientação de determinações normativas que afetavam situações reconhecidas e consolidadas na égide da orientação anterior, o que gerava insegurança aos administrados. Também o art. 24 da LINDB, conforme inserção da Lei no 13.655/2018, determina que a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja

produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Trata-se de corolário da segurança jurídica, segundo a qual se proíbe retroagir efeitos de orientação geral posterior para situações anteriormente constituídas.

Está em processo de maturação na doutrina e na jurisprudência brasileiras uma faceta da segurança jurídica que não era analisada com toda a sua potencialidade: o princípio da proteção à confiança (Vertrauensschutz) e o consequente reconhecimento de legítimas expectativas dos particulares, agora tuteladas com maior força pelo Direito, em relação ao Estado. (capítulo 2, item 2.11, p. 56 e 57)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Como se observa, a **segurança jurídica** é um megaprincípio do Direito, o cimento das civilizações, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa particularmente **o princípio da confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva**, o princípio da coerência administrativa, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público e a teoria da evidência, como adiante serão expostos (capítulo V, item 20.1.1, p. 146)

O processo administrativo, como espécie do gênero processual, informa todos os princípios gerais genericamente pertinentes aos demais tipos processuais, tais como os da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da **moralidade**, da ampla defesa, do contraditório, **da segurança jurídica**, do interesse público, da eficiência, da celeridade, da economia, da publicidade, do impulso e da modicidade. (capítulo VII, item 35, p. 251)

[...]o princípio da **segurança jurídica**, que compreende a **boa-fé e a confiança legítima dos administrados**, ou o da *paz social*. (capítulo VIII, item 49, p. 304)

[...] embora entre as práticas administrativas não seja reconhecida a autonomia de fonte do Direito Administrativo, o ordenamento jurídico pátrio, em prestígio ao princípio da **segurança jurídica** – na sua vertente subjetiva, da **Confiança Legítima** – interdita a aplicação retroativa de novas interpretações administrativas (**art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999** – Lei de Processo Administrativo Federal). (capítulo IV, item 18.2.2, p. 136)

Corrente 5: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999) e da boa-fé (art. 2º, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.784/1999)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O princípio da segurança jurídica, que não tem sido incluído nos livros de Direito Administrativo entre os princípios da Administração Pública, foi inserido entre os mesmos pelo artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99. (p. 1711)

[...]

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.

[...]

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo. (p. 252-253)

O princípio da boa-fé começou a ser aplicado no direito administrativo muito antes da sua previsão no direito positivo, o que veio a ocorrer com a Lei federal nº 9.784, de 29-1-99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. No artigo 2º, parágrafo único, IV, a lei inclui entre os critérios a serem observados nos processos administrativos a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (capítulo 13, 3.3.15.3, p. 256-257)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

No Brasil, o caput do art. 5º da CF menciona a garantia à segurança, entendida não só no aspecto físico, mas também no aspecto jurídico. É

indicado na Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo federal, como um dos princípios a nortear a Administração Pública (art. 2º caput).

[...]

A Lei nº 9.784/99 – processo administrativo federal, no art. 2º, parágrafo único, IV, indica a boa-fé entre os critérios a nortear os processos administrativos; a boa-fé também é mencionada no art. 4º, II, da mesma lei, entre os deveres do administrado ante a Administração. (capítulo 7, item 7.16, p. 131)

Corrente 6: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput e art. 54, Lei nº 9.784/1999)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Ressalte-se ainda que muitos princípios que serão abordados no decorrer deste capítulo estão previstos de forma expressa no ordenamento jurídico infraconstitucional, especialmente na **Lei nº 9.784**, de 29.01.99, que define o processo administrativo. O seu **art. 2** enumera os seguintes princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência. Esse diploma representa um marco para o Direito Administrativo, por ter resolvido várias divergências presentes na doutrina. (capítulo 2, item 3)

O **art. 54 da Lei nº 9.784/99** funda-se na importância da **segurança jurídica** no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles nulos ou anuláveis) e permitindo, a contrário sensu, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal, mediante a convalidação ex ope temporis, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício. (capítulo 2, item 7, 380)

Corrente 7: previsão do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança (art. 54, Lei nº 9.784/1999)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança passaram a constar de forma expressa no art. 54, da Lei nº 9.784, de 29.1.1999, nos seguintes termos: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. A norma, como se pode observar, conjuga os aspectos de tempo e boa-fé, mas se dirige essencialmente a estabilizar relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos inquinados de vício de legalidade. É certo que a jurisprudência aponta alguns casos em que foram convalidadas situações jurídicas ilegítimas, justificando-se a conversão pela “teoria do fato consumado”, isto é, em certas ocasiões melhor seria convalidar o fato do que suprimi-lo da ordem jurídica, hipótese em que o transtorno seria de tal modo expressivo que chegaria ao extremo de ofender o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Com a positivação do princípio, tornou-se de maior densidade a sustentação do fato ilegítimo anterior; por mais que se esforçassem os intérpretes, a fundamentação do fato consumado não se afigurava muito convincente. (capítulo 1, item V, subitem 2.5, p 122)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Conclusão

Previsão no ordenamento jurídico brasileiro dos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima

Corrente 1: previsão do princípio da boa-fé (art. 2º, caput e parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.784/1999) (ASA)

Corrente 2: previsão do princípio da boa-fé (art. 54, da Lei nº 9.784/1999) (MA e VP)

Corrente 3: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999) (RCRO; DCJ; MC)

Corrente 4: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, parágrafo único, inc. XIII, da Lei nº 9.784/1999) (AM; IPN; DFMN)

Corrente 5: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999) e da boa-fé (art. 2º, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.784/1999) (MSZDP; OM)

Corrente 6: previsão do princípio da segurança jurídica (art. 2º, caput e art. 54, Lei nº 9.784/1999) (FM)

Corrente 7: previsão do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança (art. 54, Lei nº 9.784/1999) (JSCF)

Não abordam (CABM; MJF)

DIVERGÊNCIA 014 - Aplicação absoluta ou relativa do princípio da supremacia dos interesses públicos

Corrente 1: caráter absoluto, sem distinção entre interesse primário ou secundário

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais têm como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, **havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo**, quando em conflito com as necessidades de um cidadão, se analisado isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração se põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares.

Com efeito, a Administração goza de supremacia decorrente deste princípio, nas palavras de Marcos Bittencourt: "o princípio da supremacia de interesse público atribui um status especial ao Estado frente ao particular" razão pela qual, inclusive, **vige a presunção de legalidade dos atos praticados pelas entidades do Estado.**

Considera-se a supremacia do interesse público uma pedra fundamental na noção de Estado organizado, sendo relevante para a formação de qualquer estrutura organizacional de poder público, como condição de convívio social no bojo da sociedade organizada. Não se trata de princípio expresso, ou seja, não está escrito no texto constitucional, embora existam inúmeras regras que impliquem em suas manifestações de forma concreta; para isso podemos nos referir a institutos correlatos dispostos na Constituição da República como a possibilidade de desapropriação (5º, XXIV), a requisição administrativa (5º, XXV) entre outras prerrogativas que submetem os direitos do cidadão às restrições impostas pelo Estado. (capítulo 2, item 1.1.1, p. 64)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o Welfare State (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público.

Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, **há de prevalecer o interesse público.**

[...] Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, **deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular.** A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. **A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou como absoluto acerto.** (capítulo 1, item V, subitem 2.1, p. 116 e 117)

Corrente 2: caráter absoluto, desde que para alcançar interesse público primário e não o secundário

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Este princípio exalta a superioridade do interesse da coletividade, estabelecendo a prevalência do interesse público sobre o interesse do particular, como condição indispensável de assegurar e viabilizar os interesses individuais. A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados nos seus direitos e bens.

[...]

Na doutrina Italiana é corrente a distinção entre interesses públicos primários, que são os interesses da coletividade como um todo e interesses públicos secundários, que são os interesses do Estado como sujeito de direitos, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros.

O princípio sob comento somente se aplica aos interesses primários, únicos que podem ser concebidos como verdadeiros interesses públicos. Por isso, os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com os interesses primários, únicos que podem ser perseguidos pela Administração Pública.

Os interesses públicos primários, ou interesses públicos propriamente ditos, correspondem, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao "interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem". Isto é, os interesses públicos são a dimensão ou

face pública ou coletiva dos interesses individuais, vale dizer, um plexo ou entrelaçamento dos interesses dos indivíduos que compõem o corpo social.

Os interesses do Estado, quando não correspondem aos interesses primários, não são interesses públicos propriamente ditos.

Ademais, cumpre acentuar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado pressupõe o absoluto respeito aos direitos fundamentais. (capítulo I, item 3.2.2, p. 35 e 36)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5u, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.

Com efeito, por exercerem função, **os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, qua tale considerado, e muito menos o dos agentes estatais.** (capítulo II, item I, p. 101 e 102)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Esse princípio também pode ser identificado em quase todos os institutos do Direito Administrativo, iniciando com as prerrogativas do regime público de algumas pessoas jurídicas, como é o caso das autarquias que apresentam privilégios tributários e processuais, proteção especial quanto aos seus bens e o regime de precatório para pagamento de seus débitos judiciais, além de outros.

Para os atos administrativos, é possível verificar essa supremacia em seus atributos, considerando que eles gozam de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de imperatividade, sendo, respectivamente, morais, legais e verdadeiros até que se prove o contrário, podendo ser praticados independentemente da autorização do Poder Judiciário e impostos coercitivamente à coletividade. Alerte-se ainda que a Administração tem também a possibilidade de revê-los quando necessário.

Também verifica-se a supremacia quando do estudo dos contratos administrativos e as suas peculiares cláusulas exorbitantes, que permitem à Administração modificar ou rescindir unilateralmente um contrato, bem como a possibilidade de fiscalização da sua execução, a aplicação de penalidades ao contratado e a ocupação provisória de seus bens (regra prevista no art. 58, da Lei nº 8.666/93).

Nesse contexto, é importante grifar que a utilização desse princípio só será legítima quando aplicada como instrumento para o alcance de interesses coletivos, não se admitindo a sua utilização para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal e, muito menos, dos agentes governamentais. (capítulo 2, item 3.1, p. 726)

Corrente 3: caráter relativo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Outra crítica foca no elemento “supremacia” desse princípio: **se fosse um princípio “supremo”, na prática não seria sequer um princípio jurídico**, porque estes admitem ponderação e podem deixar de incidir, ou incidir com menor intensidade, à luz dos diferentes casos concretos e dos princípios e regras com os quais se contrapõem.

Concordamos com as críticas ao princípio da supremacia do interesse público. De fato, as situações disciplinadas pelo direito público são muito mais complexas do que aquela que poderia ser resolvida por uma abstrata e geral prevalência do interesse público sobre o interesse privado. **O que deve ser feito é ponderar os diversos interesses juridicamente tutelados que**

estiverem em jogo, sejam eles públicos ou privados, ponderação esta que só pode ser realizada diante de cada situação.

Não existe uma norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderam os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público (por exemplo, nas desapropriações e nas requisições administrativas). Nessas hipóteses, foi a lei ou a Constituição que preestabeleceu a preponderância do interesse público sobre o interesse do particular, preponderância que não pode ser a priori estendida automaticamente a circunstâncias para as quais não houve esta “pré-ponderação” constitucional ou legal.

Note-se, por outro lado, que muitas vezes a Constituição também pré-pondera em determinados casos o interesse privado em detrimento do interesse público, quando, por exemplo, dá preferência ao sigilo de correspondência em detrimento do interesse público na averiguação de crimes. E mesmo quando, como nos casos referidos no parágrafo anterior, dá preferência ao interesse público, não desconsidera o interesse particular, já que, no exemplo das desapropriações e requisições administrativas, se, por um lado, o particular é compulsoriamente subtraído da sua propriedade, por outro, é-lhe assegurado o direito a ser indenizado. (capítulo IV, item IV.14, p.191)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

[...] 5) **Relativização dos supraprincípios**: consideradas as duas noções-chave do Direito Administrativo, e por isso chamadas de supraprincípios, a “supremacia do interesse público sobre o privado” e a “indisponibilidade do interesse público” até há pouco tempo eram consideradas ideias absolutas e inquestionáveis, conforme será visto no capítulo seguinte. Hoje tais conceitos passam por um processo de relativização legislativa diante da criação de inúmeros preceitos legais, fixando exceções tanto à supremacia quanto à indisponibilidade do interesse público; (capítulo 1, item 1.25) **IMPORTANTE**: os dois supraprincípios são princípios relativos, e não absolutos. **Assim, não existe supremacia absoluta do interesse público sobre o privado**, nem indisponibilidade absoluta dos interesses públicos. (capítulo 2, item 2.5, p. 161)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público e, como visto anteriormente, é um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo, fundamentando todas as

prerrogativas especiais de que dispõe a administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem. Decorre dele que, existindo conflito entre o interesse público e o interesse particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes.

O Estado, portanto, embora tenha assegurada pela ordem constitucional a prevalência dos interesses em nome dos quais atua, está adstrito aos princípios constitucionais que determinam a forma e os limites de sua atuação, como o princípio do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da proporcionalidade, dentre outros. Conforme se constata, assim como ocorre com todos os princípios jurídicos, **o postulado da supremacia do interesse público não tem caráter absoluto.** (capítulo 5, item 2, p. 195)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O que se alega é a inviabilidade de falar em supremacia do interesse público sobre o particular, diante da existência dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Fala-se em indeterminação do conceito. **Fala-se em ponderação de interesses para substituir a ideia de supremacia do interesse público. Defende-se a aplicação do princípio da razoabilidade também em substituição ao da supremacia do interesse público.**

[...] Por isso mesmo, o Direito Administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade/liberdade. A

Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder.

Esse binômio autoridade/liberdade está presente em todos os institutos do Direito Administrativo. Na evolução desse ramo do direito, pode o pêndulo do relógio pender mais para um lado do que para o outro. O ideal é que haja um equilíbrio.

Por isso se fala em **princípio da razoabilidade**. Isto não implica negar o princípio da supremacia do interesse público. Na realidade, a razoabilidade ou proporcionalidade (como preferem alguns), pressupõe a existência de um interesse público a ser protegido. **A razoabilidade exige relação, proporção, adequação entre meios e fins. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público.** (capítulo 1, item 1.9, p. 131)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Atualmente, no entanto, com a relativização da dicotomia público x privado, a democratização da defesa do interesse público e a complexidade (heterogeneidade) da sociedade atual, entre outros fatores, vêm ganhando força a **ideia de “desconstrução” do princípio da supremacia do interesse público em abstrato**.

Fato é que, mesmo nesses conflitos, não estaríamos necessariamente diante de um verdadeiro confronto dicotômico entre interesse público, de um lado, e o interesse privado, de outro, pois a promoção do interesse público significa a promoção de interesses privados (ex.: na desapropriação, o direito fundamental de propriedade do particular é excepcionado para se atender ao “interesse público” que será concretizado pela satisfação de outros direitos fundamentais, tais como o direito à educação na hipótese de construção de uma escola pública). **Há, portanto, uma conexão necessária entre o interesse público e os interesses privados.**

A solução ou, ao menos, a sinalização para resolver eventuais colisões entre interesses públicos e interesses privados pode ser estabelecida *a priori*, quando possível, pela própria legislação, que já procederia a uma ponderação abstrata, estabelecendo os “parâmetros preferenciais” (ex.: o art. 60, § 4.º, IV, da CRFB retira das opções políticas as propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais; o art. 5.º, alínea “h”, do Decreto-lei 3.365/1941 autoriza o Poder Público a desapropriar, por utilidade pública, a propriedade privada para a exploração ou a conservação dos serviços públicos). Essa ponderação, realizada democraticamente pelo legislador, orientaria e pautaria a interpretação judicial e administrativa.

Não obstante, o legislador, obviamente, não possui condições de prever todas as possibilidades que porventura possam ocorrer na complexidade da vida social, razão pela qual sempre haverá ponderações concretas (casos concretos), pautadas, predominantemente, pelo princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Portanto, não existe um interesse público único, estático e abstrato, mas sim finalidades públicas normativamente elencadas que não estão necessariamente em confronto com os interesses privados, razão pela qual seria mais adequado falar em “princípio da finalidade pública”, em vez do tradicional “princípio da supremacia do interesse público”, o que reforça a ideia de que a atuação estatal deve sempre estar apoiada em finalidades públicas, não egoístas, estabelecidas no ordenamento jurídico. **A atuação do Poder Público não pode ser pautada pela supremacia do interesse público, mas, sim, pela ponderação e máxima realização dos interesses envolvidos.** (capítulo 3, item 3.2.7, p. 114, 115 e 116)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O problema maior do debate acerca da supremacia do interesse público não se encontra na noção em si de que, em uma vida em sociedade, é justo que os interesses coletivos tenham prioridade em relação aos interesses individuais, pois neste ponto existe unanimidade. As controvérsias surgem justamente quando se questiona: (1) qual a medida adequada da restrição de direitos individuais em prol de um ideal coletivo; ou, ainda, (2) o que é “interesse público”.

Daí por que o princípio da supremacia do interesse público nas atividades legislativas, como qualquer outro princípio, não é absoluto, e seu uso em cada regulação do Estado deve ser ponderado em conjunto com os demais princípios e garantias fundamentais. Contudo, a medida adequada para a restrição dos interesses privados não pode ser fornecida abstratamente, mas apenas em função de cada caso concreto analisado. Se a primeira problemática levantada não pôde ser respondida satisfatoriamente in abstracto, é ainda mais complexo tentar definir “interesse público”, muito embora seja necessário fixar alguns limites ao conceito. [...] não nos identificamos com a corrente doutrinária que simplesmente põe em xeque a noção de superioridade dos interesses públicos, alegando que atualmente a Administração deva ser colocada em plano de igualdade com os particulares e, por consequência, **os interesses públicos devam ser retirados de seu patamar de supremacia.** (capítulo 2, item 2.2, p. 42)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos direitos fundamentais, **não há como sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público**, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados. Na verdade, tal relação constante não mais se suporta, porque no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem estar subordinados ou supraordinados, uns aos outros, conforme o disponha a lei, mas esta, por sua vez, não poderá romper a hierarquia axiológica constitucional estabelecida em função do primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser apenas e excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas.

Assim, tanto a definição do interesse público quanto a imposição de uma específica supremacia, preterindo quaisquer outros interesses igualmente agasalhados pela ordem jurídica, dependerão, única e exclusivamente, das

opções que sejam feitas, expressamente na Constituição e, só então, mas sempre desta dependente, inafastavelmente previstas nas leis. (capítulo V, item 20.3, p. 157)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Como decorrência, **não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida aprioristicamente em favor de algum titular de posição jurídica**. Nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica privilegiada em face de outrem. Todo e qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais. Nenhuma decisão administrativa ofensiva dos direitos fundamentais pode ser reconhecida como válida. (p. 43)

Não se contraponha que o interesse público unitário seria o resultado da consideração dos diversos interesses (públicos e privados) em conflito. **Essa concepção acarreta a inutilidade do postulado da supremacia e indisponibilidade do interesse público**, eis que será necessário resolver qual dos diversos interesses deverá prevalecer antes de identificar o interesse público. (p. 44)

Ademais, **a concepção da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado reflete um cenário jurídico que não mais existe**. Para compreender a questão, é necessário examinar os conceitos de direito subjetivo e interesse jurídico. (p. 44)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Em alguns cursos ou manuais de direito administrativo encontra-se a menção ao chamado “princípio” da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Esse “princípio”, se algum dia existiu, está ultrapassado, por várias razões, aqui expostas de modo sucinto:

a) Ante a Constituição Federal de 1988, que prioriza os direitos fundamentais, direitos estes essencialmente dos particulares, soa ilógico e incoerente à diretriz constitucional 147plicar-lo como princípio do direito administrativo.

b) **Mostra-se pertinente à Constituição de 1988 e à doutrina administrativa contemporânea a ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses presentes em determinada situação, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse; o objetivo desta função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios.**

Até os autores que se aferram a este princípio reconhecem a necessidade de sua “reconstrução”, de sua adequação à dinâmica social, de sua adaptação visando à harmonização dos interesses.

c) O princípio da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.

d) Tal “princípio” não vem indicado na maioria maciça das obras doutrinárias contemporâneas. (capítulo 7, item 7.9.1, p. 128)

Conclusão

Aplicação absoluta ou relativa do princípio da supremacia dos interesses públicos

Corrente 1: caráter absoluto, sem distinção entre interesse primário ou secundário (MC; JSCF)

Corrente 2: caráter absoluto, desde que para alcançar interesse público primário e não o secundário (DCJ; CABM; FM)

Corrente 3: caráter relativo (ASA; AM; MA e VP; MSZDP; RCRO; IPN; DFMN; MJF; OM)

DIVERGÊNCIA 015 – Relação da moralidade administrativa com a legalidade administrativa

Corrente 1: integra a moralidade administrativa a legalidade administrativa, seja esta ampla ou restrita, aproximando-se à teoria dos círculos concêntricos (mínimo ético)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A nosso ver, a referência dupla visa justamente a **integrar a moralidade à legalidade ampla**, possuindo ainda objetivos de “didática institucional”, para não deixar que administradores públicos mal-intencionados venham a arguir que, apesar de o seu ato não ser correto moralmente, não estavam formalmente violando nenhuma lei.

Hoje, estando a legalidade ampliada pela ideia de juridicidade, e estando a própria **moralidade** (tal como vários outros princípios antes considerados como metajurídicos) positivada na Constituição, ela **passou a integrar o bloco da legalidade**. Assim, um ato administrativo imoral, que foge ao que seria o comportamento de “um bom administrador”, seria também um ato ilegal por violação à mais importante das leis, a Constituição. (capítulo IV, item IV.9, p. 174)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Para atuar em consonância com a moral administrativa, não basta ao agente cumprir formalmente a lei, 149plica-la em sua mera literalidade. **É necessário que se atenda à letra e ao espírito da lei, que ao legal junte-se o ético** (não mais se tolera a velha e distorcida ideia de que o agente público poderia dedicar- -se a procurar “brechas” na lei, no intuito de burlar os controles incidentes sobre a sua atuação e, dessa forma, promover interesses espúrios). Por essa razão, é acertado asseverar que **o princípio da moralidade complementa, ou torna mais efetivo, materialmente, o princípio da legalidade**. (capítulo 5, item 5, p. 203)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Enquanto previsão expressa, esse princípio representa uma novidade da Constituição de 1988, art. 37, caput, caracterizando-se como uma **evolução do princípio da legalidade**, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, apesar de não ter conteúdo definido, preciso; representa um conceito jurídico indeterminado, vago. Esse fato constitui um obstáculo para o Poder Judiciário aceitar a possibilidade de invalidação de um ato por lesão apenas à moralidade administrativa. A maioria dos julgados a admite como uma agravante da ilegalidade, e não como vício autônomo. (capítulo 2, item 3.6, p. 84)

[...] Por fim, **infringi-lo implicará violação ao próprio Direito, às regras constitucionais, configurando uma ilicitude sujeita à invalidação**. (capítulo 2, item 3.6, p. 85)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

De acordo com ele [princípio da moralidade administrativa], a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. **Violá-los implicará violação ao próprio Direito**, configurando ilicitude que as sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. (capítulo II, item I, p.123)

Márcio Cammarosano, em monografia de indiscutível valor, sustenta que o princípio da moralidade não é uma remissão à moral comum, mas está reportado aos valores morais albergados nas normas jurídicas. Quanto a nós, também entendendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um **reforço ao princípio da legalidade**, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria. (capítulo II, item I, p.124)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Costuma-se **distinguir a Moral do Direito a partir de dois círculos concêntricos**, sendo o maior associado à Moral e o menor ao Direito. Tal visão coaduna-se mais com o jusnaturalismo do que com o positivismo, pois este considera que o Direito é produto da ação e vontade humanas posto pelo Estado, independentemente de qualquer proximidade com preceitos morais de justiça.

[...] Na realidade, **mesmo que possa haver Direito posto que se desvincule do sentido moral de justiça**, a inauguração da Constituição de 1988 e a afirmação do Estado Democrático de Direito procuraram **resgatar a esfera da legitimidade e adequação dos produtos jurídicos aos anseios coletivos**, a partir da cada vez mais observada alusão aos princípios democrático e republicano.

[...] A **positivação da moralidade como princípio** assegura ao intérprete **mecanismo para obrigar juridicamente a Administração não apenas a seguir um comportamento legal, mas também ético**, tendo em vista a ideia de que **nem tudo que é formalmente legal é necessariamente ético**. (capítulo 2, item 2.5, p. 46)

Corrente 2: desvincula a moralidade administrativa da legalidade administrativa, aproximando-se da teoria dos círculos independentes

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

No direito positivo brasileiro, a lei que rege a ação popular (Lei n.º 4.717, de 29-6-65) consagrou a tese que coloca o desvio de poder como uma das hipóteses de ato administrativo ilegal, ao defini-lo, no artigo 2º, parágrafo único, alínea e, como aquele que se verifica “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Será então que se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa?

Em face do direito positivo brasileiro, **a resposta é negativa**.

[...]

É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a **moralidade administrativa** teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, **o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo**.

Embora **não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei)**, a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. (capítulo 3, item 3.3.11, p. 240 e 242)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

É importante que, **interpretando a Constituição Federal** como uma norma posta integrante do ordenamento jurídico nacional, se admita que a **atuação em desconformidade aos padrões de moralidade enseja uma violação ao princípio da legalidade**, amplamente considerado, por abranger, inclusive, os princípios e regras constitucionais. Sendo assim, por ser a **moralidade um conceito jurídico indeterminado**, normalmente a **jurisprudência vem aplicando a sua violação como vício de legalidade** da atuação administrativa. **No entanto, a moralidade deve ser analisada como princípio autônomo**, sendo possível a retirada de um ato administrativo imoral, ainda que não haja direta violação ao princípio da legalidade. (capítulo 2, item 2.3, p. 75-76)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Cumpre esclarecer que **a moralidade não se confunde com a legalidade administrativa**. A norma ou atividade pode estar perfeita do ponto de vista legal, mas moralmente deficiente, caso não represente atitude ética e de boa-fé, não sendo útil a adoção desta norma ou atividade.

[...]

Ademais, a moralidade administrativa também impede o nepotismo ou o favorecimento de parentes no âmbito da Administração Pública. (capítulo I, item 3.2.6, p.39 e 42)

Corrente 3: identifica interseções da moralidade administrativa e a legalidade administrativa, aproximando-se da teoria dos círculos secantes

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Por fim, existe **a teoria dos círculos secantes** desenvolvida por Claude Du Pasquier, segundo a qual o **Direito e a Moral seriam complexos**

normativos distintos com uma área de intersecção e, ao mesmo tempo, regiões particulares de independência.

Mais condizente com a realidade, a teoria dos círculos secantes permite concluir que **existem pontos de concordância entre o jurídico e o moral, mas não há uma coincidência total entre suas exigências.** Importante frisar, ainda, a existência de comportamentos indiferentes para a Moral (amorais) e outros não disciplinados juridicamente. Assim, podemos identificar vários tipos de enquadramento de uma conduta quanto à sua licitude e moralidade:

1) comportamento lícito e imoral; 2) comportamento lícito e moral; 3) comportamento lícito e amoral (indiferente para a Moral); 4) comportamento ilícito e imoral; 5) comportamento ilícito e moral; 6) comportamento ilícito e amoral; 7) comportamento indiferente para o Direito e imoral; 8) comportamento indiferente para o Direito e moral; 9) comportamento indiferente para o Direito e amoral. (capítulo 2, item 2.6.8, p. 234-235)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Pensamos, todavia, que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa.

A Constituição referiu-se expressamente ao princípio da moralidade no art. 37, caput. **Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade**, o fato é que **aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões**, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, ipso facto, o princípio da legalidade. **Em outras**, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa. (capítulo 1, item V, subitem 1.3, p. 98-99)

Não abordam

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Relação da moralidade administrativa com a legalidade administrativa

Corrente 1: integra a moralidade administrativa a legalidade administrativa, seja esta ampla ou restrita, aproximando-se à teoria dos círculos concêntricos (mínimo ético) (ASA; MA e VP; FM; CABM; IPN)

Corrente 2: desvincula a moralidade administrativa da legalidade administrativa, aproximando-se da teoria dos círculos independentes (MSZDP; MC; DCJ)

Corrente 3: identifica interseções da moralidade administrativa e a legalidade administrativa, aproximando-se da teoria dos círculos secantes (AM; JSCF)

Não abordam (RCRO; MJF; DFMN; OM)

DIVERGÊNCIA 016 – Finalidade inerente ou vinculada a diferentes princípios

Corrente 1: princípio da finalidade é inerente à legalidade

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Em rigor, **o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele**; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado “desvio de poder” ou “desvio de finalidade” – são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei. (capítulo II, item I, p. 110)

[...] Na verdade, **só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de alertar contra o risco de exegeses toscas**, demasiadamente superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência e não por descuido do intérprete. (capítulo II, item I, p. 111)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Finalidade legal pode ser explicada como a ideia que a lei traz contida em seu texto. É o seu âmago, o fator que proporciona compreendê-la dentro do contexto legal. **Nesse raciocínio, temos que a lei é um instrumento utilizado pelo administrador como forma de alcançar um determinado fim**. Em suma, a finalidade é o espírito da lei, o seu fim maior, que forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível. Dessa maneira, indicar a norma legal como fundamento para a prática de um ato em dissonância com sua finalidade não significa aplicar a lei, mas sim desvirtuá-la.

Assim, **o princípio da finalidade exige que o administrador persiga o objetivo legal**, certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público, o bem comum, além das finalidades específicas apontadas na lei, sob pena de ilegalidade do ato, caracterizando abuso de poder 28, na modalidade desvio de finalidade e, conseqüentemente, controle pelo Poder Judiciário. Essa nulidade do ato administrativo tem respaldo na Lei na 4.717/65, que disciplina a ação popular e em seu art. 2ª enumera as situações que

comprometem a validade de um ato, entre as gerais se tem o desvio de finalidade (álínea “e”). (capítulo 2, item 3.5, p. 84)

Trata-se de um princípio em apartado, **não decorre do princípio da legalidade, mas é inerente a ele**, o princípio da finalidade significa cumprir o fim da lei; é o mesmo que o seu espírito e, é claro, que o espírito da lei faz parte da própria lei, formando com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, a tal ponto, que nunca poderemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei. (p. 111)

Para atender ao objetivo maior da lei (o seu espírito), a doutrina moderna reconhece o princípio da finalidade, inerente ao princípio da legalidade. **O Administrador deve atender ao propósito da norma como um elemento da própria lei, fator que proporciona compreendê-la.** Esse princípio representa a obediência não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução, ao fim específico de cada norma. O desrespeito a tal propósito pode caracterizar desvio de finalidade com conseqüente nulidade do ato. (capítulo 15, item 4.5, p. 1092)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Em sentido diametralmente oposto, Celso Antônio Bandeira de Mello defende tratar-se de um princípio autônomo, que determina a atuação do agente público, sempre visando a alcançar a finalidade pública previamente estipulada pela lei. Assim, **a finalidade estaria intimamente ligada ao princípio da legalidade**, haja vista exigir que o poder público atue em respeito às disposições legais e visando alcançar os objetivos de interesse público que estão definidos na legislação. **Parece-nos ser este o melhor entendimento acerca deste princípio, desatrelando seu conceito do dever de impessoalidade.**

Com efeito, pode-se definir que, de acordo com o princípio da finalidade, a norma administrativa deve ser interpretada e aplicada pelo agente do Estado, da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige. Deve-se ressaltar que o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade a que se destina.

[...]

Entenda-se que, **mesmo que a conduta pareça estar permitida na legislação aplicável, ela será ilegítima se o administrador público estiver exercendo suas atividades visando a outro fim que não aquele que estava previsto no texto legal**, sempre orientado na busca pelo interesse da coletividade. (capítulo 2, item 2.13, p. 100)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

A Administração Pública só existe e se justifica para atender a um fim público, que é o resultado que se busca alcançar com a prática do ato, e que consiste em satisfazer, em caráter geral e especial, os interesses da coletividade. Caso contrário, estar-se-á diante de um desvio de finalidade ou desvio de poder, que acarreta a invalidação do ato administrativo.

Assim, **há uma finalidade pública geral** que é aquela prevista em todas as leis, por imperativo da ordem jurídica; e **uma finalidade pública especial** que é aquela ditada pela lei à qual se esteja dando execução.

O desvio de finalidade, por conseguinte, pode ser genérico ou específico. Diz-se genérico quando a Administração Pública deixa simplesmente de atender ao interesse público imposto pela ordem jurídica, desviando-se para socorrer interesses privados. Afirma-se específico quando a Administração pública desatende a finalidade indicada na lei que se pretende executar, visando outra ainda que pública.

[...]

Os atos nos quais ocorre o desvio de finalidade, seja genérico ou específico, sujeitam-se ao controle do Judiciário, tendo em vista que tal desvio torna o ato ilegal (porque a finalidade vincula). **Toda finalidade pública está prevista na lei.** (capítulo I, item 3.2.9, p. 46)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

[...] Na realidade, **todos os fundamentos** [da impessoalidade] (**finalidade**, teoria do órgão, imparcialidade e igualdade) **são indissociáveis**, pois a consecução dos fins de interesse público deve guiar a atividade administrativa, na qual a manifestação da vontade estatal, pela teoria do órgão, não pode ser confundida com a vontade subjetiva do agente público que deve agir de forma imparcial, tratando a todos sem discriminações arbitrárias. Contudo, para que tal objetivo seja de fato alcançado, é necessário que os agentes públicos sejam envolvidos na permanente tarefa ética de pautarem suas ações em uma consciência moral que reconheça as necessidades coletivas, transcendendo àquelas de índole egoística ou individual. (capítulo 2, item 2.4, p. 45)

O agente público, ao manejar as atribuições derivadas das competências postas a seu encargo, **deve atuar com rigorosa obediência à finalidade de todas as leis, que é o interesse público ou bem comum, e à finalidade específica da lei que executa.** Note-se que, no Direito Administrativo, a finalidade também é abordada como elemento ou condição de validade do ato administrativo. (capítulo 2, item 2.9, p. 54)

Corrente 2: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

[...] Por outro lado, **para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado**, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. **Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade**, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, **segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público**, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória. Não se pode deixar de fora a **relação que a finalidade da conduta administrativa tem com a lei**. “Uma atividade e um fim supõem uma norma que lhes estabeleça, entre ambos, o nexó necessário”, na feliz síntese de CIRNE LIMA. **Como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia**, porque a isso a Constituição a obriga (art. 5º, caput e inciso I), **a função administrativa nela baseada também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se desvio de finalidade, que ocorre quando o administrado se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento – o interesse público**. (capítulo 1, item V, subitem 1.2, p. 96)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. Ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Os autores tratam do **princípio administrativo da impessoalidade** sob dois prismas, a saber:

a) como determinante da finalidade de toda a atuação administrativa (**também chamado princípio da finalidade**, considerado um princípio constitucional implícito, inserido no princípio expresso da impessoalidade); Essa primeira é a acepção mais tradicional do princípio da impessoalidade, e traduz a ideia de que toda atuação da administração deve visar ao interesse público, deve ter como finalidade a satisfação do interesse público. (capítulo 5, item 6, p. 205-206)

Corrente 3: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e da legalidade

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A relação da impessoalidade com a noção de finalidade pública é indiscutível. Para Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade “nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”. **Ao agir visando a finalidade pública prevista na lei, a Administração Pública necessariamente imprime impessoalidade e objetividade na atuação, evitando tomar decisões baseadas em preferência pessoal ou sentimento de perseguição.** (capítulo 2, item 2.6.7, p. 229)

Pode-se falar em dois sentidos para o princípio da finalidade: **a) finalidade geral: veda a utilização de prerrogativas administrativas para defesa de interesse alheio ao interesse público.** Exemplo: desapropriar, para fins de perseguição, imóvel de inimigo político; e **b) finalidade específica: proíbe a prática de ato administrativo em hipóteses diferentes daquela para a qual foi previsto na lei, violando sua tipicidade legal.** Exemplo: autorizar a realização de obra por meio de decreto quando a lei exige licença. (capítulo 2, item 2.7.3, p. 269)

Corrente 4: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e da moralidade

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Há duas acepções para o princípio da impessoalidade, **ambas igualmente corretas**, apenas destacando ângulos diversos de um mesmo fenômeno. [...] Já HELY LOPES MEIRELLES vincula a **impessoalidade à finalidade pública, entendendo que o princípio da impessoalidade impõe que o administrador objective, apenas, a satisfação do interesse público [...]** (capítulo IV, item IV.8, p. 171 e 172)

Por esse princípio [finalidade], **bastante ligado aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, a Administração deve apenas buscar a realização do interesse público**, consubstanciado no atendimento aos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, **sem pretender beneficiar ou prejudicar pessoalmente quem quer que seja.**

A **violação do princípio da finalidade**, também chamada de desvio de finalidade, ocorre tanto quando uma **competência, sempre outorgada em prol do interesse público, é exercida precipuamente para interesses individuais** não repulcamos de benefício ou prejuízo de alguém [...] (capítulo IV, item IV.13, p.188)

Corrente 5: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e sinônimo de supremacia do interesse público

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

[...] Exigir impessoalidade da administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, **o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.** Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim. (capítulo 3, item 3.3.3, p. 225)

Ligado a esse **princípio de supremacia do interesse público – também chamado de princípio da finalidade pública** – está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004:69), “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. [...] (capítulo 3, item 3.3.2, p. 223)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Portanto, não existe um interesse público único, estático e abstrato, mas sim finalidades públicas normativamente elencadas que não estão necessariamente em confronto com os interesses privados, **razão pela qual seria mais adequado falar em “princípio da finalidade pública”, em vez do tradicional “princípio da supremacia do interesse público”,** o que reforça a ideia de que a atuação estatal deve sempre estar apoiada em finalidades públicas, não egoístas, estabelecidas no ordenamento jurídico. A atuação do Poder Público não pode ser pautada pela supremacia do interesse público, mas, sim, pela ponderação e máxima realização dos interesses envolvidos. (capítulo 3, item 3.2.7, p. 116)

O princípio da **impessoalidade**, consagrado expressamente no art. 37 da CRFB, possui duas acepções possíveis:

a) igualdade (ou isonomia): **a Administração Pública deve dispensar tratamento impessoal e isonômico aos particulares, com o objetivo de atender a finalidade pública**, sendo vedada a discriminação odiosa ou desproporcional (ex.: art. 37, II, da CRFB: concurso público, art. 37, XXI, da CRFB: licitação, art. 100 da CRFB: precatório), salvo o tratamento diferenciado entre pessoas que estão em posição fática de desigualdade, com o objetivo de efetivar a igualdade material (ex.: art. 37, VIII, da CRFB e art. 5.º, § 2.º, da Lei 8.112/1990: reserva de vagas em cargos e empregos públicos para portadores de deficiência, art. 230, § 2.º, da CRFB e art. 39 da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso: gratuidade no transporte público para idosos); (capítulo 3, item 3.2.2, p. 105)

Corrente 6: princípio da finalidade vinculado ao princípio da moralidade e da indisponibilidade do interesse público

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Este sacratíssimo princípio da legitimidade, substantivo e essencial à existência das democracias, cujo tratamento científico é o tema central do Direito Político, informa, particularmente, no campo específico do Direito Administrativo, **importantes outros princípios próprios, como os da finalidade**, da discricionariedade e da razoabilidade, como serão a seguir estudados. (capítulo V, item 20.2.3, p. 151)

[...]A partir dessas considerações, **conceitua-se o princípio da finalidade como a orientação obrigatória de toda a atividade administrativa pública ao interesse público**, especificamente explícito ou implícito na ordem pública, com vistas ao atendimento pelo Estado.

O princípio da finalidade pode ser conotado, com maior aproximação, tanto ao da moralidade quanto ao da indisponibilidade do interesse público, tratados, ambos, como princípios autônomos. À moralidade, porque a atuação do Estado deve ser aferida em relação aos fins que foram efetivamente e não apenas hipoteticamente os visados pelo administrador. À indisponibilidade dos interesses públicos, porque se institui um dever jurídico específico para a Administração, de promover-lhes o devido atendimento. (capítulo V, item 20.4.1, p. 166-167)

Não se posiciona

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

7.9 Princípio do atendimento do interesse público ou princípio da finalidade [...] Referido princípio direciona a atividade da Administração no sentido da realização do interesse da coletividade e não de interesses fazendários, das autoridades, dos partidos políticos. Assim, a finalidade da atuação da Administração situa-se no atendimento do interesse público e o desvirtuamento dessa finalidade suscita o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade. (capítulo 7, item 7.9, p. 127 e 128)

Não aborda

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Conclusão

Finalidade inerente ou vinculada a diferentes princípios

Corrente 1: princípio da finalidade é inerente à legalidade (CABM; FM; MC; DCJ; IPN)

Corrente 2: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade (JSCE; MA e VP)

Corrente 3: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e da legalidade (AM)

Corrente 4: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e da moralidade (ASA)

Corrente 5: princípio da finalidade vinculado ao princípio da impessoalidade e sinônimo de supremacia do interesse público (MSZDP; RCRO)

Corrente 6: princípio da finalidade vinculado ao princípio da moralidade e da indisponibilidade do interesse público (DFMN)

Não se posiciona (OM)

Não aborda (MJF)

DIVERGÊNCIA 017 - Diferença entre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

Corrente 1: razoabilidade tem origem anglo-saxônica; da proporcionalidade origem germânica. Princípios se confluem

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

O princípio da proporcionalidade, que está ainda em evolução e tem sido acatado em alguns ordenamentos jurídicos, guarda alguns pontos que o assemelham ao princípio da razoabilidade e entre eles avulta o de que é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes. Enquanto **o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica, o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha**, tendo-se estendido posteriormente ao Direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus.

[...]

Examinada, conquanto em síntese, a fisionomia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão de que **ambos constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos**, seja qual for a sua natureza. No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que **o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico**, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo **que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material**, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, “**confluem ambos**, pois, rumo ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo)”. (capítulo 1, item V, subitem 4, p. 128, 129 e 130)

Corrente 2: razoabilidade, origem anglo-saxônica, decorre do devido processo legal. Proporcionalidade origem germânica decorre do Estado de Direito. Princípios são fungíveis

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O princípio da razoabilidade nasce e desenvolve-se no sistema da *common law*. À parte a sua origem remota na cláusula *law of the land* da Magna Carta de 1215, o princípio **surgiu no direito norte-americano** por meio da evolução jurisprudencial da cláusula do **devido processo legal**, consagrada nas Emendas 5.^a e 14.^a da Constituição dos Estados Unidos, que deixa de lado o seu caráter apenas procedimental (*procedural due process of law*: direito ao contraditório, à ampla defesa, entre outras garantias processuais) para incluir a versão substantiva (*substantive due process of law*: proteção das liberdades e dos direitos dos indivíduos contra abusos do Estado). Desde então, o princípio da razoabilidade vem sendo utilizado como forma de valoração pelo Judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais.

De outro lado, **o princípio da proporcionalidade tem origem remota nas teorias jusnaturalistas** dos séculos XVII e XVIII a partir do momento em que se reconheceu a existência de direitos imanescentes ao homem oponíveis ao Estado. Aplicado inicialmente no âmbito do Direito Administrativo, notadamente no “direito de polícia”, o referido princípio recebe, na **Alemanha**, dignidade constitucional, quando a doutrina e a jurisprudência afirmam que a proporcionalidade seria um princípio implícito decorrente do próprio **Estado de Direito**.

Apesar da polêmica quanto à existência ou não de diferenças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem prevalecido a **tese da fungibilidade entre os citados princípios** que se relacionam com os ideais igualdade, justiça material e racionalidade, consubstanciando importantes instrumentos de contenção dos possíveis excessos cometidos pelo Poder Público (capítulo 3, item 3.2.6, p. 111 e 112)

Corrente 3: proporcionalidade como vertente da razoabilidade

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Embora a Lei n° 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, **o segundo constitui um**

dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. [...] (capítulo 3, item 3.3.12, p. 244-245)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

[...] Parece-nos que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrear-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. [...]

Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. [...] (capítulo II, item I, p. 114 e 115)

Corrente 3.1: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e exigência de que a atuação deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Embora com raízes nos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente – o romano-germânico e o anglo-saxão – o princípio da razoabilidade não recebe terminologia homogênea e até varia de conteúdo, ora também designado como princípio da proporcionalidade, ora como princípio da interdição do excesso, mas parece haver concordância em que nele se contém três exigências metodológicas aplicativas: (1) a de adequabilidade da medida para atender ao resultado pretendido; (2) a de necessidade da medida, quando outras, que possam ser mais apropriadas, não se encontrem à disposição do agente; (3) e a de proporcionalidade no sentido estrito, aferida, de um lado, entre os inconvenientes que possam resultar da medida e, de outro, o resultado a ser alcançado.

[...]

Compreendida na razoabilidade está a proporcionalidade, condição exigente do equilíbrio justo entre os meios empregados, ainda que legais, e os fins públicos a serem alcançados, e que pode ser tanto considerada como

um princípio autônomo como um requisito da razoabilidade. (capítulo V, item 20.4.6, p. 175 e 176)

Corrente 3.2: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e razoabilidade, analisa a adequação e necessidade e proporcionalidade importa no controle dos atos sancionatórios

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

É frequente os autores, e mesmo a jurisprudência, sobretudo no âmbito do direito constitucional, tratarem razoabilidade e proporcionalidade como um único e mesmo princípio jurídico, empregando esses termos como sinônimos, no mais das vezes dando preferência ao uso da expressão "princípio da proporcionalidade". Na seara do direito administrativo, **pensamos ser mais usual a referência a "princípio da razoabilidade" como um gênero, constituindo a noção de proporcionalidade uma de suas vertentes, comumente relacionada a situações que envolvam atos administrativos sancionatórios.**

[...]

Embora, conforme alertado anteriormente, não seja feita, muitas vezes, uma distinção precisa entre os dois princípios ora em tela, pensamos ser mais frequente os administrativistas associarem **o princípio da razoabilidade às análises de adequação e de necessidade do ato ou da atuação da administração pública**. Assim, não basta que o ato tenha uma finalidade legítima. É necessário que os meios empregados pela administração sejam adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização, especialmente quando se trate de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária.

[...]

O postulado da **proporcionalidade** é importante, sobretudo, **no controle dos atos sancionatórios**, especialmente nos atos de polícia administrativa. Com efeito, a intensidade e a extensão do ato sancionatório devem corresponder, deve guardar relação de congruência com a lesividade e a gravidade da conduta que se tenciona reprimir ou prevenir. A noção é intuitiva: uma infração leve deve receber uma sanção branda; a uma falta grave deve corresponder uma punição severa. (capítulo 5, item 9, p. 222 e 223)

Corrente 3.3: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e razoabilidade estende-se a todos os setores da Administração Pública e proporcionalidade regula especificamente o poder disciplinar e de polícia

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A proporcionalidade é um aspecto da razoabilidade voltado à aferição da justa medida da reação administrativa diante da situação concreta. Em outras palavras, constitui proibição de exageros no exercício da função administrativa. Sua origem está ligada ao direito público alemão.

Consoante excelente definição prevista no art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei n. 9.784/99, a proporcionalidade consiste no dever de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. A simples leitura do dispositivo permite identificar a especial preocupação do legislador em coibir excessos no campo do Direito Administrativo sancionador, seara onde mais comumente são identificadas punições exageradas e desproporcionais. Assim, **ao contrário da razoabilidade, que se estende a todos os setores de atuação da Administração Pública, a proporcionalidade regula especificamente o poder disciplinar** (exercido internamente sobre agentes públicos e contratados) **e o poder de polícia** (projeta-se externamente nas penas aplicáveis a particulares). (capítulo 2, item 2.7.5, p. 271)

Corrente 4: razoabilidade como vertente da proporcionalidade

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social. (capítulo 7, item 7.11, p.129)

Corrente 5: razoabilidade obedece a racionalidade e o senso normal (homem médio da sociedade), e proporcionalidade exige o equilíbrio entre os meios e os fins

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O princípio da razoabilidade não visa substituir a vontade da lei pela do julgador, visto que cada norma tem uma razão de ser. Entretanto, ele representa um **limite para a discricionariedade do administrador**, exigindo uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade legal de outro. Agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. **A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto, terá o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal.** (capítulo 2, item 3.12, p. 97)

O princípio da proporcionalidade exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto. **A atuação proporcional da autoridade pública exige também uma relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida**, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte. Por fim, o foco está nas medidas tomadas pelo Poder Público, não podendo o agente público tomar providências mais intensas e mais extensas do que as requeridas para os casos concretos, sob pena de invalidação, por violar a finalidade legal e, conseqüentemente, a própria lei. (capítulo 2, item 3.13, p. 100)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

2.9 Princípio da Razoabilidade

Este princípio visa impedir uma atuação desarrazoada ou despropositada do Administrador, definindo que o agente não se pode valer de seu cargo ou função, com a falsa intenção de cumprir a lei, para agir de forma ilegal e arbitrária fora dos padrões éticos e adequados ao senso comum. **Este princípio representa certo limite para discricionariedade do administrador**, uma vez que, mesmo diante de situações em que a lei define mais de uma possibilidade de atuação, a interpretação do agente estatal deve-se **pautar pelos padrões de escolha efetivados pelo homem médio da sociedade**, sem o cometimento de excessos. (capítulo 2, item 2.9, p. 92)

[...]

2.10 Princípio da Proporcionalidade

Espera-se sempre uma atuação proporcional do agente público, ou seja, um equilíbrio entre os motivos que deram ensejo à prática do ato e a consequência jurídica da conduta. A grande finalidade deste preceito é evitar abusos na atuação de agentes públicos, ou seja, impedir que as condutas inadequadas desses agentes ultrapassem os limites no que tange à adequação, no desempenho de suas funções em relação aos fatos que ensejaram a conduta do Estado. Logo, **buscar um equilíbrio entre o ato praticado e os fins a serem alcançados pela Administração Pública é a essencialidade deste princípio.**”

Alguns autores entendem que esse princípio [da proporcionalidade] está contido no da razoabilidade - **o que não é uma total inverdade, pois ambos estabelecem uma necessidade de valoração de adequação da conduta do agente estatal - dentro dos parâmetros da sociedade.** No âmbito federal, a Lei 9.784/99 trata os dois princípios separadamente, em seu art. 2º, ao definir os princípios orientadores da atuação administrativa. (capítulo 2, item 2.10, p. 94)

Corrente 6: razoabilidade abrange soluções lógicas e razoáveis e proporcionalidade atender ao satisfatório

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A técnica da interpretação conforme reflete uma manifestação do chamado **princípio da razoabilidade**, que preconiza ser a interpretação jurídica uma atividade que ultrapassa a mera lógica formal. Interpretar significa valer-se do raciocínio, o que **abrange não apenas soluções rigorosamente lógicas**, mas especialmente as que se configuram como **razoáveis**. (p. 54)

Uma das peculiaridades **do princípio da proporcionalidade** consiste no reconhecimento de que a solução jurídica não pode ser produzida por meio do isolamento do aplicador em face da situação concreta. Não é possível extrair a solução pelo simples exame de textos legais abstratos. O intérprete tem o dever de avaliar os efeitos concretos e efetivos potencialmente derivados da adoção de certa alternativa. **Deverá selecionar aquela que se configurar como a mais satisfatória**, não do ponto de vista puramente lógico, mas em vista da situação real existente. (p. 54)

Corrente 7: razoabilidade veda situações legislativas e administrativas absurdas e proporcionalidade contendo um teste sucessivo e triplice (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Finalmente, há discussão acerca das eventuais distinções entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Alguns defendem serem distintos: **a proporcionalidade corresponderia ao conteúdo usualmente identificado pela doutrina brasileira em três elementos**, conforme faremos a seguir; **já razoabilidade seria um princípio que vedaria situações legislativas e administrativas absurdas**. LUÍS ROBERTO BARROSO utiliza as expressões como sinônimas.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias indicam um **teste sucessivo e triplice** – caso se ultrapasse o primeiro teste, chega-se ao segundo, e, depois, ao terceiro – como sendo o conteúdo do princípio da proporcionalidade. Cada um desses testes corresponderia a um dos seus elementos. São os seguintes:

(a) A restrição à liberdade ou a propriedade imposta pelo Estado deve ser apropriada, ou seja, ter nexo de pertinência com a realização dos objetivos sociais e de interesse público que fundamentam a edição do ato. **Trata-se da adequação dos meios aos fins**. A finalidade de interesse público deve ser atingível por aquela medida. Por exemplo, o tabelamento de preços não é o meio adequado para controlar o aumento de preços de produtos encarecidos em razão da alta do valor da matéria-prima importada.

(b) O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública (entre todas as que atendam ao elemento da adequação), opte pela menos restritiva às liberdades individuais e aos cofres públicos – **Trata-se do elemento necessidade**. Ex.: se o Estado pode assegurar a prestação de serviço público e o bem-estar da coletividade instituindo uma servidão administrativa, que é uma restrição apenas parcial à propriedade, não deve chegar a desapropriá-la.

(c) A restrição imposta deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que, dentre todas as opções adequadas, aquela seja a que menos ônus causa (ultrapassando, portanto, também o teste da necessidade),

ela deve, tendo em vista a finalidade pública almejada, “valer a pena”, colocando-se,

de um lado, o ônus provocado pela medida, e, de outro, o benefício que será por ela trazido (relação de “custo-benefício” razoável). **É a proporcionalidade em sentido estrito por muitos identificada com a razoabilidade**. Num exemplo extremo, não seria proporcional, em sentido estrito, a vedação absoluta de qualquer passeata no Centro da Cidade mesmo

que fosse o único meio de evitar engarrafamentos. (capítulo IV, item IV.5, p. 161 a 163)

Corrente 8: princípio da razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Utilizado, habitualmente, para aferir a legitimidade das restrições de direitos, **o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**, consubstancia, em essência: uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

[...]

Cuida-se o **princípio da razoabilidade, ou proporcionalidade ampla**, de um princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público quanto aos seguintes caracteres: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e **proporcionalidade em sentido estrito**. (capítulo I, item 3.2.13, p. 50 e 51)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Entendemos que a razoabilidade é ontologicamente e pragmaticamente indissociável da proporcionalidade. Neste ponto, a doutrina de Direito Administrativo é praticamente unânime. (capítulo 2, item 2.8, p. 53)

Conclusão

Diferença entre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

Corrente 1: razoabilidade tem origem anglo-saxônica; da proporcionalidade origem germânica. Princípios se confluem (JSCF)

Corrente 2: razoabilidade, origem anglo-saxônica, decorre do devido processo legal. Proporcionalidade origem germânica decorre do Estado de Direito. Princípios são fungíveis (RCRO)

Corrente 3: proporcionalidade como vertente da razoabilidade (MSZDP e CABM)

Corrente 3.1: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e exigência de que a atuação deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (DFMN)

Corrente 3.2: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e razoabilidade, analisa a adequação e necessidade e proporcionalidade importa no controle dos atos sancionatórios (MA e VP)

Corrente 3.3: proporcionalidade como vertente da razoabilidade e razoabilidade estende-se a todos os setores da Administração Pública e proporcionalidade regula especificamente o poder disciplinar e de polícia (AM)

Corrente 4: razoabilidade como vertente da proporcionalidade (OM)

Corrente 5: razoabilidade obedece a racionalidade e o senso normal (homem médio da sociedade), e proporcionalidade exige o equilíbrio entre os meios e os fins (FM e MC)

Corrente 6: razoabilidade abrange soluções lógicas e razoáveis e proporcionalidade atender ao satisfatório (MJF)

Corrente 7: razoabilidade veda situações legislativas e administrativas absurdas e proporcionalidade contendo um teste sucessivo e tríplice (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (ASA)

Corrente 8: princípio da razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos (DCJ e IPN)

DIVERGÊNCIA 018 - Condicionantes para a (auto)executoriedade administrativa

Corrente 1: (auto)executoriedade depende de expressa previsão legal ou quando diante de medida urgente/emergente que, se não adotada, poderá ocasionar prejuízo maior ao interesse público

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

No Direito Administrativo, a **autoexecutoriedade** não existe, também, em todos os atos administrativos; ela **só é possível**:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas autoexecutórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas autoexecutórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;

2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.(capítulo 7, item 7.6.3, p. 471-472)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Casos em que cabe executoriedade. No Direito Administrativo a exigibilidade e a executoriedade, ao contrário do Direito Privado, são muito comuns. A exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses: a) **quando a lei prevê expressamente**, que é o caso óbvio; b) quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração; isto é, **nas situações em que, se não for utilizada, haverá grave comprometimento do interesse que incumbe à Administração assegurar**. Isto ocorre nos **casos em que a medida é urgente e não há via jurídica de igual eficácia à disposição da Administração para atingir o fim tutelado pelo Direito**, sendo impossível, pena de frustração dele, aguardar a tramitação de uma medida judicial. Nestes casos entende-se que a autorização para executoriedade está implícita no

sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco. (capítulo VII, item IX, p. 430)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Essas hipóteses estão previstas normativamente e refletem, muitas vezes, o exercício conjugado de competências estatais por diversos Poderes. Assim se passa com os atos da polícia judiciária, em que se trata de dar cumprimento a ordens judiciais.

A autoexecutoriedade do ato administrativo obedece estritamente aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Portanto, **não há autoexecutoriedade sem lei que assim o preveja**. Mas, ainda quando a lei a tenha autorizado, a execução compulsória do ato administrativo por parte da própria Administração será admitida apenas quando não existir alternativa menos lesiva, sendo o uso da força a solução necessária para preservar a ordem jurídica e impor a realização dos direitos fundamentais.

[...] Não há vedação radical ao uso da força pela Administração Pública, na medida em que tal seja a solução necessária para a realização do direito. Mas o uso da força deverá refletir um devido processo legal, sendo acompanhado da observância de todas as formalidades comprobatórias necessárias e das garantias inerentes ao processo. Mais ainda, não se admite o uso da força mediante a mera invocação de fórmulas genéricas indeterminadas, tais como interesse público, bem comum, segurança pública etc. Deve-se identificar, de modo concreto, o bem jurídico tutelado e expor o motivo pelo qual se reputa que a força deve ser utilizada.

É evidente que existem situações concretas emergenciais em que o cumprimento dessas formalidades é impossível.

Fora das hipóteses emergenciais e daquelas em que a lei tenha autorizado a Administração a valer-se do uso da força, não há autoexecutoriedade do ato administrativo. (p. 180 e 181)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A autoexecutoriedade é atributo de somente alguns tipos de atos administrativos. Na verdade, **apenas duas categorias de atos administrativos são autoexecutáveis: a) aqueles com tal atributo conferido por lei.** É caso do fechamento de restaurante pela vigilância sanitária; **b) os atos praticados em situações emergenciais cuja execução imediata é indispensável para a preservação do interesse público.**

Exemplo: dispersão pela polícia de manifestação que se converte em onda de vandalismo.

A possibilidade de utilização da força física, inerente à autoexecutoriedade, reforça a **necessidade de identificação de mecanismos de controle judicial a posteriori** sobre a execução material de atos administrativos. Merecem destaque, nesse sentido, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que exigem bom senso e moderação na aplicação da autoexecutoriedade. É possível também a concessão de liminar em mandado de segurança para suspender as medidas concretas tendentes à execução material do ato administrativo, na hipótese de revelar-se ilegal ou abusiva a ação da Administração Pública. (4, item 4.8.4, p. 476-477)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Ademais, enfatiza Maria Sylvia Zanella Di Pietro **que a autoexecutoriedade depende: (1) de expressa autorização legal, até, acrescente-se, pelo princípio da legalidade ou da necessidade de lei para a restrição de direitos, dado que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou (2) de se tratar de medida urgente, sem a qual pode ocorrer um prejuízo maior ao interesse público.** (capítulo 3, item 3.6.3, p. 74)

A autoexecutoriedade dos atos administrativos é atributo que depende de **expressa previsão legal ou se justifica diante de necessidade urgente**. O caráter imperativo dos atos administrativos não significa que eles excluam ou não possam ser precedidos do respeito ao devido processo legal ou da busca dialógica pelo consenso antes de serem impostos. (capítulo 4, item 4.2, p. 84-85)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

[...] Já **na executoriedade**, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado, utilizando inclusive a força, **independente de previsão legal para socorrer situação emergente**. Esses caracteres também se distinguem quanto à sua aplicação nos diversos atos administrativos. Em regra, a exigibilidade está presente em todo ato administrativo, porém o mesmo não acontece **com a executoriedade, que depende de previsão legal, exceto quando se trata de medida urgente para a proteção do interesse público**.

O atributo da autoexecutoriedade sofre limitações, visto que não se aplica às penalidades de natureza pecuniária como, por exemplo, multas decorrentes de infrações a obrigações tributárias, entre outras.

No entanto, ressalte-se que esses atributos não dispensam o cumprimento de determinadas formalidades, a saber: o dever de notificar previamente o administrado, de instaurar procedimento administrativo com contraditório e ampla defesa, dentre outras exigências previstas em lei específica. Nesse sentido, eis o que diz a Súmula n° 312 do Superior Tribunal de Justiça; "No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração" (capítulo 6, item 5.2, p. 354)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Esse atributo não está presente em todos os atos administrativos, dependendo sempre da previsão de lei ou de uma situação de urgência, na qual a prática do ato se imponha para garantia do interesse público. Ressalte-se, ainda, que, **em situações emergenciais**, desde que o interesse público justifique a necessidade de uma atuação urgente, sob pena de serem causados prejuízos ao interesse da coletividade, **o poder público poderá executar o ato administrativo, sem que tenha havido processo anterior.** Nesses casos; após a prática do ato e evitado o dano ao interesse público, será admitido o exercício do contraditório pelo interessado. Trata-se de situação de contraditório diferido ou postergado. (capítulo 5, item 6.5, p. 294)

Corrente 2: (auto)executoriedade depende de expressa previsão legal ou quando a situação material não permite a atuação de outra forma

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Tal atributo só existe nos atos administrativos que encerram obrigações. Mas é importante lembrar que os atos administrativos que impõem obrigações são sempre imperativos e exigíveis, mas nem sempre possuem a executoriedade. **Nem todos os atos administrativos que veiculam obrigações são auto-executáveis.** (por exemplo, os atos que impõem multas só podem ser executados judicialmente). **Somente aqueles para os quais a lei emprestou esse atributo ou nos quais a situação material não permitir a atuação de outra forma.** (capítulo III, item 4.4, p. 107)

Corrente 3: (auto)executoriedade depende da satisfação do pressuposto da exequibilidade e da inexistência de exceção legal específica (expressa)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

A executoriedade é, portanto, a regra da execução administrativa, embora sempre sujeita a duas inafastáveis condicionantes, uma, positiva e outra, negativa. A condicionante positiva é a satisfação do próprio pressuposto da exequibilidade, pois somente o ato exequível se torna executório. A condicionante negativa é a inexistência de qualquer exceção legal específica, pois a legislação poderá submeter a execução de certos atos administrativos a um prévio controle de legalidade, caso em que ela se transferirá ao Poder Judiciário, com vistas a acautelar, desde logo, nessas hipóteses excepcionais, quaisquer direitos fundamentais especialmente tutelados que estejam em jogo, tais como a incolumidade da pessoa, a sua dignidade ou a garantia de seu patrimônio.

(...) Desse modo, assegura-se que a atuação administrativa possa ser imediata e eficiente, como se pretende, por exemplo, nas hipóteses em que o retardo em agir crie ou agrave perigo público. Exemplifica-se, comumente, pela aplicação imediata de sanções executórias pela Administração, como no caso de infração de normas que zelem pela saúde ou pela segurança públicas e que suscitem a aplicação de pena administrativa de interdição. Sua aplicação administrativa efetiva as últimas consequências sancionadoras através de atos materiais, tais como o fechamento, isolamento ou interdição de áreas, de estabelecimentos, de edifícios ou de recintos, ainda que com o emprego da força.

[...] O ato executório também se denomina de ato autoexecutório, para destacar a autossuficiência do agente no emprego da força e a consequente desnecessidade de intervenção de outro agente, seja da Administração ou do Judiciário, para autorizá-la.

Sob outro aspecto, o emprego da executoriedade, como um instrumento destinado a tornar efetiva a ação administrativa pública, não há de ser considerado como uma faculdade da Administração, de que possa ela valer-se ou não a seu talante, mas de um poder-dever, de caráter mandatório, sempre que presentes os pressupostos legais de atuação. Com efeito, dar plena execução a seus atos, sem prévio acerto (exame, ou conselho) do Judiciário, não é uma escolha do agente administrativo, pois não é função do juiz exercer consultoria para a Administração Pública, senão que será do respectivo órgão da Advocacia de Estado, que em face dela atua independentemente e em paralelo. A propósito, como já lembrava Hely Lopes Meirelles, as Administrações, por vezes se mostram tímidas quando devam empregar a executoriedade, não obstante ser instrumento que lhes é inerente, isso à conta do receio, quando não do

desconhecimento, que as faz recorrer ao Judiciário para dar cumprimento a atos administrativos tipicamente executórios, embora se tratando de casos em que lhes faltará a legitimidade ad causam, impeditiva para que prosperem ações redundantes dessa natureza.

Por fim, uma vez **que a regra é a executoriedade**, daí decorre que quaisquer exceções – vale dizer, **todas as hipóteses de heteroexecutoriedade – serão de direito estrito, pendendo de expressa previsão legal**, tais como, dando outros exemplos: a execução fiscal, a efetivação da desapropriação, a cassação de patentes, a dissolução de sociedades etc., casos em que a Administração, como autora, terá, aí sim, legitimidade ad causam para demandar o prévio acerto, pelo Poder Judiciário, da juridicidade de sua pretensão. (capítulo VII, item 33.6, p. 231 e 232)

Corrente 4: (auto)executoriedade é a regra somente afastada na hipótese de expressa ou implícita vedação legal

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Apesar de a doutrina francesa, que o concebeu originariamente, referir-se ao princípio pela expressão *privilège du préalable*, não se trata de privilégio ou algo excepcional, já que **a autoexecutoriedade é uma característica ordinária do Direito Administrativo, decorrente da presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública e do grau de importância dos interesses a ela acometidos, que muitas vezes seriam, na prática, irremediavelmente comprometidos se não houvesse essa prerrogativa**. Imaginemos, por exemplo, que, para remover um carro estacionado irregularmente, a Administração tivesse que obter uma liminar previamente no Judiciário: quando conseguisse a liminar, o carro nem estaria mais estacionado no local. Sem a autoexecutoriedade e a presunção de legitimidade da atuação administrativa a regra sancionatória do estacionamento irregular não teria efeitos práticos.

A autoexecutoriedade é, no entanto, um princípio que comporta muitas exceções e limites.

Nos casos em que a lei, implícita ou explicitamente, vedar a autoexecutoriedade, a Administração Pública não pode executar diretamente seus atos. Veja-se, por exemplo, que a Lei n. 6.830/80, ao instituir o sistema do processo judicial das execuções fiscais, vedou a autoexecutoriedade dos atos administrativos impositores de obrigações pecuniárias (lançamento tributário, aplicação de multas etc.). Nesse caso, houve uma vedação implícita à autoexecutoriedade do ato administrativo constitutivo do patrimônio do devedor. O Estado terá que inscrever a quantia

em dívida ativa e executá-la judicialmente (heteroexecutoriedade). (capítulo IV, item IV.17, p. 202 e 203)

Autoexecutoriedade: É a possibilidade de atos administrativos serem passíveis de execução direta pela própria Administração Pública, independentemente de qualquer ordem judicial. Exemplos clássicos do uso desse atributo são os atos administrativos de apreensão de mercadorias ou de armas, de demolição de prédios, o reboque de veículos estacionados irregularmente etc. Apesar de a doutrina francesa, que o concebeu, referir-se a ele como um “*privilège du préalable*”, não se trata de um privilégio ou de algo com caráter excepcional, já que seria uma característica ordinária do Direito Administrativo. **Só não haverá a possibilidade de autoexecutoriedade quando a lei, de modo explícito ou implícito, vedá-la.** Salvo casos de eminente risco para a segurança ou para a saúde pública, em que a oitiva da particular pode se dar posteriormente, o exercício da autoexecutoriedade deverá respeitar o direito constitucionalmente assegurado ao prévio contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF). (capítulo VI, item VI.5, p. 335)

Corrente 5: (auto)executoriedade é a regra somente afastada na hipótese de vedação legal, sem fazer referência a se ela deve ser expressa ou implícita

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A doutrina diverge sobre a necessidade de lei para atuação autoexecutória da Administração. A doutrina majoritária tem sustentado que a autoexecutoriedade depende de previsão legal expressa ou da caracterização da situação emergencial. Na forma já indicada quando do estudo do poder de polícia, **sustentamos que a executoriedade é a regra, autorizada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico, salvo as hipóteses em que a legislação, excepcionalmente, exige a prévia manifestação do Judiciário para atuação administrativa.** A autoexecutoriedade não é encontrada em todos os atos administrativos (ex.: cobrança de multas, desapropriação etc.). (capítulo 15, item 15.11.3, p. 532)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Das mais relevantes é a característica da autoexecutoriedade. Significa ela que **o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado.** Como bem anota VEDEL, tem ele idoneidade de por si criar direitos e obrigações, submetendo a todos que se situem em sua órbita de incidência. No direito privado, são

raras as hipóteses em que se permite ao particular executar suas próprias decisões.

No direito público, porém, é admitida a execução de ofício das decisões administrativas sem intervenção do Poder Judiciário, construção hoje consagrada entre os autores modernos e haurida do Direito francês.

A autoexecutoriedade tem como fundamento jurídico a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário. Além do mais, nada justificaria tal submissão, uma vez que assim como o Judiciário tem a seu cargo uma das funções estatais – a função jurisdicional –, a Administração também tem a incumbência de exercer função estatal – a função administrativa.

Essa particularidade, aliás, é bem destacada por GARCÍA DE ENTERRÍA, ao afirmar que esses extraordinários efeitos dos atos administrativos constituem verdadeiros títulos executivos, dispensando anuência dos tribunais. “Não há necessidade, portanto, de recorrer aos Tribunais em busca de juízo declaratório para obter uma sentença favorável que sirva de título a uma V. 1. 2. posterior realização material de seus direitos.” Aduz, por fim, o grande jurista que, desse ponto de vista, o ato administrativo vale como a própria sentença do juiz, ainda que seja sujeita a controle por este.

A característica da autoexecutoriedade é frequentemente utilizada no exercício do poder de polícia. Exemplos conhecidos do uso dessa prerrogativa são os da destruição de bens impróprios ao consumo público e a demolição de obra que apresenta risco iminente de desabamento.

Verificada a situação que provoca a execução do ato, a autoridade administrativa de pronto o executa, ficando, assim, resguardado o interesse público.

Em algumas hipóteses, o ato administrativo fica despoído desse atributo, o que obriga a Administração a recorrer ao Judiciário. Cite-se, como exemplo, a cobrança de multa ou a desapropriação. Ambas as atividades impõem que a Administração ajuíze a respectiva ação judicial.

A vigente Constituição instituiu linhas mais restritivas à autoexecutoriedade dos atos da Administração. Conforme o disposto no art. 5º, LV, da Lei Maior, em todo processo administrativo que tenha a presença de litigantes, ou aqueles de natureza acusatória, hão de ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes a tais garantias. A regra, como é fácil notar, estabelece alguns limites ao princípio de executoriedade, impedindo uma atuação exclusiva do administrador. A restrição, no entanto, não suprime o princípio, até porque, sem ele, dificilmente poderia a Administração, em certos momentos, concluir seus projetos administrativos e alcançar os objetivos que colima. (capítulo 4, item IV, subitem 3, p. 270, 271 e 272)

Não abordam

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Condicionantes para a (auto)executoriedade administrativa

Corrente 1: (auto)executoriedade depende de expressa previsão legal ou quando diante de medida urgente/emergente que, se não adotada, poderá ocasionar prejuízo maior ao interesse público (MSZDP; CABM; MJF; AM; IPN; FM; MC)

Corrente 2: (auto)executoriedade depende de expressa previsão legal ou quando a situação material não permite a atuação de outra forma (DCJ)

Corrente 3: (auto)executoriedade depende da satisfação do pressuposto da exequibilidade e da inexistência de exceção legal específica (expressa) (DFMN)

Corrente 4: (auto)executoriedade é a regra somente afastada na hipótese de expressa ou implícita vedação legal (ASA)

Corrente 5: (auto)executoriedade é a regra somente afastada na hipótese de vedação legal, sem fazer referência a se ela deve ser expressa ou implícita (RCRO; JSCF)

Não abordam (MA e VP; OM)

DIVERGÊNCIA 019 - Diferença entre exigibilidade e (auto)executoriedade

Corrente 1: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira se impõe obrigações ao administrado (coerção indireta) e na segunda significa a possibilidade de a administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado (coerção direta)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Na definição de Hely Lopes Meirelles, "a autoexecutoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial". É atributo típico do poder de polícia, presente, sobretudo, nos atos repressivos de polícia. A administração pública precisa ter a prerrogativa de impor diretamente, sem necessidade de prévia autorização judicial, as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à repressão de atividades lesivas à coletividade, ou que coloquem em risco a incolumidade pública.

[...] O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e a Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro prelecionam que a autoexecutoriedade existe em duas situações: quando a lei expressamente a prevê e, mesmo quando não expressamente prevista, em situações de urgência.

[...] Por fim, é oportuno mencionar que a Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro registra que alguns autores desmembram a autoexecutoriedade em exigibilidade e executoriedade. Para esses administrativistas, **a exigibilidade traduz a prerrogativa de a administração pública impor obrigações ao administrado, sem necessidade de prévia autorização judicial**, enquanto **a executoriedade significa a possibilidade de a administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado**. A **exigibilidade** está ligada ao uso de meios **coercitivos indiretos**, tais como a aplicação de uma multa, ou a exigência do pagamento de multas de trânsito como condição para o licenciamento de veículo automóvel. Na **executoriedade**, os **meios coercitivos são diretos**, autorizando o uso da força pública, se necessário; é o que ocorre na apreensão de mercadorias, na remoção forçada de veículo estacionado em local proibido, na interdição de um restaurante que não atenda às normas da vigilância sanitária etc. (capítulo 6, item 3.6.7.2, p. 262, 263 e 264)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A **exigibilidade**, conhecida entre os franceses como *privilège du préalable*, consiste no atributo que **permite à Administração aplicar punições aos particulares por violação da ordem jurídica, sem necessidade de ordem judicial**. A exigibilidade, portanto, resume-se ao poder de aplicar sanções administrativas, como multas, advertências e interdição de estabelecimentos comerciais. Assim como a imperatividade, a exigibilidade é atributo presente na maioria dos atos administrativos, mas ausente nos atos enunciativos.

[...] a **autoexecutoriedade** **permite que a Administração Pública realize a execução material dos atos administrativos ou de dispositivos legais, usando a força física se preciso for para desconstituir situação violadora da ordem jurídica**. No Direito Administrativo francês, é denominada *privilège d'action d'office*.

A autoexecutoriedade difere da **exigibilidade** à medida que esta aplica uma punição ao particular (exemplo: multa de trânsito), mas não desconstitui materialmente a irregularidade (o carro continua parado no local proibido), representando uma **coerção indireta**. Enquanto a **autoexecutoriedade**, além de punir, desfaz concretamente a situação ilegal, constituindo mecanismo de **coerção direta**.

[...] A autoexecutoriedade é atributo de somente alguns tipos de atos administrativos. Na verdade, apenas duas categorias de atos administrativos são autoexecutáveis:

- a) aqueles com tal atributo **conferido por lei**;
- b) os atos praticados em **situações emergenciais** cuja execução imediata é indispensável para a preservação do interesse público. Exemplo: dispersão pela polícia de manifestação que se converte em onda de vandalismo. (item 4.8.3 e 4.8.4, p. 473, 474, 475 e 476)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Esta é o atributo de acordo com o qual a Administração Pública pode executar suas decisões, com coerção, sem ter de submetê-las previamente ao Poder Judiciário. Conforme visto no item poder de polícia, a **autoexecutoriedade** pode ser dividida em dois aspectos: **exigibilidade** e **executoriedade**.

Na exigibilidade, o Poder Público se utiliza de **meios indiretos de coação**, sendo exemplo a impossibilidade de licenciamento do veículo se não houver adimplemento das multas de trânsito, imposição direcionada ao particular sem necessidade de autorização judicial para tanto.

Na executoriedade, a Administração se utiliza de **meios diretos de coação**, sendo exemplos de sua expressão: ato de apreensão de mercadoria, destruição

de alimentos nocivos e intervenção em estabelecimentos. Na execução forçada de atos, a Administração Pública pode empregar a força pública para assegurar o cumprimento de sua decisão, desde que aja com proporcionalidade e, portanto, sem excesso. (capítulo 4, item 4.4.3, p. 87)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Exigibilidade: É o atributo que **confere a Administração Pública o poder de exigir do administrado as obrigações que ela unilateralmente lhe impôs**, sob pena de lhe infligir multa ou outras penalidades administrativas em caso de descumprimento do ato (**meios indiretos de coação**). A exigibilidade não se confunde com a imperatividade, pois, através desta, apenas se constitui uma dada situação, se impõe uma obrigação. **A exigibilidade é o atributo pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la.**

Executoriedade ou auto-executoriedade: Executoriedade é a **qualidade em face da qual a Administração Pública pode, por si, conferir imediata efetividade a seus atos administrativos**. Por conta desse atributo, pode a Administração compelir materialmente o administrado, independentemente das vias judiciais, para o cumprimento da obrigação que previamente impôs (através da imperatividade) e exigiu (através da exigibilidade).

[...] Na **executoriedade** temos o emprego dos **meios diretos de coação** (ex.: demolir uma obra irregular; incinerar medicamentos com prazo de validade vencido; dissolver uma passeata subversiva; apreender mercadorias de porte ilícito, podar árvores localizadas em propriedades particulares, cujos ramos estejam prejudicando os transeuntes, etc.). **Ela não se confunde com a exigibilidade, pois esta não garante, por si só, a possibilidade de execução material do ato. A executoriedade é um plus em relação à exigibilidade.** (capítulo III, item 4.4, p. 107)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Exigibilidade – é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs. Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, apenas se constitui uma dada situação, se impõe uma obrigação. **A exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la.**

Executoriedade – é a qualidade pela qual o **Poder Público pode compelir materialmente o administrado**, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impõe e exigiu.

[...] Em suma: **a executoriedade é um plus em relação à exigibilidade**, de tal modo que nem todos os atos exigíveis são executórios

[...] Sintetizando: graças à **exigibilidade**, a Administração pode valer-se de **meios indiretos** que induzirão o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à **executoriedade**, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode **satisfazer diretamente sua pretensão jurídica** compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer: **pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente.**

Se compararmos estes diferentes atributos mencionados, vamos verificar que, pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem, é presumido como legítimo; pela imperatividade, o ato cria para terceiro, independentemente de sua aquiescência, uma obrigação; **pela exigibilidade**, o ato sujeita o administrado à observância de uma dada situação por **meios indiretos impostos pela própria Administração**, sem recorrer ao Judiciário; **pela executoriedade**, o ato subjugava o administrado à obediência por **meio de coação direta** aplicada pela Administração, independentemente de ordem judicial. (capítulo VII, item IX, p. 427 a 429)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A **autoexecutoriedade** dos atos administrativos significa que a Administração possui a prerrogativa de **executar diretamente a sua vontade**, inclusive com o uso moderado da força, independentemente da manifestação do Poder Judiciário. Ex.: demolição de obras clandestinas, inutilização de gêneros alimentícios impróprios para consumo, interrupção de passeata violenta, requisição de bens em caso de iminente perigo público etc. Trata-se de atributo que decorre da presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos com o objetivo de promover, com celeridade, o interesse público.

Conforme mencionamos no estudo do poder de polícia, a doutrina distingue a **executoriedade** (privilège d'action d'office, executoriedade propriamente dita ou direta) e a **exigibilidade** (privilège du préalable ou **executoriedade indireta**). Na primeira hipótese (**executoriedade direta**), o agente público pode utilizar de **meios diretos de coerção** (força) para implementar a vontade estatal, tal como ocorre nos exemplos mencionados anteriormente (demolição de obras clandestinas etc.). Por outro lado, na **exigibilidade**, o agente público utiliza-se de meios indiretos de coerção para compelir o

administrado a praticar determinada conduta (ex.: previsão de multa na hipótese de descumprimento da vontade estatal). (capítulo 15, item 15.11.3, p. 531-532)

Corrente 2: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira se impõe obrigações ao administrado sendo sempre definidos na lei (coerção indireta) e na segunda significa a possibilidade de a administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade (coerção direta)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Consiste a **autoexecutoriedade** em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

[...] Esse atributo é chamado, pelos franceses, de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable*; porém, alguns autores o desdobram em dois: **a exigibilidade**, que corresponde ao *privilège du préalable*, pelo qual a Administração toma **decisões executórias criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo**; e **a executoriedade**, que corresponde ao *privilège d'action d'office* (privilegio da ação de ofício), que permite à Administração **executar diretamente a sua decisão pelo uso da força**.

O que é importante ressaltar é o fato de que, em ambas as hipóteses, a Administração pode autoexecutar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário. A diferença, nas duas hipóteses, está apenas no meio coercitivo; **no caso da exigibilidade, a Administração se utiliza de meios indiretos de coerção**, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. **Na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção**, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre **definidos na lei**; na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender **situação emergente** que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade. (capítulo 7, item 7.6.3, p. 471 e 472)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O atributo da autoexecutoriedade autoriza a Administração a executar diretamente seus atos e fazer cumprir suas determinações sem precisar recorrer ao Judiciário, admitindo-se até o uso de força, se necessário, sempre que for autorizada por lei. A autoexecutoriedade apresenta dois aspectos: a **exigibilidade**, que permite que o **administrador decida**, sem a exigência de controle pelo Poder Judiciário, **representando a tomada de decisão**; e a **executoriedade**, que é a possibilidade que tem o administrador de **fazer cumprir as suas decisões e executá-las**, independentemente da autorização de outro Poder. Nos dois casos, a Administração pode autoexecutar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário. Todavia, a grande diferença está no meio coercitivo utilizado, uma vez que, **na exigibilidade, a Administração utiliza-se de meios indiretos de coerção, sempre previstos em lei** como, por exemplo, a multa, além de outras penalidades, pelo descumprimento do ato. Já **na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado**, utilizando inclusive a força, independente de previsão legal para socorrer **situação emergente**. Esses caracteres também se distinguem quanto à sua aplicação nos diversos atos administrativos. Em regra, **a exigibilidade está presente em todo ato administrativo, porém o mesmo não acontece com a executoriedade, que depende de previsão legal, exceto quando se trata de medida urgente para a proteção do interesse público**. (capítulo 6, item 5.2, p. 354)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Exigibilidade: Não sendo cumprida a obrigação imposta pelo ato administrativo, o poder público terá que, valendo-se de **meios indiretos de coação**, executar indiretamente o ato desrespeitado. Ressalte-se que, nestas situações, diante do descumprimento, o ente estatal se valerá de meios coercitivos, não executando diretamente a norma imposta pelo ato. [...]

Executoriedade ou autoexecutoriedade: Em situações pontuais, a aplicação de meios indiretos de coerção não atende ao interesse público, tornando necessária a aplicação de meios diretos de execução dos atos administrativos. Em tais situações, o **Estado executa o ato administrativo diretamente**, frente ao descumprimento pelo particular. Novamente, salta aos olhos a desnecessidade de recurso ao Judiciário para a prática do ato, podendo ser executado imediatamente. Cite-se o exemplo de um carro que é guinchado por estar estacionado em uma calçada dificultando a circulação dos pedestres, ou impedindo a passagem de uma ambulância. A grande

diferença em relação ao atributo anterior é que, em razão desta característica, **o ente público pratica o ato que seria de obrigação do particular, sem a necessidade de participação deste e sem que haja auxílio do Poder Judiciário.** Pode-se, inclusive, definir-que a **executoriedade** afasta o controle jurisdicional prévio dos atos administrativos, restando indiscutível a possibilidade de provimento posterior, mediante a propositura de ação pelo particular que se sentiu prejudicado com a determinação do Estado. Esse atributo não está presente em todos os atos administrativos, dependendo sempre da **previsão de lei** ou de uma **situação de urgência**, na qual a prática do ato se imponha para garantia do interesse público. (capítulo 5, item 6.5, p. 293 e 294)

Corrente 3: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira é consectário da imperatividade e na segunda significa obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Decorre da imperatividade o poder que tem a Administração de exigir o cumprimento do ato. Não pode, portanto, o administrado recusar-se a cumprir ordem contida em ato administrativo quando emanada em conformidade com a lei. **A exigibilidade, assim, deflui da própria peculiaridade de ser o ato imperativo.** (capítulo 4, item IV, subitem 1, p. 269)

Há autores que colocam a exigibilidade como característica à parte (DIÓGENES GASPARINI, ob. Cit., p. 78; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. Cit., p. 195; LUCIA VALLE FIGUEIREDO, ob. Cit.). **Parece-nos, contudo, que esse atributo é consectário natural da imperatividade, até porque pode haver exigibilidade sem coercibilidade.** (Nota de rodapé 67, p. 344)

Das mais relevantes é a característica da **autoexecutoriedade**. Significa ela que **o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado.** Como bem anota VEDEL, tem ele idoneidade de por si criar direitos e obrigações, submetendo a todos que se situem em sua órbita de incidência. (capítulo 4, item IV, subitem 3, p. 270-271)

Corrente 4: não diferencia

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

O ato administrativo pode ser **dotado de eficácia mínima**, o que implica a existência de direitos e deveres não exigíveis. Mas a Administração Pública é investida, nos limites da lei, da competência para produzir, unilateralmente, a transformação do grau de eficácia. Isso significa que os direitos e deveres contemplados no ato administrativo podem tornar-se **exigíveis**, atuantes concretamente. Em termos práticos, significa que **a Administração Pública pode promover a instauração de uma relação jurídica e estabelecer que os direitos e deveres dela derivados deverão ser cumpridos concretamente**. (p. 180)

Em situações excepcionais, o ato administrativo poderá adquirir **o grau máximo de eficácia**, sendo a Administração Pública autorizada a produzir os atos concretos necessários a implementar as suas determinações. Isso envolve também a exigência compulsória do cumprimento de condutas, valendo-se inclusive do uso da força física para tanto. A **autoexecutoriedade** indica a possibilidade de a Administração Pública **obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa** sem a intervenção imediata do Poder Judiciário, produzindo os atos materiais necessários a obter o bem da vida buscado. Isso pode compreender o impedimento concreto da prática de certos atos pelos particulares. (p. 180)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Diferença entre exigibilidade e (auto)executoriedade

Corrente 1: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira se impõe obrigações ao administrado (coerção indireta) e na segunda significa a possibilidade de a administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado (coerção direta) (MA e VP; AM; IPN; DCJ; CABM; RCRO)

Corrente 2: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira se impõe obrigações ao administrado sendo sempre definidos na lei (coerção indireta) e na segunda significa a possibilidade de a administração realizar diretamente a execução forçada da medida que ela impôs ao administrado independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade (coerção direta) (MSZDP; FM; MC)

Corrente 3: diferencia a exigibilidade da (auto)executoriedade, dizendo que na primeira é consectário da imperatividade e na segunda significa obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa (JSCF)

Corrente 4: não diferencia (MJF)

Não abordam (ASA; DFMN; OM)

DIVERGÊNCIA 020 – Diferença entre regularidade e continuidade

Corrente 1: princípio da continuidade – prestação ininterrupta ou contínua da atividade administrativa

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

De acordo com esse princípio, **as atividades realizadas pela Administração devem ser ininterruptas**, para que o atendimento do interesse da coletividade não seja prejudicado. Durante muito tempo o princípio da continuidade justificou a proibição de greve dos servidores públicos. Hoje, em muitos ordenamentos já se reconhece o direito de greve dos servidores públicos; a Constituição de 1988, no art. 37, VII, remete à lei específica os termos e limites em que o direito de greve na Administração Pública será exercido; em geral, a conciliação do direito de greve com o princípio da continuidade se realiza pela observância de antecedência mínima na comunicação do início da greve e pela manutenção de um percentual de funcionamento das atividades. O princípio da continuidade informa também as figuras da substituição, interinidade, suplência, o “responder pelo expediente” nos casos de vacância na chefia de órgãos e entidades. (capítulo 7, item 7.12, p.129)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Como as funções administrativas estão estabelecidas em lei ou na própria Constituição, o aparelho administrativo não pode parar de desempenhá-las, sob pena de violar essas determinações, cometendo ilicitude por omissão. **O conteúdo do princípio da continuidade das atividades administrativas é, em essência, bastante simples: as atividades administrativas devem ser prestadas, sempre que possível, de modo temporalmente contínuo e ininterrupto.** Basta imaginar o quão injurídica seria a situação em que o serviço público de prevenção e controle de incêndios urbanos, prestado pelo Corpo de Bombeiros, funcionasse mês sim, mês não.

O princípio da continuidade das atividades administrativas não abrange apenas os serviços públicos, apesar de muitas vezes ser denominado “princípio da continuidade dos serviços públicos”; **todas as demais funções administrativas, em maior ou menor grau, também devem ser prestadas de modo ininterrupto. A sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais, e não apenas aos serviços públicos,**

pelo menos em um conceito deles que não seja tão amplo que os equivalha a todas as atividades do Estado. (capítulo IV, item IV.19, p.205)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é a de que **não podem os serviços públicos ser interrompidos**, devendo, ao contrário, **ter normal continuidade**. Ainda que fundamentalmente ligado aos serviços públicos, **o princípio alcança toda e qualquer atividade administrativa**, já que o interesse público não guarda adequação com descontinuidades e paralisações na Administração. (capítulo 1, item V, subitem 2.4, p. 119)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Traduz-se na ideia de prestação ininterrupta da atividade administrativa. Trata-se, portanto, de **exigência no sentido de que a atividade do Estado seja contínua**, não podendo parar a prestação dos serviços, não comportando falhas ou interrupções já que muitas necessidades da sociedade são inadiáveis, como é o exemplo dos serviços de fornecimento de água e energia elétrica à população em geral. Tal princípio está expresso no art. 6º, § 1º, da Lei 8987/95, como necessário para que o serviço público seja considerado adequado, em sua execução e implícito no texto constitucional. Vale ressaltar que o princípio da Continuidade está intimamente ligado ao princípio da Eficiência, haja vista tratar-se de garantia de busca por resultados positivos. (capítulo 2, item 2.7, p. 85)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Continuidade significa ausência de interrupção, sequência, ação incessante. **O princípio da continuidade aplicado ao Direito Administrativo exige que a atividade administrativa seja prestada de forma contínua**, não comportando intervalos, não apresentando lapsos ou falhas, sendo constante e homogênea. (capítulo 2, item 3.14, p. 100)

Corrente 1.1: princípio da continuidade – prestação ininterrupta da atividade administrativa; obrigatório para Administração Pública e particulares (delegatórios)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. Ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O princípio da continuidade dos serviços públicos é um princípio implícito, decorrente do regime de direito público a que eles estão sujeitos. **É importante observar que a expressão “serviços públicos”, aqui, é empregada em sentido amplo, como sinônimo de “atividade de administração pública em sentido material”.** Alcança, portanto, **todas as atividades propriamente administrativas executadas sob regime jurídico de direito público.**

[...]

Os serviços públicos, como seu nome indica, são prestados no interesse da coletividade, sob regime de direito público. Por esse motivo, **sua prestação deve ser adequada, não podendo sofrer interrupções.** A interrupção de um serviço público prejudica toda a coletividade, que dele depende para a satisfação de seus interesses e necessidades.

A aplicação desse princípio implica restrição a determinados direitos dos prestadores de serviços públicos e dos agentes envolvidos em sua prestação. **Uma peculiaridade do princípio da continuidade dos serviços públicos é que sua observância é obrigatória não só para toda a administração pública, mas também para os particulares que sejam incumbidos da prestação de serviços públicos sob regime de delegação** (concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos). (capítulo 5, item 11, p. 227, 228)

Corrente 1.2: princípio da continuidade – deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa; prestação ininterrupta da atividade administrativa (princípio se impõe em qualquer circunstância)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Outrossim, **em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública**, típico do regime administrativo, como vimos vendo, a **Administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação.** O princípio da continuidade do serviço público é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da

obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Esta última, na conformidade do que se vem expondo, é, por sua vez, **oriunda do princípio fundamental da “indisponibilidade, para a Administração, dos interesses públicos”**, noção que bem se aclara ao se ter presente o significado fundamental já exposto da “relação de Administração”.

Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, **a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias.** É por isso mesmo que Jêze esclarecia que a Administração tem o dever, mesmo no curso de uma concessão de serviço público, de assumir o serviço, provisória ou definitivamente, no caso de o concessionário, com culpa ou sem culpa, deixar de prosseguir-lo convenientemente. (capítulo I, item IX, p.84)

Em nosso entender, **os princípios do serviço público** – que se constituem no aspecto formal do conceito e compõem, portanto, seu regime jurídico – são os seguintes:

[...]

6) princípio da continuidade, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. (capítulo XI, item I, p 702)

Corrente 2: princípio da continuidade – ininterrupção dos serviços públicos

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, **não pode parar**. Dele decorrem consequências importantes: [...] (capítulo 3, item 3.3.9, p. 230)

Existem determinados **princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos** (cf. Rivero, 1981:501-503): **o da continuidade do serviço público**, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários. **O princípio da continuidade do serviço público, em decorrência do qual o serviço público não pode parar**, tem aplicação especialmente com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública. (capítulo 4, item 4.4, p. 301)

Corrente 2.1: princípio da continuidade – ininterrupção dos serviços públicos; deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

É um dever da Administração Pública não só **prestar os serviços públicos**, mas disponibilizá-los aos administrados **continuadamente, sem interrupções**.

Este princípio impede a interrupção na prestação dos serviços públicos, que, enquanto importante e essencial atividade administrativa, **não podem sofrer solução de continuidade**. Cuida-se o princípio em comento de um **desmembramento do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa**. (capítulo I, item 3.2.16, p.54)

Este princípio deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Assim, **o serviço público**, além de ser um dever do Estado, **não pode sofrer solução de continuidade**. A Lei nº 8.987/95, no art. 6º, § 1º, impõe a continuidade dos serviços públicos concedidos ou permitidos. Todavia, em conformidade com o § 3º do art. 6º, da Lei nº 8.987/95, não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. (capítulo VI, item 3.1, p.225)

Corrente 3: princípio da continuidade – execução ininterrupta dos serviços públicos. Regularidade – condição técnica adequada

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Regularidade, segundo definição de Diogenes Gasparini, **determina que os serviços sejam prestados** “segundo padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública, tendo em vista o número e as exigências dos usuários, **observando-se as condições técnicas exigidas** pela própria natureza do serviço público e as condições de sua prestação”.

[...]

Continuidade significa que a prestação de serviço público deve ser ininterrupta, exceto em situação de emergência ou após aviso prévio quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança nas instalações; e, por

inadimplemento do usuário, considerado o interesse da comunidade (art. 6º, § 3º, da lei). (capítulo 8, item 8.8.2.2, p. 225)

Os serviços públicos obedecem ao princípio da continuidade, pois, como tais atividades visam à satisfação de necessidades coletivas importantes, **as prestações de serviço público devem ser contínuas** e tanto a execução do contrato administrativo como o exercício da função pública não podem parar. (capítulo 8, item 8.4.4, p. 218)

Corrente 3.1: princípio da continuidade – execução regular e permanentemente assegurada dos serviços públicos. Regularidade – condição técnica adequada

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Considerando-se as atividades do Estado em seu conjunto, enquanto administrador, todas se pressupõem legalmente definidas e a ele cometidas, uma vez que foram consideradas como necessárias à satisfação dos interesses públicos que lhe foram confiados, **o que as caracterizam como indisponíveis. Disso resulta que qualquer solução de continuidade nessas atividades, comprometendo-lhes a regularidade**, causadas pela Administração ou por ela permitidas, fere a lei comitente, salvo se ela própria a houver previsto, justificando-se este princípio da continuidade.

Como no ensinamento de José Cretella Júnior, **esta continuidade, todavia, não implica que a atividade da Administração jamais se paralise ou deva ser desenvolvida de modo permanente, senão que, simplesmente, ela necessita ser regular** – previsível de acordo com sua natureza – e, mais precisamente, segundo a própria lei que a categorizou como atividade pública a cargo da Administração.

Exemplos do que seja uma **continuidade de acordo com sua própria natureza**, podem ser apreciados em inúmeras atividades, como no exercício da polícia, incompatível com uma paralisação geral, muito embora possa se apresentar defectiva em certas áreas ou em certos momentos, bem como na prestação de serviços públicos, que, neste caso, poderá ser intermitente, como nos transportes públicos ou sofrer as vicissitudes da força maior, tudo sem violação do princípio. A propósito, **sublinhe-se que este princípio substantivo informa de modo especial a prestação de serviços públicos, assim entendidos aqueles cometidos pela ordem jurídica ao Estado para regulá-los ou, conforme o caso, para executá-los ou, tão somente, superintender a sua execução** – ressalvadas as possibilidades de sua descontinuidade nas hipóteses motivadas por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (art. 6º, § 3º, I e II, da Lei nº 8.987, de 13 de

fevereiro de 1995, e art. 17 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996). (capítulo V, item 20.4.9, p. 178)

Por se tratar de prestações impostas pela ordem jurídica ao Estado, **elas deverão ser permanentemente asseguradas aos usuários, o que constitui o princípio da continuidade**. Todavia, tal permanência não significa, necessariamente, que não possam ocorrer interrupções, aceitáveis, tanto por motivos de ordem geral como para certos cuidados de manutenção, como os de força maior, que resultam de uma situação de emergência ou, ainda, precedidas de prévio aviso, sempre que possível, se for motivada por razões de ordem técnica e de segurança das instalações (Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 6.º, § 3.º, e seu inciso I), e até por motivos de ordem particular, desde que justifiquem a paralisação, como, entre outros, seria o caso da inadimplência do usuário (leg. cit., art. 6.º, § 3.º, II). (capítulo XVI, item 131.2, p. 567)

Além de contínuo, o serviço público deve ser mantido com regularidade por quem o execute, seja o Poder Público, seu delegado ou autorizado, **o que significa que a execução não deverá apresentar variação apreciável das características técnicas no que toca à prestação devida aos usuários**. Tais características, **atinentes ao princípio da regularidade**, para serem asseguradas, devem estar expressas em disposições jurídicas – legal, regulamentar ou contratualmente estipuladas – de modo que possam ser exigidas pelos usuários. (capítulo XVI, item 131.3, p. 568)

Corrente 3.2: princípio da continuidade – deriva do princípio da obrigatoriedade da função administrativa; prestação ininterrupta do serviço público. Regularidade – condições e horário adequado

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A prestação de serviços públicos está submetida à incidência de todos os princípios gerais do Direito Administrativo.

Além desses, **existem diversos princípios específicos aplicáveis exclusivamente à prestação dos serviços públicos**. São eles:

[...]

8) **continuidade: significa que a prestação do serviço público não pode sofrer interrupção**, devendo ser promovida de forma contínua e sem intervalos. Porém, é importantíssimo lembrar que o § 3º do art. 6º da Lei n. 8.987/95 disciplinou o alcance do referido princípio nos seguintes termos: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”. Assim, pondo fim à

grande polêmica quanto à legitimidade do corte do fornecimento do serviço em caso de falta de pagamento, a Lei de Concessões admite expressamente que o inadimplemento é causa de interrupção da prestação de serviço, desde que observada a necessidade de prévio aviso;

[...]

12) regularidade: a prestação do serviço deve observar as condições e horários adequados diante dos interesses da coletividade, sem atrasos ou intermitências; (capítulo 16, item 16.7, p. 1555, 1557, 1560)

O princípio da continuidade veda a interrupção na prestação dos serviços públicos. Aplica-se, por isso, somente no âmbito do Estado prestador (atuações ampliativas da esfera privada de interesses), não valendo para outros domínios, como o poder de polícia, a atividade econômica, o fomento, as atuações políticas e as funções legislativas e jurisdicionais.

[...]

Por ser característica inerente ao regime jurídico dos serviços públicos, **o dever de continuidade estende-se às formas indiretas de prestação**, por meio de concessionários e permissionários. Isso porque a continuidade constitui garantia do usuário, que não se altera diante da forma de prestação do serviço.

[...]

Por fim, conclui-se que **a continuidade do serviço constitui uma derivação do princípio da obrigatoriedade da função administrativa**, que impõe ao Estado o dever inescusável de prover o desempenho de todas as tarefas próprias da Administração Pública. (item 2.7.10, p. 291 e 293)

Corrente 3.3: princípio da continuidade – prestação ininterrupta dos serviços públicos. Regularidade – pressupõe conformidade formal e material

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Prevalência do princípio da continuidade do serviço público: **A intervenção se fundamenta no princípio de que os serviços públicos não podem ser interrompidos nem prestados inadequadamente**. O concessionário assume o dever de manter a regularidade dos serviços públicos. Se não conseguir cumprir seus deveres, poderá ser afastado da administração do empreendimento. (p. 391)

A intervenção como providência de cunho cautelar: A intervenção é um provimento cautelar desencadeado pelo poder concedente, **destinado a assegurar a continuidade e a regularidade do serviço público**. A intervenção é temporária, precária e instrumental. Vigorará pelo prazo máximo de 180 dias, mas deverá ser extinta a qualquer tempo se cessados os

seus pressupostos. Destina-se a permitir a implantação de uma solução que assegure o prosseguimento do serviço público. (p. 391)

A formalização da intervenção: **A existência e regularidade da intervenção pressupõem o cumprimento do procedimento adequado.** A intervenção deve ser antecedida de todas as oportunidades para correção espontânea pelo interessado ao inadimplemento de seus deveres. Por isso, somente em situações anômalas se admite a intervenção sem prévia audiência do concessionário. A intervenção será formalizada em ato do poder concedente, contendo a motivação necessária, os limites materiais e temporais do ato e o nome do interventor. O interventor assumirá o controle da estrutura material e humana da concessionária, visando ao cumprimento das finalidades indicadas no ato interventivo. Em essência, **buscará impor a regularidade do serviço e colocar fim à intervenção.** (p. 392)

A continuidade significa que a atividade de serviço público deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupções. Dela derivam inúmeras consequências jurídicas, entre as quais a impossibilidade de suspensão dos serviços por parte da Administração ou do delegatário e a responsabilização civil do prestador do serviço em caso em falha. (p. 345)

A questão da interrupção dos serviços: **A natureza do serviço público impõe sua continuidade, sem interrupções.** Por exceção, admite-se a suspensão da sua prestação em duas hipóteses, disciplinadas no art. 6.º, § 3.º, da Lei 8.987/1995. (p. 389)

Corrente 3.4: princípio da continuidade – atendimento ininterrupto do interesse público, aplicando-se à prestação dos serviços públicos, atividades administrativas em geral e atividades privadas de relevância social. Regularidade – pressupõe conformidade formal e material

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O princípio da continuidade está umbilicalmente ligado à prestação de serviços públicos, cuja prestação gera comodidades materiais para as pessoas **e não pode ser interrompida**, tendo em vista a necessidade permanente de satisfação dos direitos fundamentais.

Como consequência da necessidade de continuidade do serviço público, exige-se a regularidade na sua prestação. O prestador do serviço, seja o Estado, seja o delegatário, deve **prestar o serviço adequadamente, em conformidade com as normas vigentes e**, no caso dos concessionários, **com respeito às condições do contrato** de concessão. Em suma: **a continuidade pressupõe a regularidade**, pois seria inadequado exigir que o prestador continuasse a prestar um serviço irregular.

[...]

Não obstante a vinculação com a prestação de serviços públicos, **o princípio da continuidade deve ser aplicado às atividades administrativas em geral e às atividades privadas de relevância social** (ex.: atividades privadas de saúde, como os planos de saúde, atividades bancárias, atividades sociais prestadas pelo Terceiro Setor), **com o intuito de garantir o atendimento ininterrupto do interesse público**. O atendimento eficiente do interesse público não se coaduna com atividades administrativas descontínuas, desiguais ou imunes à evolução social. (capítulo 3, item 3.2.8, p. 116, 117 e 118)

O princípio da continuidade impõe a prestação ininterrupta do serviço público, tendo em vista o dever do Estado de satisfazer e promover direitos fundamentais.

A continuidade pressupõe a regularidade na prestação do serviço público, com observância das normas vigentes e, no caso dos concessionários, **das condições do contrato de concessão**. (capítulo 13, item 13.4.1, p. 428)

Conclusão

Diferença entre regularidade e continuidade

Corrente 1: princípio da continuidade – prestação ininterrupta ou contínua da atividade administrativa (OM; ASA; JSCF; MC; FM)

Corrente 1.1: princípio da continuidade – prestação ininterrupta da atividade administrativa; obrigatório para Administração Pública e particulares (delegatórios) (MA e VP)

Corrente 1.2: princípio da continuidade – deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa; prestação ininterrupta da atividade administrativa (princípio se impõe em qualquer circunstância) (CABM)

Corrente 2: princípio da continuidade – ininterrupção dos serviços públicos (MSZDP)

Corrente 2.1: princípio da continuidade – ininterrupção dos serviços públicos; deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa (DCJ)

Corrente 3: princípio da continuidade – execução ininterrupta dos serviços públicos. Regularidade – condição técnica adequada (IPN)

Corrente 3.1: princípio da continuidade – execução regular e permanentemente assegurada dos serviços públicos. Regularidade – condição técnica adequada (DFMN)

Corrente 3.2: princípio da continuidade – deriva do princípio da obrigatoriedade da função administrativa; prestação ininterrupta do serviço público. Regularidade – condições e horário adequado (AM)

Corrente 3.3: princípio da continuidade – prestação ininterrupta dos serviços públicos Regularidade - pressupõe conformidade formal e material (MJF)

Corrente 3.4: princípio da continuidade – atendimento ininterrupto do interesse público, aplicando-se à prestação dos serviços públicos, atividades administrativas em geral e atividades privadas de relevância social. Regularidade – pressupõe conformidade formal e material (RCRO)

DIVERGÊNCIA 021 - Diferença entre tutela e autotutela

Corrente 1: diferencia sobre uma perspectiva, a tutela é o poder de supervisão ministerial exercido pela Administração direta sobre entidades da Administração indireta, e a autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Assim, as autarquias não estão subordinadas hierarquicamente à Administração Pública Direta, mas sofrem um controle finalístico chamado de supervisão ou tutela ministerial. Esse grau de liberdade, no entanto, não se caracteriza como independência em razão dessa ligação com a Administração central; (capítulo 3, item 3.8.1.1, p. 348)

O princípio da autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Como consequência da sua independência funcional (art. 2º da CF), a Administração não precisa recorrer ao Judiciário para anular seus atos ilegais e revogar os atos inconvenientes que pratica. Consiste no poder-dever de retirada de atos administrativos por meio da anulação e da revogação. A anulação envolve problema de legalidade, a revogação trata de mérito do ato.

[...]

Está consagrado no art. 53 da Lei n. 9.784/99: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. **O dispositivo enfatiza a natureza vinculada do ato anulatório (“deve anular”) e discricionária do ato revocatório (“pode revogá-los”).**

[..]

Por fim, convém destacar que autotutela não se confunde com tutela administrativa ou tutela ministerial. Esta última é o poder de supervisão ministerial exercido pela Administração Direta sobre entidades da Administração Indireta (art. 19 do Decreto-Lei n. 200/67). (capítulo 2, item 2.7.1, p. 258, 259 e 260)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Para assegurar que as entidades da Administração Indireta observem o princípio da especialidade, elaborou-se outro princípio: **o do controle ou tutela, em consonância com o qual a Administração Pública direta fiscaliza as atividades dos referidos entes, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais.** (capítulo 3, item 3.3.6, p. 228)

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

[...]

Também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens. (capítulo 3, item 3.3.7, p. 228 e 229)

No caso da descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a titularidade e a execução do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; **estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída. Essa a razão do controle ou tutela a que tais entidades se submetem nos limites da lei.** (capítulo 10, item 10.1.3.2, p. 950)

Nas fundações, públicas ou privadas, instituídas pelo Poder Público, a autonomia da entidade não vai ao ponto de as desvincular inteiramente dos laços que a prendem ao ente instituidor; este se encarrega de manter essa vinculação por meio do **controle interno (tutela)** exercido pelos órgãos da Administração Direta. (capítulo 10, item 10.4.2, p. 988)

Em ambos os casos, existe controle administrativo; por isso mesmo muitos autores preferem falar em tutela, quando se trata de controle sobre Administração Indireta, com o que se evita qualquer confusão com o controle hierárquico.

Também não se confunde tutela e autotutela, pois esta corresponde ao poder que tem a Administração de rever os próprios atos, para corrigir ou anular os ilegais, bem como revogar os inoportunos ou inconvenientes, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Isto significa que a tutela, o controle hierárquico e a autotutela são modalidades do gênero controle administrativo.

[...]

Por isso a tutela pode ser definida como a fiscalização que os órgãos centrais das pessoas públicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, nos limites definidos em lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das suas finalidades institucionais.

A tutela é apenas um dos tipos de controle a que se sujeitam os entes descentralizados, porque corresponde a um controle administrativo, ou seja, exercido pelos órgãos da Administração Direta. Ela coexiste com outros tipos de controle, a saber: o externo, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e o controle judicial.

Teoricamente, a tutela pode ser preventiva ou repressiva conforme se exerça antes ou depois da prática do ato; de legitimidade ou de mérito, segundo examine a conformidade com a lei ou apenas aspectos de oportunidade e conveniência.

Abrange atos dos mais variados tipos, como autorização, aprovação, anulação, revogação, intervenção.

No entanto, os vários tipos de controles e as várias espécies de tutela, admissíveis

doutrinariamente, somente se aplicam quando **previstos expressamente em lei**. Assim, é o exame do direito positivo que diz o que pode e o que não pode fazer a autoridade de tutela. (capítulo 10, item 10.11, p. 1108-1109)

Administração Pública, estando sujeita ao princípio da legalidade, tem que exercer constante controle sobre seus próprios atos, **cabendo-lhe o poder-dever de anular aqueles que contrariam a lei; é a prerrogativa que alguns chamam de autotutela** e que não deixa de corresponder a um dos atributos dos atos administrativos, que diz respeito à sua executividade pela própria Administração. Esta decide e põe em execução a própria decisão. (capítulo 8, item 8.6.7.6, p. 599)

O controle sobre os órgãos da Administração Direta é um controle interno e decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Esse poder é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário em cujo âmbito foram formuladas as Súmulas nos 346 e 473, pelo STF; nos termos da primeira, “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e, em conformidade com a segunda, “a Administração **pode anular** seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; **ou revogá-los**, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. (capítulo 17, item 17.3.1, p. 599)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Nessa concepção, para descentralizar é preciso o seguinte: a) atribuir personalidade jurídica a um ente diverso da entidade matriz (no Brasil, União, Estados, Distrito Federal, Municípios); b) conferir ao ente descentralizado poderes de decisão em matérias específicas; desses dois aspectos já decorre o reconhecimento de órgãos e patrimônio próprios do ente descentralizado; c) **estabelecer normas a respeito do controle que o poder central exercerá sobre o ente descentralizado; esse controle é denominado tutela administrativa ou controle administrativo, no ordenamento pátrio; em nível federal, recebe o nome de supervisão** (arts. 19-29 do Dec.-Lei nº 200/67).

No Brasil, **a descentralização administrativa realiza-se com os entes da Administração indireta; quer dizer, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas são produtos da descentralização administrativa.**

Do ponto de vista estritamente jurídico, **entre os entes descentralizados e os poderes centrais não se registram vínculos de hierarquia. Os poderes centrais exercem um controle sobre tais entes – tutela –**, que juridicamente não se assimila ao controle hierárquico, embora na prática assim possa parecer. Algumas diferenças podem ser fixadas entre o controle hierárquico e a tutela administrativa. A relação de hierarquia existe entre órgãos situados em níveis diferentes da estrutura da mesma pessoa jurídica, implicando subordinação de órgãos inferiores àqueles de graus mais elevados; a tutela é controle exercido pelas entidades centrais sobre entes dotados de personalidade jurídica própria e poder próprio de decisão; portanto, **na tutela há duas pessoas jurídicas em confronto.**

Em segundo lugar, como os entes descentralizados são dotados de poder próprio de decisão em matéria específica, ou seja, têm competência própria (fixada mediante lei), **não se pode cogitar daquele caráter de fungibilidade nas atribuições respectivas de superior e subordinado, típica do vínculo hierárquico**; daí ser impossível, ao órgão central, avocar competência dos entes descentralizados. Em terceiro lugar, o poder hierárquico é incondicionado, o superior pode exercê-lo sem necessidade de previsão em texto legal; **o poder de exercer a tutela, ao contrário, é condicionado**, pois não se presume, realizando-se só nos casos e formas previstos na lei.

Não há, portanto, juridicamente, **relação de hierarquia entre entidade central e entes descentralizados, nem identidade entre controle hierárquico e tutela administrativa, embora, repita-se, de fato e na prática assim possa parecer. Onde houver controle hierárquico, certamente, existe desconcentração administrativa; a tutela é típica da descentralização administrativa.**

No Brasil, entre os órgãos que integram a Administração direta existem vínculos de hierarquia característicos da desconcentração; entre as entidades centrais – União, Estados, Distrito Federal, Municípios – e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas não ocorrem juridicamente vínculos de hierarquia, mas controle denominado tutela, típico da descentralização administrativa. (capítulo 3, item 3.11, p.51 e 52)

7.15 Princípio da autotutela administrativa

Em virtude desse princípio, a Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação deles ao interesse público. Se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si própria; se concluir no sentido da inoportunidade e inconveniência, poderá revoga-los. (capítulo 7, item 7.15, p.130)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Conforme será analisado no capítulo atinente à organização administrativa, existe uma vinculação entre os entes da Administração Direta e Indireta que permite àquela controlar os atos desta. Tal liame recebe o nome de vinculação ou tutela administrativa e não se funda na hierarquia, mas sim na criação por meio de lei dos entes descentralizados do Poder Público. (p. 133)

Por fim, os entes da Administração Indireta se sujeitam a Controle pela Administração Direta da pessoa política à qual são vinculados. O que existe é um controle de legalidade. Isso porque o controle exercido feito por pessoas estranhas à estrutura do ente da Administração Indireta não é amplo. Este controle pode ser denominado "controle finalístico" (porque não é ilimitado e diz respeito à finalidade da entidade). Também pode ser designado como vinculação ou tutela administrativa e, ainda, no âmbito federal, pode ser utilizado o designativo de supervisão ministerial, haja vista o fato de que essa tutela é exercida no âmbito dos ministérios responsáveis pelo serviço que é exercido pelo ente controlado. (p. 179)

Com efeito, o sistema de unicidade de jurisdição não obsta a realização do controle de legalidade dos atos administrativos pela própria Administração Pública. Em verdade, esse controle é garantia do cidadão e corresponde a um poder-dever do Poder Público, não se traduzindo em uma faculdade do administrador, mas um verdadeiro dever da Administração Pública, o denominado princípio da autotutela. (p. 48)

Trata-se do poder que a Administração Pública possui de ter o controle dos seus atos em suas mãos, podendo ela mesma revê-los para trazer regularidade as suas condutas. Nesses casos, o ente estatal tem a garantia de anular os atos praticados em suas atividades essenciais, quando ilegais, ou revogá-

los, quando inoportunos ou inconvenientes, sem que seja necessária a interferência do Poder Judiciário. (p. 91)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

O princípio do controle, também denominado de tutela administrativa, se distribui sobre quatro aspectos:

1. **controle político**, pelo qual são os dirigentes das entidades da Administração Indireta escolhidos e nomeados pela autoridade competente da Administração Direta, razão por que exercem eles função de confiança (relação intuitu personae);
2. **controle institucional**, que obriga a entidade a caminhar sempre no sentido dos fins para os quais foi criada;
3. **controle administrativo**, que permite a fiscalização dos agentes e das rotinas administrativas da entidade; e
4. **controle financeiro**, pelo qual são fiscalizados os setores financeiro e contábil da entidade.

A forma pela qual os órgãos governamentais exercem o controle pode variar conforme a lei de organização administrativa federal, estadual, distrital ou municipal. Como regra, porém, tem-se adotado o sistema de controle através de Ministérios ou de Secretarias, o que é bastante razoável, porque cada um desses órgãos, dotados de competência específica em certas áreas, fica encarregado de **fiscalizar o grupo de pessoas da administração indireta que executem atividades correlatas àquela competência.**

[...]

O controle funda-se no fato normalmente conhecido como relação de vinculação, através do qual se pode averbar que toda pessoa da administração indireta é vinculada a determinado órgão da respectiva administração direta. São todas, pois, entidades vinculadas. **A observação é feita para o fim de distinguir-se a relação de vinculação, fixada entre pessoas, e a relação de subordinação, apropriada para o controle entre órgãos internos das pessoas administrativas.** (capítulo 9, item III, subitem 7.3, p. 865, 866 e 867)

A lei admite dois tipos de tutela dos interesses coletivos e difusos: a tutela repressiva e a tutela preventiva. A primeira ocorre quando o agente já consumou a conduta ofensiva aos citados interesses. Nesse caso, a ação terá a finalidade de obter a providência judicial que imponha ao agente que não mais se conduza dessa forma e que, se for o caso, seja obrigado a reparar o dano causado.

A tutela preventiva é a que pretende evitar a consumação do dano aos interesses transindividuais. Há dois mecanismos preventivos previstos na lei reguladora. O primeiro se dá através de ação cautelar (art. 4o) e o segundo através do que a lei denominou de “mandado liminar” (art. 12). Por isso,

deixamos consignado em obra que escrevemos a respeito que “a lei, todavia, além de admitir, no art. 4o, a concessão de medida liminar dentro da ação cautelar, o que é corolário natural desse tipo de processo, admitiu-a também quando requerida na ação principal, como se vê no texto do art. 12”. (capítulo 15, item V, subitem 13.3, p. 1875 e 1876)

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. **Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada.** Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual **a autotutela é um dos mais importantes corolários.**

Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício. Aliás, não lhe compete apenas sanar as irregularidades; é necessário que também as previna, evitando-se reflexos prejudiciais aos administrados ou ao próprio Estado.

Registre-se, ainda, que a autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa:

1. **aspectos de legalidade**, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e
 2. **aspectos de mérito**, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento. (item 2.2)
- Por meio da prerrogativa da autotutela, como já vimos anteriormente, é possível que a Administração reveja seus próprios atos, podendo a revisão ser ampla, para alcançar aspectos de legalidade e de mérito. Trata-se, com efeito, de princípio administrativo, inerente ao poder-dever geral de vigilância que a Administração deve exercer sobre os atos que pratica e sobre os bens confiados à sua guarda. Decorre daí que “falha a Administração quando, compelida a exercer a autotutela, deixa de exercê-la”.

A autotutela se caracteriza pela iniciativa de ação atribuída aos próprios órgãos administrativos. **Em outras palavras, significa que, se for necessário rever determinado ato ou conduta, a Administração poderá fazê-lo ex officio**, usando sua autoexecutoriedade, sem que dependa necessariamente de que alguém o solicite. **Tratando-se de ato com vício de legalidade, o administrador toma a iniciativa de anulá-lo; caso seja necessário rever ato ou conduta válidos, porém não mais convenientes ou oportunos quanto a sua subsistência, a Administração providencia a revogação.** Essa sempre foi a clássica doutrina sobre o tema. (capítulo 4, item XI, subitem 5, p. 117, 118 e 325)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Como há personalidade jurídica própria, a relação entre a entidade central e as entidades descentralizadas não é de hierarquia como acontece na desconcentração. Entre a Administração Pública direta e a Administração Pública indireta há, outrossim, uma relação de tutela ou de controle, também chamada de supervisão pelo Decreto-Lei n. 200/67; em relação às concessionárias, há o exercício do poder concedente. (capítulo V, item V.5, p. 239)

A tutela administrativa não é geral, mas específica. Cada entidade da Administração Indireta federal, estadual ou municipal vincula-se apenas ao Ministério com a qual tenha afinidade o seu ramo de atuação, de acordo com o decreto de organização de cada ente federativo. O IBAMA, por exemplo, está vinculado ao Ministério do Meio Ambiente. (capítulo V, item V.8, p. 245 e 246)

O controle interno realizado pela Administração sobre os atos e atividades dos seus próprios órgãos e entidades é decorrência da submissão da atividade administrativa ao direito e aos interesses coletivos constitucionalmente definidos, o que faz com que a Administração tenha de estar permanentemente verificando a sua conformação a esses paradigmas, seja para invalidar os atos ilegais (controle de legalidade), seja para revogar os atos que não entenda mais convenientes (controle de mérito).

A possibilidade de a Administração Pública controlar sob esses dois aspectos seus atos, contratos e atividades é a principal expressão do Princípio da Autotutela, consignado na Súmula n. 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (capítulo XX, item XX.5, p.1117 e 1118)

Não devemos confundir autocontrole com autotutela: o autocontrole é exercido pela própria autoridade administrativa que expediu o ato controlado, enquanto a autotutela se refere ao controle exercido no âmbito da Administração Pública emissora do ato como um todo, independentemente de a autoridade dele encarregada ser ou não a que havia emitido o ato recorrido. O autocontrole é, portanto, uma espécie de autotutela; é a autotutela exercida pela própria autoridade administrativa que emitiu o ato. (capítulo XX, item XX.5.1.1, p.1119)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Esse vínculo de subordinação é usualmente identificado pela expressão "poder de tutela", que indica o controle exercitado pelo ente da Administração direta sobre os sujeitos da Administração indireta que estão a ele vinculados. O poder de tutela não significa a competência para revisar diretamente as ações e omissões praticadas no âmbito da autarquia. Nem envolve o poder de editar diretamente atos substitutivos daqueles de competência da autarquia. Cabe à pessoa política o poder jurídico de verificar a regularidade da atividade desenvolvida no âmbito autárquico. A identificação de algum desvio ou irregularidade deve acarretar determinações aos órgãos da autarquia para adoção das providências cabíveis. (p. 115)

Assim se passa nos casos em que exista um vínculo hierárquico de subordinação. A autoridade administrativa superior é investida na competência para revisão dos atos administrativos dos órgãos hierarquicamente inferiores. Essa competência costuma ser denominada poder de autotutela, o qual se pode exteriorizar inclusive para fins de desfazimento de atos. Nesse caso, a autoridade superior pode ser investida da competência para sustar a eficácia dos atos da autoridade subordinada. (p. 675)

“Ressalvada a decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei Federal 9.784/1999 (prazo de cinco anos), é lícito à Administração Pública, **por força do poder de autotutela, anular ou revogar seus próprios atos**, quando eivados de vícios; entretanto, sempre que a decisão administrativa afetar interesses individuais é imprescindível que se faculte aos interessados o exercício do contraditório e da ampla defesa.” (TJPR. Câmaras de Direito Público 4.^a Câmara Cível. Enunciado 32). (p. 162)

Corrente 2: diferencia sobre duas perspectivas, a tutela é o poder de supervisão ministerial exercido pela Administração direta sobre entidades da Administração indireta nos termos e limites da lei ou mesmo quando da falta de disposição em situações excepcionais, e a autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos, independentemente de lei

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

O controle - O controle das autarquias, às vezes designado, sobretudo na doutrina estrangeira, como tutela, é o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao

cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado. De acordo com o citado Decreto-lei 200, portanto, na órbita federal, este controle é designado "supervisão ministerial". Todas as entidades da Administração indireta encontram-se sujeitas ou à supervisão do Ministro a cuja Pasta estejam vinculadas - que a exercerá auxiliado pelos órgãos superiores do Ministério - ou da Presidência da República, tratando-se de autarquia diretamente vinculada a ela (art. 19). (capítulo IV, item I, p.166 e 167)

Não é demais recordar que a doutrina, acertadamente, encarece que o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece. Com efeito, se o Legislativo entendeu de fraturar a unidade da Administração, criando tais sujeitos como pessoas diferentes do Estado, ou seja, como **entidades da Administração indireta**, o Executivo não poderia, por si mesmo, recompor tal unidade. A ingerência que cabe à Administração Central exercer sobre elas e a própria integração de suas atividades no planejamento geral administrativo hão de realizar-se **segundo os meios que a lei haja previsto**, ao estabelecer o controle da entidade autárquica. **Tal controle configura a chamada tutela ordinária.** Cumpre observar, entretanto, que a doutrina admite, em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia, que a Administração Central, para coibir desmandos sérios, possa exercer, **mesmo à falta de disposição legal que a instrumente, o que denominam de tutela extraordinária.** (capítulo IV, item I, p.168)

Também por força desta posição de supremacia do interesse público e – em consequência - de quem o representa na esfera administrativa, reconhece-se **à Administração a possibilidade de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o dever de anular ou convalidar os atos inválidos que haja praticado. É o princípio da autotutela dos atos administrativos.** (capítulo II, item I, p.99)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Embora as entidades administrativas não tenham autonomia política, possuem autonomia administrativa, capacidade de autoadministração, significa dizer, não são hierarquicamente subordinadas à pessoa política instituidora e têm capacidade para editar regimentos internos dispondo acerca de sua organização e funcionamento, gestão de pessoas, gestão financeira, gestão de seus serviços, sempre nos termos e limites estabelecidos na lei que criou ou autorizou a criação da entidade administrativa. Essas entidades são vinculadas (sem hierarquia) à pessoa política instituidora, que exerce sobre elas **controle administrativo denominado tutela ou supervisão, exercido**

nos termos da lei, voltado essencialmente à verificação do atingimento de resultados, tendo em conta **as finalidades** para cuja consecução a entidade administrativa foi criada. (capítulo 2, item 4.1, p. 23)

Na relação entre a administração direta e a indireta, diz-se que **há vinculação (e não subordinação)**. A primeira exerce sobre a segunda o denominado **controle finalístico ou tutela administrativa ou supervisão**. Para exercício do controle finalístico é exigida expressa **previsão legal**, que determinará os limites e instrumentos de controle (atos de tutela). (capítulo 2, item 4.2, p. 24)

Registramos a orientação de alguns autores, segundo a qual **o controle exercido pela administração direta sobre as entidades da administração indireta (controle finalístico, supervisão ou tutela administrativa)** seria, também classificado como controle externo. Essa é a classificação proposta pela Prof. Maria Sylvania Di Pietro e pelo Prof. José dos Santos Carvalho Filho. Pensamos que essa orientação, ao considerar externo o controle exercido no âmbito de um mesmo Poder (o controle exercido pelos órgãos do Poder Executivo sobre as entidades da administração indireta vinculadas ao mesmo Poder Executivo), destoa do texto constitucional, que, em mais de um ponto, adota a expressão "controle interno" para referir-se ao controle exercido no âmbito interno de um mesmo Poder e "controle externo" para tratar do controle exercido por um Poder sobre a atuação de outro Poder (por exemplo, art. 70, caput, art. 71, caput, art. 74, caput, todos da Constituição da República).

Dessa forma, **reiteramos nossa preferência pela classificação** segundo a qual só é controle externo o que um Poder exerce sobre a atuação do outro, **reservando a expressão "controle interno" para todo e qualquer controle exercido no âmbito de um mesmo Poder**, ainda que entre pessoas jurídicas distintas. Essa é a posição perfilhada, também, pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. (capítulo 13, item 3.1.2, p. 938)

É interessante anotar a lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da tutela administrativa. Para o emérito administrativista o controle finalístico exercido em condições normais precisa estar expressamente previsto em lei (entendimento doutrinário amplamente majoritário). Ressalta, entretanto, que, **em situações excepcionais**, de condutas patentemente aberrantes de entidades da administração indireta, cabe o controle por parte da administração direta, mesmo na **ausência de expressa previsão legal**. Trata-se daquilo que autor denomina **tutela extraordinária**. [...] (capítulo 13, item 3.4.2, p. 988)

Cabe, ademais, anotar que o sistema de unicidade de jurisdição não impede a realização do controle de legalidade dos atos administrativos pela própria administração pública que os tenha editado. Deveras, sem prejuízo da sujeição de todo e qualquer ato administrativo a controle judicial de legalidade, dispõe também a própria administração pública que tenha praticado o ato de competência para anulá-lo, caso constate a existência de vício. Essa competência, a rigor, não traduz uma faculdade, mas um

verdadeiro **dever da administração pública, o denominado poder-dever de autotutela administrativa.** (capítulo 1, item 4, p.7)

O princípio da autotutela, também referido como poder de autotutela administrativa, pode ser, dependendo do caso, uma verdadeira prerrogativa ou um poder -dever da administração pública.

[...]

Ao lado dessa possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, quando provocado, de atos que possam implicar lesão ou ameaça a quaisquer direitos. Existe o poder administrativo de autotutela. **O poder de autotutela possibilita à administração pública controlar seus próprios atos, apreciando-os quanto ao mérito e quanto à legalidade.** É um princípio implícito, que decorre da natureza da atividade administrativa e de princípios expressos que a orientam, especialmente o princípio da legalidade. O controle de legalidade efetuado pela administração sobre seus próprios atos, evidentemente, não exclui a possibilidade de apreciação da legalidade destes pelo Poder Judiciário.

O princípio da autotutela instrumenta a administração pública para a revisão de seus próprios atos, configurando um meio adicional de controle da atividade administrativa, e, no que respeita ao controle de legalidade, reduzindo o congestionamento do Poder Judiciário.

Diz-se que o princípio da autotutela autoriza o controle, pela administração, dos atos por ela praticados, sob dois aspectos:

a) **de legalidade, em que a administração pode, de ofício ou provocada, anular**

os seus atos ilegais;

b) **de mérito, em que examina a conveniência e oportunidade de manter ou**

desfazer um ato legítimo, nesse último caso mediante a denominada revogação.

[...]

Por fim, alertamos que não se deve confundir poder de autotutela com "tutela administrativa", expressão empregada para designar o controle finalístico (ou supervisão) exercido pelos órgãos da administração direta, nos termos e limites da lei, sobre as entidades da administração indireta a eles vinculadas. (capítulo 5, item 10, p. 226 e 227)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Pelo princípio da auto tutela, a Administração Pública pode, diretamente e sem intervenção do Poder Judiciário, rever os seus próprios atos, para corrigi-los, seja quando não mais convenientes e oportunos, seja quando ilegais. Desse modo, pode a Administração Pública revogar os seus atos administrativos por razões de conveniência e oportunidade, ou invalidá-

los (ou anulá-los como tradicionalmente se diz), quando eivados de ilegalidade.

[...]

É preciso esclarecer, porém, que **a autotutela não se confunde com a tutela administrativa. Esta consiste no controle que a Administração direta exerce sobre as entidades da Administração indireta.** (capítulo 1, item 3.2.11, p.47 e 48).

Em verdade, **a entidade estatal ou central exerce tão-somente um controle administrativo (conhecido como tutela administrativa) sobre as entidades da Administração Indireta.** Na Administração Pública Federal, esse controle recebe a designação de **supervisão ministerial**, a cargo do Ministro de Estado que a exerce através da orientação, coordenação e controle das atividades das entidades vinculadas ao respectivo Ministério. Segundo o art. 26 do Decreto-lei nº 200/67, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente, a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. (capítulo IV, item 4, p.165 e 166)

O controle hierárquico é controle de subordinação, que a Administração direta ou as entidades da Administração indireta exercem internamente sobre a sua própria atuação, decorrente da organização hierarquizada de seus órgãos e agentes. Esse controle é pleno e amplo, compreendendo os aspectos da legalidade e do mérito administrativo, não dependendo, ademais, de previsão legal específica. Ele é inerente à Administração e decorre do poder hierárquico. Com ele, a Administração Pública exerce o **poder de auto-tutela**, para rever os seus próprios atos, e **invalidar** os que padecem de vícios de ilegalidade ou **revogar** os que se mostrem inoportunos ou inconvenientes, nos termos preconizados pela súmula 473 do STP. O poder de auto-tutela se fundamenta nos princípios da Administração Pública, notadamente no princípio da legalidade e da supremacia ou predominância do interesse público sobre os interesses privados.

Já o controle finalístico é aquele realizado pela Administração direta sobre as atividades administrativas das entidades integrantes da Administração indireta. É controle externo, também conhecido por tutela administrativa, que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, relativamente aos fins aos quais se encontram vinculadas aquelas entidades, para não ofender a autonomia que lhes é garantida pela lei especial que as instituiu ou autorizou a instituição. (capítulo XV, item 2.4, p.617)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

No que tange ao controle feito pela Administração Direta, ele poderá ser um controle ordinário, referente a uma tutela ordinária, podendo ser de legitimidade, de mérito, preventivo ou repressivo, tudo conforme previsão legal; ou, ainda, um controle extraordinário, o qual ocorre em circunstâncias excepcionais, graves distorções que independem de lei. Esse controle é feito via supervisão ministerial, sendo realizado pelo Ministério ao qual está ligada determinada pessoa jurídica. (capítulo 3, item 5.1, p. 155)

O princípio da autotutela estabelece que a Administração Pública pode controlar os seus próprios atos, seja para anulá-los, quando ilegais, ou revogá-los, quando inconvenientes ou inoportunos, independente de revisão pelo Poder Judiciário. [...]

[...]Para alguns doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a autotutela também é utilizada para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Assim, uma vez atuando por meio de medidas do Poder de Polícia, ela deve impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens. (capítulo 2, item 3.15, p. 105 e 106)

Corrente 2.1: diferencia sobre estas mesmas duas perspectivas, mas defende que a tutela não se presume (depende de previsão legal) e é condicionada pela lei, só admitindo os instrumentos de controle expressamente previstos em lei, já a autotutela é inerente (não depende de previsão legal) e é incondicionada, sendo-lhe inerente uma série de poderes administrativos

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O controle exercido pela Administração Direta sobre os atos praticados pelas entidades que integram a Administração Indireta denomina-se tutela administrativa ou, em âmbito federal, supervisão ministerial (arts. 19 a 29 do Decreto-lei 200/1967). Em virtude da autonomia das entidades administrativas, a tutela somente será permitida quando houver previsão legal expressa. A relação entre o controlador e o controlado é de mera vinculação, e não de subordinação. Ex.: controle exercido pelo Ministério sobre os atos de determinada autarquia. Trata-se de controle interno-externo; interno em relação ao Poder controlador (no exemplo, o próprio Poder Executivo controla os seus atos) e externo quanto à pessoa jurídica

responsável pelo controle (no exemplo, a União, por meio de seus Ministérios, controla, sob o aspecto finalístico, os atos das pessoas jurídicas federais).

O controle administrativo interno, exercido por determinada entidade administrativa sobre seus próprios órgãos, é denominado autotutela. Nesse caso, o controle é justificado pela hierarquia administrativa inerente à estruturação interna das pessoas administrativas e, por essa razão, independe de previsão legal. A Administração Pública deve anular seus próprios atos, quando constatada a ilegalidade, e pode revogá-los por razões de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos (art. 53 da Lei 9.784/1999 e Súmulas 346 e 473 do STF). (capítulo 25, item 25.2.2, p. 1427 e 1428)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Como decorrência, a **Administração Direta exerce sobre as autarquias o chamado controle de tutela**. Este é um tipo de controle que objetiva verificar se o ente não está se desviando **das finalidades** que justificam a sua existência. Na explicação de Celso Antônio Bandeira de Mello, **trata-se do poder que compete à Administração Central de influir sobre as autarquias** com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação global do Estado. (capítulo 10, item 10.5.1.1, p. 258)

Da hierarquia decorrem os seguintes poderes:

[...]

de rever as decisões dos inferiores, o que exprime a aptidão da Administração denominada de autotutela, isto é, a possibilidade de a Administração reapreciar os próprios atos, anulando os ilegais e revogando os inconvenientes ou inoportunos, por iniciativa própria (ex officio) ou mediante provocação proveniente de recurso dos interessados. Enfatize-se que a revisão hierárquica somente é possível enquanto o ato não se tornou definitivo para a Administração ou não criou direito subjetivo para o particular; (capítulo 3, item 3.3, p. 65)

O controle pode ser interno, caso em que se relaciona com a autotutela administrativa, que pode ser feita de ofício ou mediante provocação, por petições ou recursos dos administrados, ou externo, que, via de regra, é efetivado pelos outros Poderes, quais sejam: o Legislativo, que tem a atribuição típica de fiscalizar o Executivo nos casos e limites permitidos pelas normas constitucionais, ou o Judiciário, que não pode se furtar de julgar casos de violação ou ameaça de lesão a direitos que lhe são submetidos.

[...]

Descentralização por serviços é, segundo expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aquela em que o Poder Público cria ou autoriza a criação por meio de

lei de pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público.

[...]

Este tipo de descentralização envolve: reconhecimento da personalidade jurídica do ente descentralizado; existência de órgãos próprios, com certa capacidade de autoadministração patrimônio próprio; capacidade específica em relação ao serviço público que lhe foi transferido, que o impede de se desviar dos fins que determinaram a sua criação; e **sujeição a controle ou tutela exercido pelo ente instituidor, nos limites da lei.** (capítulo 10, item 10.2, p. 256)

[...]

É também ainda corrente na doutrina a classificação quanto à natureza do controle entre o controle de legalidade ou legitimidade e o chamado controle de mérito. Controle de legalidade ou legitimidade é o que objetiva averiguar a conformidade do ato com as regras e princípios presentes no ordenamento jurídico. Ele tanto pode ser realizado pela Administração, com base na autotutela, como também pelo Poder Judiciário. Já o controle de mérito/discricionariedade aborda a verificação da conveniência e oportunidade em manter determinado ato administrativo, sendo realizado só pela Administração Pública, porquanto o Poder Judiciário não pode substituir atos editados conforme o ordenamento jurídico, sendo-lhe defeso adentrar ao mérito do ato. (capítulo 17, item 17.1, p. 380)

Corrente 3: não diferencia, abordando apenas o conceito de autotutela como aquele exercido pelo próprio ente ou órgão que realizou a tomada de decisão

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Este princípio [autotutela] exprime o dever da Administração Pública de fiscalizar seus próprios atos quanto à juridicidade, o que envolve a adequação dos processos desenvolvidos e, sobretudo, dos resultados alcançados ao interesse público, o que corresponde aos controles que lhe incumbem: (1) **de legalidade, de legitimidade e de licitude – que são vinculados**, e (2) **de mérito, que é discricionário**.

A Administração Pública, como expressão do poder estatal, e no uso, **tanto pode anular seus próprios atos no exercício do controle interno de legalidade, de legitimidade e de moralidade, quanto os pode revogar, avaliando-lhes a oportunidade e a conveniência**. Formulação jurisprudencial cediça deste cometimento está recolhida na Súmula n.º 473, do Supremo Tribunal Federal, com alguns aspectos específicos detalhados no art. 74 da própria Constituição Federal. **A prerrogativa da**

Administração Pública, decorrente deste importante princípio instrumental, se denomina de autotutela, alinhando-se, para muitos autores, como uma das características destacadas da Disciplina. (capítulo V, item 20.4.17, p. 183-184)

Reconheça-se, todavia, **em razão do dever de supervisão sobre toda a administração** federal no ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 84, II), que **o Chefe do Poder Executivo poderá decretar**, limitada e motivadamente, **a anulação de atos ilegais praticados no âmbito autárquico, atuando estritamente no exercício de tutela da juridicidade** e da coerência jurídica de todo o conjunto da administração pública, que se lhe impõe, por lhe caber constitucionalmente a sua direção superior, mesmo em se tratando de autarquias classificadas como especiais. (capítulo XI, item 74.2, p. 372)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O princípio da autotutela estabelece que a Administração Pública pode controlar os seus próprios atos, seja para anulá-los, quando ilegais, ou revogá-los, quando inconvenientes ou inoportunos, independente de revisão pelo Poder Judiciário. Esse princípio já está sedimentado em duas Súmulas do STF, que são compatíveis, continuam válidas, sendo que a segunda complementa a primeira. A Súmula n. 346 orienta que: “A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos”. Enquanto a Súmula n. 473 diz que: “A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. (capítulo 2, item 3.5, p. 105)

Conclusão

Diferença entre tutela e autotutela

Corrente 1: diferencia sobre uma perspectiva, a tutela é o poder de supervisão ministerial exercido pela Administração direta sobre entidades da Administração indireta, e a autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos (AM; MSZDP; OM; MC; JSCF; ASA; MJF)

Corrente 2: diferencia sobre duas perspectivas, a tutela é o poder de supervisão ministerial exercido pela Administração direta sobre entidades da Administração

indireta nos termos e limites da lei ou mesmo quando da falta de disposição em situações excepcionais, e a autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos, independentemente de lei (CABM; MA e VP; DCJ)

Corrente 2.1: diferencia sobre estas mesmas duas perspectivas, mas defende que a tutela não se presume (depende de previsão legal) e é condicionada pela lei, só admitindo os instrumentos de controle expressamente previstos em lei, já a autotutela é inerente (não depende de previsão legal) e é incondicionada, sendo-lhe inerente uma série de poderes administrativos (RCRO; IPN)

Corrente 3: não diferencia, abordando apenas o conceito de autotutela como aquele exercido pelo próprio ente ou órgão que realizou a tomada de decisão (DFMN; FM)

DIVERGÊNCIA 022 - Limitação temporal para o exercício da (auto)tutela pela Administração Pública

Corrente 1: prazo quinquenal conforme fixação legal, mas sem entrar na divergência de ausência de lei

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A coisa julgada administrativa é barreira à revogação do ato. O termo é um empréstimo, não muito técnico, do Direito Processual Civil. Consiste na imodificabilidade do ato “no âmbito da Administração Pública”, por haverem sido esgotados todos os meios “administrativos” de impugnação da decisão. Há polêmica em relação à aceitação do instituto da coisa julgada administrativa em razão **de a Administração Pública ter autotutela para invalidar seus atos ilegais, ao menos enquanto ainda não estiver precluso o prazo para o exercício de tal poder (cinco anos – art. 54, Lei federal n. 9.784/99).** (capítulo VI, item VI.7.1, p. 344)

Quanto ao “prazo prescricional” que a Administração tem para invalidar seus atos, a doutrina divide-se: há os que entendem que, em virtude do princípio da legalidade, não há prazo limite para a Administração se recolocar nos trilhos da lei, pois do contrário seria legitimada a atuação contra legem da Administração; outros fazem analogia com o maior prazo prescricional existente em nosso Direito, que é de vinte anos; **e há ainda os que aplicam analogicamente o prazo quinquenal de prescrição das ações judiciais contra a Fazenda Pública para ser o mesmo prazo que a Administração tem para invalidar os seus atos ilegais. Esta é a posição que tem prevalecido, inclusive na legislação** (art. 54, Lei do Processo Administrativo Federal – Lei n. 9.784/99). (capítulo XX, item XX.4, p. 1114)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Em matéria de anulação, também aflora o problema do **prazo de que dispõe o Poder Público para anular seus atos**. No direito pátrio, por muito tempo prevaleceu o entendimento no sentido da possibilidade de anular ato administrativo ilegal em qualquer época. **Hoje se encontram leis que fixam limites temporais ao poder de anular, em virtude, sobretudo, do princípio da segurança jurídica**. Por exemplo: a Lei nº 9.784, de 29.1.1999 – processo administrativo federal –, no art. 54, **fixa o prazo de cinco anos**, contados da data e que foram praticados, para a Administração anular atos

administrativos que produziram efeitos favoráveis aos destinatários, salvo comprovada má-fé; a Lei Paulista nº 10.177, de 30.12.1998, art. 10, I, prevê o prazo de dez anos, contados da sua produção, para a anulação de atos válidos. (capítulo 8, item 8.11.3, p.153 e 154)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O prazo para que a Administração reveja os seus próprios atos, quando ilegais e se deles decorrem efeitos favoráveis para os destinatários, é decadencial e de cinco anos, contados da data em que foram praticados, conforme regra do art. 54 da Lei n. 9.784/99. Todavia, nada impede que essa ilegalidade seja corrigida também pelo Poder Judiciário. (capítulo 2, item 3.15, p. 106)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Todavia, o poder de auto tutela que tem a Administração Pública encontra limites na necessidade de se garantir ao cidadão de boa-fé, após determinado prazo, a permanência de atos administrativos, ainda que inquinados de ilegalidade, em face da segurança jurídica e proteção da confiança. Com efeito, em consonância com o art. 54 da Lei na 9.784/99, **o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (capítulo 1, item 3.2.11, p. 48)

Relativamente à prescrição e decadência do direito de invalidar os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, o art. 54 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), pondo fim a uma tormentosa discussão, prevê que **o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

[...]

Em que pese divergência a respeito, no nosso entendimento, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 criou a figura da **decadência administrativa, não propriamente a prescrição**. Com efeito, como se sabe, os institutos da decadência e da prescrição distinguem-se, basicamente, em razão dos direitos sobre os quais incidem os seus efeitos extintivos.

Alguns direitos, **os de natureza potestativa, são exercidos por iniciativa de apenas uma das partes, o titular do direito, que impõe e exige a submissão do obrigado aos seus efeitos legais**. Sobre esses direitos

aplicam-se, em regra, a decadência. Por outro lado, a prescrição está associada àqueles direitos para os quais o titular pode exigir de outrem a satisfação da pretensão correspondente, isto é, o obrigado tem o dever jurídico de agir (como ocorre com os direitos pessoais) ou de se abster para satisfazer o direito do titular (como ocorre com os direitos reais). (capítulo III, item 10.5, p.132 e 133)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Ocorre que, em observância ao Princípio da Segurança Jurídica, **alguns limites foram criados para a Autotutela**, no que tange à anulação de atos viciados, com o intuito de evitar que a revisão de alguns atos possa ser mais nociva do que a sua permanência no ordenamento jurídico. Nestes casos, é relevante analisar a boa fé dos destinatários da conduta ilícita.

No âmbito da administração pública federal, a lei 9.784/99 prevê um prazo de cinco anos para rever os atos que sejam favoráveis a particulares, salvo má-fé do beneficiado. Se não o fizer, a situação jurídica anterior se torna legítima. **Para a doutrina majoritária, trata-se de prazo decadencial imposto ao poder público.** Sendo assim, o texto legal define que "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé". (capítulo 2, item 2.8, p. 92)

Anote-se, ainda que, **no âmbito federal, a lei 9.784/99 estabelece que a Administração Pública tem o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para anular atos administrativos ampliativos**, salvo no caso de má-fé do beneficiário. (capítulo 5, item 10.4.1, p. 317)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Quanto ao prazo para a administração pública rever os seus próprios atos, independentemente de provocação do administrado, **filiamo-nos à corrente que defende que na ausência de previsão legal expressa**, e desde que não haja incompatibilidade com alguma norma legal específica, **seja aplicada a regra de prescrição quinquenal** das ações judiciais contra a administração pública estabelecida no art. 1.º do Decreto 20.910/1932.

Na esfera federal, o art. 54 da Lei 9.784/1999 estatui que **é de cinco anos o prazo de decadência** para a administração pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. (capítulo 13, item 4.3, p. 982)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Se a Administração Pública concede determinado benefício ilegal a seus servidores, **os princípios da legalidade e autotutela** obrigam a própria autoridade administrativa a, garantindo contraditório e ampla defesa, anular o ato concessivo. Porém, **esse poder-dever de anulação de seus atos ilegais não é exercitável a qualquer tempo**. Nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/99, **a Administração tem o prazo de 5 anos para anular seus atos defeituosos**, quando favoráveis aos destinatários, salvo comprovada má-fé.

Por isso, após a prazo de 5 anos, estando o servidor de boa-fé, o princípio da segurança jurídica promove a incorporação definitiva da vantagem ao patrimônio do beneficiário proibindo a retirada do benefício.

Trata-se de interessante caso de ponderação principiológica na medida em que, **durante os 5 primeiros anos, a solução do problema é imposta pela legalidade e autotutela**. Mas, ultrapassado esse prazo, **legalidade e autotutela cedem passo para a segurança jurídica**, cujo conteúdo específico aponta para uma estabilização social mantendo-se a eficácia do ato defeituoso. (capítulo 2, item 2.7.7.8, p. 288 e 289)

Corrente 2: prazo quinquenal conforme fixação legal e por ser norma geral de direito administrativo ou ter a competência relacionada ao direito civil sua aplicação é de âmbito nacional vinculando todos os entes federativos

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

O decurso do tempo pode impedir a correção judiciária ou administrativa de um ato administrativo. No primeiro caso, tem-se a prescrição, instituto da Teoria Geral do Direito que consiste na perda do direito de ação. **No segundo caso, tem-se a qualificada prescrição administrativa, instituto específico do Direito Administrativo, que preclui apenas para a Administração Pública que o praticou, o poder jurídico de rever seus próprios atos**. (capítulo IX, item 56, p. 321)

Como a regra afirma a **imprescritibilidade fundamental das nulidades, somente o legislador poderá estabelecer exceções, instituindo hipóteses de prescritibilidade**, bem como de caducidade ou prazos de preclusão, **que inibam a Administração de rever seus atos**.

[...]

Essa prescrição quinquenal estabelecida para as ações da Fazenda Pública durante as vigências constitucionais anteriores, inclusive em regimes autocráticos de exceção, estende-se, simetricamente, aos direitos pessoais do Estado face aos administrados, uma vez que, com o advento do Estado

Democrático de Direito, deixou de existir qualquer supremacia automática de interesses, por força do art. 1.º, incisos II, III e parágrafo único combinados com o art. 5.º, caput, da Constituição de 1988, salvo se a legislação os estabelecer. Com relação aos direitos reais, aplicam-se os prazos do Código Civil.

Esta orientação veio a ser recentemente corroborada pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que disciplinou o processo administrativo na esfera federal, adotando o mesmo prazo prescricional de cinco anos (embora o art. 54 da referida Lei leve a crer erroneamente que se trata de decadência), no sentido de impedir a Administração de anular os atos administrativos que tenham produzido efeitos favoráveis para os administrados, uma regra que, por ser de prescrição, é de direito civil e, por isso, tem aplicação em âmbito nacional. (capítulo IX, item 56.1, p. 321 e 322)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Em outras palavras, a instauração do processo administrativo é uma manifestação do direito subjetivo ou do poder jurídico de que cada parte é titular em face da outra. Volta-se ao exemplo já fornecido, relativo ao lançamento tributário. **Se a Administração Pública não instaurar o processo administrativo necessário e não produzir o lançamento no prazo de cinco anos, dar-se-á a decadência do direito de lançar. Não se aludirá à prescrição administrativa expressão que, em rigor, configura uma contradição em termos: se houver prescrição, versará sobre o direito de ação; se houver a extinção de um direito ou poder na via administrativa, não existirá prescrição.**

A decadência apresenta relevância muito maior em relação aos poderes e direitos da Administração Pública do que se passa relativamente aos particulares. Assim se põe em virtude do princípio da autotutela. Tal como já apontado, a Administração Pública não necessita recorrer ao Poder Judiciário para satisfazer um grande número de pretensões em que se encontra investida. Nesses casos, não há maior relevância na fixação de prazos prescricionais, já que a Administração Pública não exercitará o direito de ação para satisfação dos próprios interesses.

O art. 54 da Lei 9.784/1999 estabelece: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em 5 (cinco) anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Essa disposição se afigura como uma norma geral de direito administrativo, cujo conteúdo vincula a todos os entes federativos. Não se trata, como é evidente, de uma norma puramente procedimental, que tenha sido editada apenas para vigorar no âmbito da União.

Não se pode admitir a ausência de prazo decadencial para o desfazimento dos próprios atos por Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso conduziria a resultados despropositados. Acabaria por gerar o único caso de competência eterna para o exercício de um dever-poder. Portanto, até se pode reconhecer a competência legislativa de cada ente federativo para disciplinar a matéria. Mas o tema envolve competência comum a todos os entes federados e, na omissão de lei local, prevalece a norma editada pela União. (p. 836)

A doutrina costuma afirmar que se aplicam às ações de titularidade da Administração Pública os prazos e as regras prescricionais previstos na legislação comum. Isso significaria que, na ausência de dispositivo legal específico, incidiria o disposto no art. 205 do Código Civil, que determina que “a prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Celso Antônio Bandeira de Mello discorda dessa interpretação, afirmando que as disposições legislativas usualmente indicam o prazo de cinco anos. Essa orientação se afigura como a mais adequada.

Não existe fundamento jurídico para adotar prazos distintos para a prescrição das ações versando sobre pretensões favoráveis ou contrárias à Fazenda Pública. A regra geral da prescrição das ações para pretensões contra a Fazenda Pública é de cinco anos. Idêntico prazo deve ser adotado relativamente à prescrição quando a pretensão for de titularidade do Poder Público. A existência de prazos distintos conduziria a situações iníquas. (p. 830-831)

Corrente 3: prazo quinquenal aplicado no silêncio da lei por determinação do Decreto n.º 20.910/1932

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Independentemente do disposto nesse dispositivo (que somente tem aplicação na esfera federal), já vínhamos defendendo, desde as primeiras edições deste livro, **que o prazo para a Administração rever os próprios atos é o da prescrição quinquenal** (v. item 17.3.2.4), **o que se aplica, evidentemente, a todas as esferas de governo.** (capítulo 7, item 7.11.2.1, p. 531-532)

Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (2003:653), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32. (capítulo 17, item 17.3.2.4, p. 1678)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Na esfera federal, o art. 59 da Lei nº 9.784/99 determina que é de dez dias o prazo para a interposição de recurso administrativo, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida. **No concernente à anulação dos atos administrativos pela Administração**, se envolverem efeitos favoráveis para os destinatários, **eles obedecem ao prazo de cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé (art. 54, da Lei nº 9.784/99).

[...]

Segundo Hely Lopes Meirelles, no silêncio da lei, a prescrição administrativa é quinquenal, por determinação do Decreto nº 20.910. Os prazos do Código Civil prevalecem apenas em casos de direitos de natureza real. Os prazos para as punições, de acordo com as determinações contidas no art. 142 da Lei nº 8.112/90, são: de 180 dias para a pena de advertência; de dois anos para a de suspensão; e de cinco anos para a de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão. (capítulo 17, item 17.5.3, p. 383-384)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Em nome, porém, do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, vêm sendo criados **limites ao exercício da autotutela pela Administração**. Na verdade, a eterna pendência da possibilidade de revisão dos atos administrativos revela-se, em alguns casos, mais nociva do que a sua permanência. Por isso mesmo, a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo federal, consignou que **o direito da Administração de anular atos administrativos que tenham irradiado efeitos favoráveis ao destinatário decai em cinco anos**, salvo comprovada má-fé (art. 54). **Vê-se, portanto, que, depois desse prazo, incabível se torna o exercício de autotutela pela Administração**, eis que tal hipótese acarreta, ex vi legis, a conversão do fato anterior em situação jurídica legítima. (capítulo 1, item V, subitem 2.2, p. 118-119)

Uma outra situação relativa à extinção merece análise: **a dos casos de ausência de previsão legal do prazo extintivo**. A matéria é controversa. Para alguns estudiosos, não haveria prazo para o desfazimento de tais atos. Outros sustentam ser inadmissível o estado de infinita pendência. **Há também quem entenda que, no silêncio da lei, o prazo será de cinco anos, com fundamento no Decreto no 20.910/1932. Este último pensamento nos parece o de mais preciso fundamento jurídico: se a prescrição judicial de pretensões contra a Fazenda ocorre em cinco anos, não seria razoável**

que fosse mais extenso o prazo na via administrativa. (capítulo 15, item III, subitem 6, p. 1718)

Corrente 4: prazo quinquenal e na ausência de lei por aplicação analógica da legislação administrativa

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A autotutela administrativa encontra limites importantes que são impostos pela necessidade de respeito à segurança jurídica e à boa-fé dos particulares. **Em âmbito federal**, o art. 54 da Lei 9.784/1999 **impõe o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração anule seus atos administrativos**, quando geradores de efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. (capítulo 3, item 3.2.9, p. 118)

Em âmbito federal, a Administração Pública tem o prazo decadencial de cinco anos para anular seus atos administrativos, quando geradores de efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. **Trata-se de importante limitação temporal da autotutela administrativa, pois, decorrido o prazo quinquenal, a Administração perde o direito de anular os atos ilegais**, com a convalidação involuntária do ato ilegal.

[...]

Não exercida a prerrogativa da autotutela no prazo legal de cinco anos, opera-se a decadência administrativa. Isto quer dizer que a Administração Pública perde o direito de anular os atos favoráveis ao particular, ainda que ilegais. A exceção se dá em relação aos atos ilegais quando configurada a má-fé do administrado, na forma da ressalva contida no art. 54 da Lei 9.784/1999. (capítulo 16, item 16.8, p. 598)

[...]

Questão controvertida refere-se à hipótese em que a legislação estadual ou municipal não estipular prazo decadencial para anulação de atos administrativos ilegais. Haveria, na hipótese, limite temporal para a anulação dos atos viciados? Existem três entendimentos sobre o tema:

Primeira interpretação: na ausência de limite temporal fixado em lei, a Administração poderia anular seus atos ilegais a qualquer momento. Nesse sentido, o STJ entendeu que, em relação aos atos praticados antes da Lei 9.784/1999, o termo inicial do prazo decadencial seria a data da entrada em vigor da referida norma, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei.

Segunda interpretação: na hipótese de omissão legal a respeito do prazo decadencial, deve ser aplicado, analogicamente, o prazo geral de prescrição do Código Civil de dez anos (art. 205 do CC).

Terceira interpretação: ausente prazo expresso de decadência, deve ser aplicado o prazo de cinco anos, tendo em vista a aplicação analógica da

legislação administrativa (ex.: art. 1.º da Lei 9.873/1999; arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei 4.117/1965; art. 23, I, da Lei 8.429/1992; art. 28 da Lei 8.884/1994; Decreto 29.910/1932 etc.). Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Luís Roberto Barroso.

Entendemos que, nos casos de **omissão legislativa**, o **prazo decadencial** será de **cinco anos**. Em relação à primeira interpretação, o problema é que, levada ao extremo, viola o princípio da segurança jurídica, pois parece considerar ilimitado (no tempo) o poder de anulação de atos administrativos quando ausente norma legal específica que estabeleça prazo decadencial de maneira expressa.

A **limitação temporal do poder de anulação dos atos ilegais** por parte da Administração **decorre** dos princípios da **segurança jurídica**, da confiança legítima e da boa-fé. Em virtude da autonomia do Direito Administrativo, a analogia deve ser feita no âmbito da legislação de Direito Público, envolvendo a relação entre a Administração e o administrado, que, **normalmente**, estabelece prazos de prescrição e de decadência de **cinco anos**, não sendo adequada a utilização do Código Civil como parâmetro. (capítulo 15, item 15.15.3.2, p. 56-563 e 773)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, **igual prazo para decadência do direito de constituir o crédito tributário**.

[...]

Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. **Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.**

Nestas, encontram-se duas orientações com tal caráter:

[...]

b) **a concernente ao prazo de prescrição para o Poder Público cobrar débitos tributários ou decadencial para constituir o crédito tributário. Está fixado em cinco anos**, conforme há pouco foi mencionado. Também já foi referido que, a teor da Lei 9.873, de 23.11.1999 (resultante da conversão da MP 1.859-17, de 22.10.1999), **foi fixado em cinco anos o prazo para prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e**

indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, a menos que esteja em pauta conduta criminosa, hipótese em que vigorará o previsto para ela. **É, outrossim, de cinco anos o prazo para a Administração, por si própria, anular seus atos inválidos dos quais hajam decorrido efeitos favoráveis ao administrado**, salvo comprovada má-fé (o que, entretanto, faz presumir prazo maior quando houver comprovada má-fé) consoante dispõe o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo. Também aí não se distingue entre atos nulos e anuláveis.

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, **quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos**. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.

Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes de relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis (capítulo XXI, item VI, p.1090, 1091)

Conclusão

Limitação temporal para o exercício da (auto)tutela pela Administração Pública

Corrente 1: prazo quinquenal conforme fixação legal, mas sem entrar na divergência de ausência de lei (ASA; OM; FM; DCJ; MC; MA e VP; AM)

Corrente 2: prazo quinquenal conforme fixação legal e por ser norma geral de direito administrativo ou ter a competência relacionada ao direito civil sua aplicação é de âmbito nacional vinculando todos os entes federativos (DFMN; MJF)

Corrente 3: prazo quinquenal aplicado no silêncio da lei por determinação do Decreto n.º 20.910/1932 (MSZDP; IPN; JSCF)

Corrente 4: prazo quinquenal e na ausência de lei por aplicação analógica da legislação administrativa (RCRO; CABM)

DIVERGÊNCIA 023 – Limitação temporal quando comprovada a má-fé do particular

Corrente 1: ausência de prazo quando comprovada a má-fé do particular

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. Ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Na esfera federal, o art. 54 da Lei 9.784/1999 estatui que é de cinco anos o prazo de decadência para a administração pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé.

Percebe-se que a lei federal não esclareceu qual seria o prazo extintivo do direito de anular os atos ilegais no caso de serem eles desfavoráveis ao administrado, ou na hipótese de ser comprovada a ocorrência de má-fé.

Registramos duas orientações usualmente propostas pela doutrina para solucionar essa lacuna. **Uma delas, que nos parece mais tradicional, entende que, nesses casos, não se aplica nenhum prazo extintivo, ou seja, quando o ato for desfavorável ao administrado, ou quando se comprove má-fé, a administração pode anulá-lo a qualquer tempo.**

A outra corrente propugna a adoção, em tais hipóteses do prazo genérico de prescrição das ações judiciais constante do Código Civil, que é de dez anos (art. 205). Essa construção conta com o aval de autores do quilate do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, e tem o mérito de evitar situações de “imprescritibilidade” (que são contrárias à noção mais elementar de, segurança jurídica). Entretanto, embora não exista ‘uma posição do Supremo Tribunal Federal especificamente acerca desse ponto, **temos a impressão de que a tendência, no âmbito da Corte Maior, é seguir o entendimento segundo o qual, nos casos de má-fé e de ato desfavorável ao administrado a anulação pode se dar a qualquer tempo.**

[...]

Por fim, pensamos que não há prazo para a administração proceder à revogação de seus atos administrativos que se tornem inoportunos ou inconvenientes ao interesse público. É claro que, para isso ser possível, não deve estar presente qualquer das situações que acarretam a impossibilidade de revogação do ato, estudadas em capítulo anterior desta obra. (capítulo 13, item 4.3, p. 982 e 983)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

É preciso dizer que a má-fé do particular impede a convalidação do ato administrativo. Nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999, **não se opera a decadência administrativa do dever de anulação de atos ilegais nos casos de “comprovada má-fé”**.

A má-fé é constatada nas hipóteses em que o administrado conhece a ilegalidade ou deveria qualifi-la. Aplica-se, no caso, a denominada **teoria da evidência** que **afirma a impossibilidade de convalidação de vícios manifestos (evidentes) e graves**, assim considerados aqueles que não suscitam discordância quando da edição do ato e dispensam conhecimento técnico de profissionais do Direito para sua Caracterização. (capítulo 15, item 15.15.2, p. 560)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

A primeira limitação à anulação dos atos administrativos é a temporal. A anulação deve ser efetivada no prazo legal. No âmbito federal, determina o art. 54 da Lei nº 9.784/99 que decai em cinco anos o direito de a Administração anular atos viciados que produzam efeitos favoráveis para os destinatários, **salvo se houver comprovada má-fé, hipótese em que perdura o direito de anular**. (capítulo 4, item 4.16.3, p. 103)

Corrente 2: prazo de 10 anos quando comprovada má-fé do particular

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Como os cinco anos a que alude o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo, contempla apenas os casos em que não houve comprovada má-fé, ter-se-á de indagar: e naqueles outros em que houve comprovada má-fé? Estamos em que, aí, não haveria remédio, salvo o de buscar analogia com o direito privado, a teor do art. 205 do Código Civil, isto é: **10 anos**.

[...]

Pensamos que os prazos prescricionais serão os mesmos acima apontados para a decretação de invalidade dos atos viciados. **Cinco anos, quando não houver má-fé e dez anos, no caso de má-fé** – sempre contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso. (capítulo XXI, item VI, p.1092 e 1093)

Corrente 3: prazo de 15 anos quando comprovada má-fé do particular

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Se a Administração Pública concede determinado benefício ilegal a seus servidores, os princípios da legalidade e autotutela obrigam a própria autoridade administrativa a, garantindo contraditório e ampla defesa, anular o ato concessivo. Porém, esse poder-dever de anulação de seus atos ilegais não é exercitável a qualquer tempo. Nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/99, a Administração tem o prazo de 5 anos para anular seus atos defeituosos, quando favoráveis aos destinatários, salvo comprovada má-fé.

[...]

Já no caso de má-fé, o ordenamento jurídico pune o beneficiário ampliando o prazo de anulação administrativa para o prazo extintivo máximo de um direito previsto no Código Civil: **15 anos** (art. 1.238 do CC). (capítulo 2, item 2.7.7.8, p. 288 e 289)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Limitação temporal quando comprovada a má-fé do particular

Corrente 1: ausência de prazo quando comprovada a má-fé do particular (MA e VP; RCRO; IPN)

Corrente 2: prazo de 10 anos quando comprovada má-fé do particular (CABM)

Corrente 3: prazo de 15 anos quando comprovada má-fé do particular (AM)

Não abordam (ASA; FM; DCJ; MSZDP; OM; MJF; MC; DFMN; JSCF)

DIVERGÊNCIA 024 – Prazo prescricional ou decadência da (auto)tutela administrativa

Corrente 1: indica apenas em prazo prescricional

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

[...] d) A coisa julgada administrativa é barreira à revogação do ato. O termo é um empréstimo, não muito técnico, do Direito Processual Civil. Consiste na imodificabilidade do ato “no âmbito da Administração Pública”, por haverem sido esgotados todos os meios “administrativos” de impugnação da decisão. Há polêmica em relação à aceitação do instituto da coisa julgada administrativa em razão **de a Administração Pública ter autotutela para invalidar seus atos ilegais, ao menos enquanto ainda não estiver precluso o prazo para o exercício de tal poder (cinco anos – art. 54, Lei federal n. 9.784/99).** (capítulo VI, item VI.7.1, p.344)

Quanto ao “prazo prescricional” que a Administração tem para invalidar seus atos, a doutrina divide-se: há os que entendem que, em virtude do princípio da legalidade, não há prazo limite para a Administração se recolocar nos trilhos da lei, pois do contrário seria legitimada a atuação contra legem da Administração; outros fazem analogia com o maior prazo prescricional existente em nosso Direito, que é de vinte anos; **e há ainda os que aplicam analogicamente o prazo quinquenal de prescrição das ações judiciais contra a Fazenda Pública para ser o mesmo prazo que a Administração tem para invalidar os seus atos ilegais. Esta é a posição que tem prevalecido, inclusive na legislação** (art. 54, Lei do Processo Administrativo Federal – Lei n. 9.784/99). (capítulo VI, item VI.7.1, p.1114)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

O decurso do tempo pode impedir a correção judiciária ou administrativa de um ato administrativo. No primeiro caso, tem-se a prescrição, instituto da Teoria Geral do Direito que consiste na perda do direito de ação. **No segundo caso, tem-se a qualificada prescrição administrativa, instituto específico do Direito Administrativo, que preclui apenas para a Administração Pública que o praticou, o poder jurídico de rever seus próprios atos.** (capítulo IX, item 56, p. 321)

Como a regra afirma a imprescritibilidade fundamental das nulidades, **somente o legislador poderá estabelecer exceções, instituindo hipóteses**

de prescritibilidade, bem como de caducidade ou prazos de preclusão, **que inibam a Administração de rever seus atos**.

[...]

Essa prescrição quinquenal estabelecida para as ações da Fazenda Pública durante as vigências constitucionais anteriores, inclusive em regimes autocráticos de exceção, **estende-se, simetricamente, aos direitos pessoais do Estado face aos administrados**, uma vez que, com o advento do Estado Democrático de Direito, deixou de existir qualquer supremacia automática de interesses, por força do art. 1.º, incisos II, III e parágrafo único combinados com o art. 5.º, caput, da Constituição de 1988, salvo se a legislação os estabelecer. Com relação aos direitos reais, aplicam-se os prazos do Código Civil.

Esta orientação veio a ser recentemente corroborada pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que disciplinou o processo administrativo na esfera federal, **adotando o mesmo prazo prescricional de cinco anos (embora o art. 54 da referida Lei leve a crer erroneamente que se trata de decadência)**, no sentido de **impedir a Administração de anular os atos administrativos que tenham produzido efeitos favoráveis para os administrados**, uma regra que, **por ser de prescrição, é de direito civil e, por isso, tem aplicação em âmbito nacional**. (capítulo IX, item 56.1, p. 321 e 322)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Independentemente do disposto nesse dispositivo (que somente tem aplicação na esfera federal), já vínhamos defendendo, desde as primeiras edições deste livro, **que o prazo para a Administração rever os próprios atos é o da prescrição quinquenal** (v. item 17.3.2.4), **o que se aplica, evidentemente, a todas as esferas de governo**. (capítulo 7, item 7.11.2.1, p. 531 e 532)

Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (2003:653), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32. (capítulo 17, item 17.3.2.4, p. 1678)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Na esfera federal, o art. 59 da Lei nº 9.784/99 determina que é de dez dias o prazo para a interposição de recurso administrativo, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida. **No concernente à anulação dos atos administrativos pela Administração**, se envolverem

efeitos favoráveis para os destinatários, **eles obedecem ao prazo de cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé (art. 54, da Lei nº 9.784/99).

[...]

Segundo Hely Lopes Meirelles, no silêncio da lei, a prescrição administrativa é quinquenal, por determinação do Decreto nº 20.910. Os prazos do Código Civil prevalecem apenas em casos de direitos de natureza real. Os prazos para as punições, de acordo com as determinações contidas no art. 142 da Lei nº 8.112/90, são: de 180 dias para a pena de advertência; de dois anos para a de suspensão; e de cinco anos para a de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão. (capítulo 17, item 17.5.3, p. 135)

Corrente 2: aponta apenas em prazo decadencial

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O prazo para que a Administração reveja os seus próprios atos, quando ilegais e se deles decorrem efeitos favoráveis para os destinatários, é decadencial e de cinco anos, contados da data em que foram praticados, conforme regra do art. 54 da Lei n. 9.784/99. Todavia, nada impede que essa ilegalidade seja corrigida também pelo Poder Judiciário. (capítulo 2, item 3.15, p. 106)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A autotutela administrativa encontra limites importantes que são impostos pela necessidade de respeito à segurança jurídica e à boa-fé dos particulares. **Em âmbito federal**, o art. 54 da Lei 9.784/1999 **impõe o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração anule seus atos administrativos**, quando geradores de efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. (capítulo 3, item 3.2.9, p. 118)

Questão controvertida refere-se à hipótese em que a legislação estadual ou municipal não estipular prazo decadencial para anulação de atos administrativos ilegais. Haveria, na hipótese, limite temporal para a anulação dos atos viciados? Existem três entendimentos sobre o tema:

Primeira interpretação: na ausência de limite temporal fixado em lei, a Administração poderia anular seus atos ilegais a qualquer momento. Nesse sentido, o STJ entendeu que, em relação aos atos praticados antes da Lei 9.784/1999, o termo inicial do prazo decadencial seria a data da entrada em vigor da referida norma, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei.

Segunda interpretação: na hipótese de omissão legal a respeito do prazo decadencial, deve ser aplicado, analogicamente, o prazo geral de prescrição do Código Civil de dez anos (art. 205 do CC).

Terceira interpretação: ausente prazo expresso de decadência, deve ser aplicado o prazo de cinco anos, tendo em vista a aplicação analógica da legislação administrativa (ex.: art. 1.º da Lei 9.873/1999; arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei 4.117/1965; art. 23, I, da Lei 8.429/1992; art. 28 da Lei 8.884/1994; Decreto 29.910/1932 etc.). Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Luís Roberto Barroso.

Entendemos que, nos casos de **omissão legislativa**, o **prazo decadencial** será de **cinco anos**. Em relação à primeira interpretação, o problema é que, levada ao extremo, viola o princípio da segurança jurídica, pois parece considerar ilimitado (no tempo) o poder de anulação de atos administrativos quando ausente norma legal específica que estabeleça prazo decadencial de maneira expressa.

A **limitação temporal do poder de anulação dos atos ilegais** por parte da Administração **decorre** dos princípios **da segurança jurídica**, da confiança legítima e da boa-fé. Em virtude da autonomia do Direito Administrativo, a analogia deve ser feita no âmbito da legislação de Direito Público, envolvendo a relação entre a Administração e o administrado, que, **normalmente**, estabelece prazos de prescrição e de decadência de **cinco anos**, não sendo adequada a utilização do Código Civil como parâmetro. (capítulo 15, item 15.15.3.2, p. 562)

Em âmbito federal, a Administração Pública tem o prazo decadencial de cinco anos para anular seus atos administrativos, quando geradores de efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. **Trata-se de importante limitação temporal da autotutela administrativa, pois, decorrido o prazo quinquenal, a Administração perde o direito de anular os atos ilegais**, com a convalidação involuntária do ato ilegal.

[...]

Não exercida a prerrogativa da autotutela no prazo legal de cinco anos, opera-se a decadência administrativa. Isto quer dizer que a Administração Pública perde o direito de anular os atos favoráveis ao particular, ainda que ilegais. A exceção se dá em relação aos atos ilegais quando configurada a má-fé do administrado, na forma da ressalva contida no art. 54 da Lei 9.784/1999 (capítulo 16, item 16.8, p. 598)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Ocorre que, em observância ao Princípio da Segurança Jurídica, **alguns limites foram criados para a Autotutela**, no que tange à anulação de atos viciados, com o intuito de evitar que a revisão de alguns atos possa ser mais

nociva do que a sua permanência no ordenamento jurídico. Nestes casos, é relevante analisar a boa fé dos destinatários da conduta ilícita.

No âmbito da administração pública federal, a lei 9.784/99 prevê um prazo de cinco anos para rever os atos que sejam favoráveis a particulares, salvo má-fé do beneficiado. Se não o fizer, a situação jurídica anterior se torna legítima. **Para a doutrina majoritária, trata-se de prazo decadencial imposto ao poder público**. Sendo assim, o texto legal define que “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. (capítulo 2, item 2.8, p. 92)

Anote-se, ainda que, **no âmbito federal, a lei 9.784/99 estabelece que a Administração Pública tem o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para anular atos administrativos ampliativos**, salvo no caso de má-fé do beneficiário. (capítulo 5, item 10.4.1, p. 317)

Corrente 3: posiciona-se pela existência de prazo decadencial

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Todavia, o poder de auto tutela que tem a Administração Pública encontra limites na necessidade de se garantir ao cidadão de boa-fé, após determinado prazo, a permanência de atos administrativos, ainda que inquinados de ilegalidade, em face da segurança jurídica e proteção da confiança. Com efeito, em consonância com o art. 54 da Lei na 9.784/99, **o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (capítulo I, item 3.2.11, p.48)

Relativamente à prescrição e decadência do direito de invalidar os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, o art. 54 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), pondo fim a uma tormentosa discussão, prevê que **o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

[...]

Em que pese divergência a respeito, no nosso entendimento, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 criou a figura da **decadência administrativa, não propriamente a prescrição**. Com efeito, como se sabe, os institutos da decadência e da prescrição distinguem-se, basicamente, em razão dos direitos sobre os quais incidem os seus efeitos extintivos.

Alguns direitos, **os de natureza potestativa, são exercidos por iniciativa de apenas uma das partes, o titular do direito, que impõe e exige a submissão do obrigado aos seus efeitos legais. Sobre esses direitos aplicam-se, em regra, a decadência.** Por outro lado, a prescrição está associada àqueles direitos para os quais o titular pode exigir de outrem a satisfação da pretensão correspondente, isto é, o obrigado tem o dever jurídico de agir (como ocorre com os direitos pessoais) ou de se abster para satisfazer o direito do titular (como ocorre com os direitos reais). (capítulo II, item 10.5, p.132 e 133)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Em nome, porém, do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, vêm sendo criados **limites ao exercício da autotutela pela Administração**. Na verdade, a eterna pendência da possibilidade de revisão dos atos administrativos revela-se, em alguns casos, mais nociva do que a sua permanência. Por isso mesmo, a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo federal, consignou que **o direito da Administração de anular atos administrativos que tenham irradiado efeitos favoráveis ao destinatário decai em cinco anos**, salvo comprovada má-fé (art. 54). **Vê-se, portanto, que, depois desse prazo, incabível se torna o exercício de autotutela pela Administração**, eis que tal hipótese acarreta, ex vi legis, a conversão do fato anterior em situação jurídica legítima. (capítulo 1, item V, subitem 2.2, p. 118 e 119)

Numa primeira visão, temos a hipótese em que, por força de expressa disposição legal, a Administração tem o poder de exercitar seu poder punitivo. Em diversos diplomas legais, é possível encontrar essa competência, associada à fixação de prazos extintivos. Como exemplo, cite-se: (a) poder punitivo de polícia (Lei no 9.873/1999: cinco anos); (b) poder disciplinar funcional (estatutos funcionais; na esfera federal, Lei no 8.112/1990). Nesses casos, a Administração é dotada de pretensão punitiva, de modo que, transcorrido o prazo legal sem a punição, **sucedará a prescrição da referida pretensão**. A rigor, é esta a **única hipótese de prescrição administrativa, vez que ocorre a perda da ação punitiva no âmbito da própria Administração**. Os diplomas acima, aliás, empregam o verbo “prescrever”, estando tecnicamente corretos quanto à qualificação desses prazos extintivos

Em outras hipóteses, a lei fixa prazo extintivo para que a Administração adote determinada providência administrativa, sob pena de, não o fazendo no prazo, ficar impedida de adotá-la. Exemplo típico é o do art. 54 da Lei no 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal. Segundo esse dispositivo, **extingue-se em cinco anos o prazo para a Administração anular seus próprios atos, quando decorrem efeitos favoráveis para os**

administrados, ressalvada apenas a má-fé. Aqui se limita o exercício da autotutela administrativa e da possibilidade de desconstituição dos atos. Resulta, pois, nesse caso o surgimento de decadência, já que a Administração perde o próprio direito de anular seus próprios atos.

[...]

Uma outra situação relativa à extinção merece análise: **a dos casos de ausência de previsão legal do prazo extintivo.** A matéria é controversa. Para alguns estudiosos, não haveria prazo para o desfazimento de tais atos. Outros sustentam ser inadmissível o estado de infinita pendência. **Há também quem entenda que, no silêncio da lei, o prazo será de cinco anos, com fundamento no Decreto nº 20.910/1932. Este último pensamento nos parece o de mais preciso fundamento jurídico: se a prescrição judicial de pretensões contra a Fazenda ocorre em cinco anos, não seria razoável que fosse mais extenso o prazo na via administrativa.** (capítulo 15, item III, subitem 6, p. 1717 e 1718)

Corrente 4: ora usa o termo prescrição, ora usa o termo decadência

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Quanto ao prazo para a administração pública rever os seus próprios atos, independentemente de provocação do administrado, filiamo-nos à corrente que defende que na ausência de previsão legal expressa, e desde que não haja incompatibilidade com alguma norma legal específica, seja aplicada a regra de prescrição quinquenal das ações judiciais contra a administração pública estabelecida no art. L.º do Decreto 20.910/1932.

Na esfera federal, o art. 54 da Lei 9.784/1999 estatui que **é de cinco anos o prazo de decadência** para a administração pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. (capítulo 13, item 4.3, p. 982)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

O art. 54 da Lei 9.784/1999 estabelece: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em 5 (cinco) anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Essa disposição se afigura como uma norma geral de direito administrativo, cujo conteúdo vincula a todos os entes federativos. Não se trata, como é evidente, de uma norma puramente procedimental, que tenha sido editada apenas para vigorar no âmbito da União.

Não se pode admitir a ausência de prazo decadencial para o desfazimento dos próprios atos por Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso conduziria a resultados despropositados. Acabaria por gerar o único caso de competência eterna para o exercício de um dever-poder. Portanto, até se pode reconhecer a competência legislativa de cada ente federativo para disciplinar a matéria. Mas o tema envolve competência comum a todos os entes federados e, na omissão de lei local, prevalece a norma editada pela União. (p. 836)

A doutrina costuma afirmar que se aplicam às ações de titularidade da Administração Pública os prazos e as regras prescricionais previstos na legislação comum. Isso significaria que, na ausência de dispositivo legal específico, incidiria o disposto no art. 205 do Código Civil, que determina que “a prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Celso Antônio Bandeira de Mello discorda dessa interpretação, afirmando que as disposições legislativas usualmente indicam o prazo de cinco anos. Essa orientação se afigura como a mais adequada.

Não existe fundamento jurídico para adotar prazos distintos para a prescrição das ações versando sobre pretensões favoráveis ou contrárias à Fazenda Pública. A regra geral da prescrição das ações para pretensões contra a Fazenda Pública é de cinco anos. Idêntico prazo deve ser adotado relativamente à prescrição quando a pretensão for de titularidade do Poder Público. A existência de prazos distintos conduziria a situações iníquas. (p. 830 e 831)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, **igual prazo para decadência do direito de constituir o crédito tributário.**

[...]

Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. **Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.**

Nestas, encontram-se duas orientações com tal caráter:

[...]

b) a concernente ao prazo de prescrição para o Poder Público cobrar débitos tributários ou decadal para constituir o crédito tributário. Está fixado em cinco anos, conforme há pouco foi mencionado. Também já foi referido que, a teor da Lei 9.873, de 23.11.1999 (resultante da conversão da MP 1.859-17, de 22.10.1999), foi fixado em cinco anos o prazo para prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, a menos que esteja em pauta conduta criminosa, hipótese em que vigorará o previsto para ela. É, outrossim, de cinco anos o prazo para a Administração, por si própria, anular seus atos inválidos dos quais hajam decorrido efeitos favoráveis ao administrado, salvo comprovada má-fé (o que, entretanto, faz presumir prazo maior quando houver comprovada má-fé) consoante dispõe o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo. Também aí não se distingue entre atos nulos e anuláveis.

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.

Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes de relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis. (capítulo XXI, item VI, p.1090 e 1091)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Conclusão

Prazo prescricional ou decadência da (auto)tutela administrativa

Corrente 1: indica apenas em prazo prescricional (ASA; DFMN; MSZDP; IPN)

Corrente 2: aponta apenas em prazo decadencial (FM; RCRO; MC)

Corrente 3: posiciona-se pela existência de prazo decadencial (DCJ; JSCF)

Corrente 4: ora usa o termo prescrição, ora usa o termo decadência (MA e VP; MJF; CABM)

Não abordam (OM; AM)

DIVERGÊNCIA 025 – Limitação temporal para a Administração anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos desfavoráveis ao administrado, ou quando essa agir de má-fé

Corrente 1: ausência de prazo quando o ato for desfavorável ao administrado ou comprovada má-fé da Administração

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Na esfera federal, o art. 54 da Lei 9.784/1999 estatui que é de cinco anos o prazo de decadência para a administração pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé.

Percebe-se que **a lei federal não esclareceu qual seria o prazo extintivo do direito de anular os atos ilegais no caso de serem eles desfavoráveis ao administrado**, ou na hipótese de ser comprovada a ocorrência de má-fé.

Registramos duas orientações usualmente propostas pela doutrina para solucionar essa lacuna. **Uma delas, que nos parece mais tradicional, entende que, nesses casos, não se aplica nenhum prazo extintivo, ou seja, quando o ato for desfavorável ao administrado, ou quando se comprove má-fé, a administração pode anulá-lo a qualquer tempo.**

A outra corrente propugna a adoção, em tais hipóteses. Do prazo genérico de prescrição das ações judiciais constante do Código Civil, que é de dez anos (art. 205). Essa construção conta com o aval de autores do quilate do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, e tem o mérito de evitar situações de “imprescritibilidade” (que são contrárias à noção mais elementar de, segurança jurídica). Entretanto, **embora não exista ‘uma posição do Supremo Tribunal Federal especificamente acerca desse ponto, temos a impressão de que a tendência, no âmbito da Corte Maior, é seguir o entendimento segundo o qual, nos casos de má-fé e de ato desfavorável ao administrado a anulação pode se dar a qualquer tempo.**

[...]

Faz-se oportuno anotar, ainda, que existem normas legais que expressamente excluem a ocorrência da prescrição administrativa. **Particularmente, no caso de atos desfavoráveis ao destinatário, não é raro haver normas legais que autorizem a revisão a qualquer tempo, isto é, disposições específicas que afastem a ocorrência de prescrição administrativa para beneficiar o administrado.** Citamos como exemplos o art. 65 da Lei 9.784/1999 e o art. 174 da Lei 8.112/1990, os quais preveem a possibilidade de ser efetuada a qualquer tempo a revisão de processos administrativos que tenham acarretado a aplicação de sanções, para o fim de reduzir ou afastar a

penalidade infligida. Também, na mesma Lei 8.112/1990, inserido no capítulo que regula o exercício, pelos servidores públicos, do direito de petição, encontramos o art. 114, em cujo texto se lê que “a administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade”. (capítulo 13, item 4.3, p. 982 e 983)

Corrente 2: prazo de 5 anos quando o ato for desfavorável ao administrado ou comprovada má-fé da Administração

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Em sede administrativa, a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que dispõe sobre o processo administrativo na Administração Federal, também limitou a ação administrativa de anulação de atos administrativos, estabelecendo que o direito da Administração de anular atos que tenham produzido efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data da prática do ato, ressalvada, entretanto, a ocorrência de comprovada má-fé. Idêntico preceito foi adotado no Estado do Rio de Janeiro pela Lei Estadual nº 3.870, de 24.6.2002.

Em relação ao novo prazo, há entendimento no sentido de que o termo a quo de sua contagem ocorre a partir da data da publicação da lei nova – no plano federal, a Lei nº 9.784/1999 – quando se trata de atos administrativos praticados em data anterior à sua vigência. **Entendemos, porém, de forma diversa, e por mais de uma razão. A uma, porque a lei nada dispôs a respeito e, a duas, porque os prazos anteriores não podem ser simplesmente ignorados. Assim, deve aplicar-se, por analogia, o disposto no art. 2.028, do Código Civil, que não prevê qualquer início de prazo a partir de sua vigência; refere-se apenas aos prazos a serem observados. Se o prazo da lei anterior era superior a cinco anos (prazo atual) e já havia transcorrido mais da metade, é aquele o prazo a ser considerado; se o tempo decorrido era inferior à metade, considerar-se-á o novo prazo. De qualquer modo, o termo a quo será sempre o da vigência do ato sujeito à anulação.**

Essa nos parece a solução que simplesmente não põe uma pá de cal no tempo já decorrido a partir da prática do ato, o que provocaria gravame para o interessado. **Para evitar tal gravame é que ousamos dissentir, com a devida vênia, do entendimento segundo o qual, tendo havido má-fé do beneficiário ou da Administração, o prazo seria o mesmo de cinco anos, iniciando-se, porém, a contagem a partir da ciência do ato lesivo. Semelhante solução faria perdurar a situação de insegurança, prejudicando o administrado quando a má-fé se originasse da própria Administração. Por outro lado, até condutas de má-fé são alcançadas pelos**

institutos extintivos, embora devam sê-lo por prazos maiores, como é o caso dos previstos no Código Civil em comparação com o quinquenal previsto na Lei nº 9.784/1999. (capítulo 4, item XI., subitem 6, p. 328-329)

Não abordam

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Conclusão

Limitação temporal para a Administração anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos desfavoráveis ao administrado, ou quando essa agir de má-fé

Corrente 1: Ausência de prazo quando o ato for desfavorável ao administrado ou comprovada má-fé da Administração (MA e VP)

Corrente 2: Prazo de 5 anos quando o ato for desfavorável ao administrado ou comprovada má-fé da Administração (JSCF)

Não abordam (ASA; FM; DCJ; MSZDP; OM; MJF; MC; DFMN; CABM; AM; RCRO; IPN)

DIVERGÊNCIA 026 – Modalidades de descentralização administrativa e tipo de pessoas jurídicas que se pode outorgar ou delegar

Corrente 1: descentralização por serviços, funcional ou técnica é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, já a descentralização por colaboração é apenas para as pessoas jurídicas de direito privado

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Descentralização territorial ou geográfica é a que se verifica quando uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica. (capítulo 10, item 10.1.3.1, p. 948)

Descentralização por serviços, funcional ou técnica é a que se verifica quando o Poder Público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de lei e corresponde, basicamente, à figura da autarquia, mas abrange também fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas, que exerçam serviços públicos. A Lei no 11.107, de 6-4-05, criou novo tipo de entidade que prestará serviço público mediante descentralização; trata-se dos consórcios públicos, a serem criados por entes federativos para a gestão associada de serviços públicos, prevista no artigo 241 da Constituição Federal. (capítulo 10, item 10.1.3.2, p. 949)

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público a titularidade do serviço. (capítulo 10, item 10.1.3.3, p. 951 e 952)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Há duas categorias básicas de descentralizações:

- . as políticas, [...]; e
- . as administrativas, em que um ente central empresta atribuições a órgãos periféricos ou locais dotados de personalidade jurídica. Estas últimas atribuições não decorrem diretamente da Constituição, mas do poder central que as defere por outorga (lei) ou por delegação (contrato).

As descentralizações administrativas, que são estudadas no Direito Administrativo, **classificam-se em:**

- . descentralização territorial ou geográfica;**
- . descentralização por serviços, funcional ou técnica; e**
- . descentralização por colaboração.**

A descentralização territorial ou geográfica é própria dos países que adotam forma unitária de Estado, como França, Portugal, Bélgica, os quais se dividem em Departamentos, Regiões, Províncias, Comunas etc. **Nela, há a existência de uma entidade local, geograficamente delimitada, com personalidade própria de direito público e capacidade genérica.** O ente descentralizado tem autoadministração, o que lhe permite exercer a maior parte dos encargos públicos de interesse da coletividade, mas se sujeita ao controle e ingerência do poder central.

[...]

Descentralização por serviços é, segundo expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aquela em que o Poder Público cria ou autoriza a criação por meio de lei de pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público.

[...]

Descentralização por colaboração compreende a transferência da execução de determinado serviço por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, à pessoa jurídica de direito privado previamente existente. Neste tipo de descentralização, o Poder Público conserva a titularidade do serviço. São exemplos de descentralização por colaboração a concessão e a permissão de serviços públicos, feitas sempre através de licitação, conforme impõe o art. 175 da Constituição. (capítulo 10, item 10.2, p. 255 e 256)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Segundo opinião corrente, **a descentralização administrativa pode ser:**

- a) Territorial** – Quando se cria uma entidade, a partir da especificação de uma área geográfica, dotando-a de personalidade jurídica de direito público e de competência administrativa genérica. No Brasil, a única hipótese desta modalidade ocorrer será através de criação de territórios. Atualmente, não existem territórios, mas a CF possibilita a sua criação pela União (CF/88, art. 18).
- b) Por colaboração** – Ocorre através de contrato administrativo de concessão ou permissão de serviços públicos, ou de simples ato administrativo unilateral de autorização, por meio dos quais o Estado transfere ou delega a particulares a prestação de um serviço público, que será realizada por conta e risco do delegado. É a distribuição de competências para entidades privadas que irão colaborar com o Estado com

a prestação de um serviço público. Ex.: empresas concessionárias prestadoras de serviços públicos de telecomunicações, de energia elétrica, de transportes coletivos, etc. Tais entes não integram a Administração Pública, sendo apenas delegados do Estado. São empresas comerciais que se submetem a regime de direito privado.

c) Por serviço ou funcional – Por força desta descentralização, cria-se uma entidade administrativa, com personalidade jurídica própria, para exercer uma atividade em caráter específico, transferindo-se para o ente descentralizado poderes de decisão para o desempenho dessas atividades específicas. É desta descentralização que doravante cuidaremos e em virtude da qual se criam as autarquias, as fundações governamentais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista – entidades que integram a Administração Indireta – para prestarem, em caráter especializado, serviços públicos. (capítulo IV, item 2, p.158 e 159)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Tendo em vista o direito comparado, **a descentralização administrativa admite as seguintes formas: descentralização territorial ou geográfica, descentralização por serviços, funcional ou técnica e a descentralização por colaboração.**

A descentralização territorial ou geográfica ocorre com entidade local geograficamente delimitada, dotada de personalidade jurídica própria de direito público, com capacidade administrativa genérica para exercer a totalidade ou a maior parte dos encargos públicos de interesse da coletividade. Essa hipótese ocorre em Estados unitários como, por exemplo, França, Portugal, Itália, Espanha, Bélgica e no Brasil Império.

[...]

Reconhece-se, ainda, **a descentralização por serviços, funcional ou técnica, que se verifica quando a Administração Direta cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela transfere a titularidade e a execução de determinado serviço público.** Ocorre, por exemplo, no Brasil e na França.

Para a doutrina brasileira, a titularidade dos serviços e atividades públicas não pode sair das mãos do Poder Público, só sendo possível essa transferência para as pessoas da Administração Indireta, mais especificamente as de direito público, como é o caso das autarquias e das fundações públicas de direito público, o que se define como outorga de serviços públicos, a qual depende de lei para sua realização.

Há, também, **a descentralização por colaboração, que ocorre quando a Administração transfere a execução de determinado serviço público à pessoa jurídica de direito privado previamente existente.** Nessa hipótese, o Poder Público conserva a titularidade do serviço, podendo dispor sobre ele

de acordo com o interesse público. **O instrumento de formalização, via de regra, é um contrato ou um ato administrativo unilateral, nada impedindo que também ocorra por lei.** Denomina-se **delegação de serviços.** (capítulo 3, item 2.1, p. 144 e 145)

Corrente 1.1: descentralização por serviços, funcional ou técnica é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, já a descentralização por colaboração é apenas para às pessoas jurídicas de direito privado. Além disso, diferencia a descentralização por outorga da descentralização por delegação, com isso, afastando qualquer forma de transferência de titularidade

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Parcela da doutrina apresenta **três modalidades de descentralização:**

- a) **territorial ou geográfica:** quando se atribui à entidade local, geograficamente delimitada, personalidade jurídica de direito público, com capacidade administrativa genérica (essa descentralização é, normalmente, encontrada nos Estados Unitários – França, Portugal, Espanha etc. – em que existem as Comunas, Regiões etc. No Brasil, os territórios federais, hoje inexistentes na prática, poderiam ser citados como exemplo);
- b) **por serviços, funcional ou técnica:** o Poder Público cria uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, que recebe a titularidade e a execução de serviços públicos (ex.: autarquias, estatais e fundações); e
- c) **por colaboração:** a transferência da execução da atividade ocorre por meio de contrato ou ato administrativo unilateral para pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, permanecendo o Poder Público com a titularidade do serviço (ex.: concessão e permissão de serviço público). Outros autores mencionam **duas formas de descentralização:**
 - a) **outorga:** a descentralização seria instrumentalizada por meio de lei e a entidade destinatária receberia a titularidade e a execução da atividade descentralizada (ex.: entidades da Administração Indireta); e
 - b) **delegação:** a formalização da descentralização ocorreria por contrato ou ato administrativo e a pessoa descentralizada receberia apenas a execução da atividade administrativa (ex.: concessionárias de serviços públicos).

A crítica que tem sido atribuída às formas de descentralização refere-se ao critério da transferência ou não da titularidade da atividade administrativa. **Isto porque não se pode admitir que o Estado transfira a titularidade que lhe foi atribuída pela Constituição, considerada irrenunciável. Em**

verdade, a descentralização só pode abranger a execução da atividade.

[...]

Desta forma, **afastada a possibilidade de transferência (outorga) da titularidade da atividade administrativa, a descentralização da execução da atividade (delegação) seria de duas formas:**

a) **legal: instrumentalizada pela lei** (ex.: entidades da Administração Indireta);

ou

b) **negocial** (concessionárias e permissionárias de serviços públicos). (capítulo 4, item 4.3, p. 155 e 156)

Corrente 1.2: afasta qualquer forma de transferência de titularidade, mas trata apenas da descentralização por delegação que pode ser por lei ou negocial. Entende que a descentralização que ocorre por lei pode ser feita à Administração indireta, sem fazer referência às pessoas jurídicas de direito público ou privado

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

[...] **deve anotar-se que autorizada doutrina alude a tais instrumentos com as denominações, respectivamente, de descentralização por outorga e por delegação, entendendo-se que pela primeira o Poder Público transfere a própria titularidade do serviço, ao passo que pela segunda a transferência tem por alvo apenas a execução do serviço.** Nesse caso, a delegação somente ocorreria quando o Estado firmasse negócio jurídico, mas não quando criasse entidade para sua Administração Indireta.

Lamentamos divergir de semelhante entendimento. Os serviços públicos estão e sempre estarão sob a titularidade das pessoas federativas, na forma pela qual a Constituição procedeu à partilha das competências constitucionais. **Essa titularidade, retratando, como retrata, inequívoca expressão de poder político e administrativo, é irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa.** Resulta, por conseguinte, que o alvo da descentralização é tão somente a transferência da execução do serviço (delegação), e nunca a de sua titularidade. **O que muda é apenas o instrumento em que se dá a delegação: numa hipótese, o instrumento é a lei (que, além de delegar o serviço, cria a entidade que vai executá-lo), enquanto na outra é um contrato (concessões ou permissões de serviços públicos para pessoas já existentes). Mas em ambos os casos o fato administrativo é, sem dúvida, a delegação.** O fundamento inarredável de que a delegação só atinge a execução do serviço reside na circunstância de que, a qualquer momento, dependendo das condições administrativas almejadas pelo Estado, poderá este extinguir a

delegação, seja revogando a lei na qual esta foi conferida, seja extinguindo de alguma forma a concessão ou a permissão (como, por exemplo, ocorre com a rescisão antecipada ou com o advento do termo final do ajuste). O fenômeno administrativo, então, terá caráter inverso, qual seja, o retorno à centralização. (capítulo 7, item IX, subitem 2.2, p. 648 e 649)

Delegação legal é aquela cujo processo de descentralização foi formalizado através de lei. A lei, como regra, ao mesmo tempo em que admite a descentralização, autoriza a criação de pessoa administrativa para executar o serviço. O mandamento hoje é de nível constitucional. Dispõe o art. 37, XIX, da CF, que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação” (redação da EC no 19/1998).

E o inciso XX do mesmo art. 37 também exige a lei para criação de subsidiárias dessas pessoas administrativas, bem como para participarem elas de empresa privada.

Essas pessoas a quem foi conferida competência legal para o desempenho de certa função do Estado compõem a administração indireta ou administração descentralizada, e, como tais, integram a Administração Pública considerada como um todo (art. 37, CF). Note-se, porém, que, se as pessoas da administração descentralizada resultam de autorização legal, **pode haver também, como veremos no momento próprio, outras pessoas que, também autorizadas por lei e desempenhando serviço público, não integram a estrutura orgânica da Administração. Nem por isso deixará de haver na espécie forma de descentralização por delegação legal.** (capítulo 7, item IX, subitem 2.2.1)

Outra forma de execução indireta dos serviços públicos, ainda sob o aspecto da descentralização, é **a transferência dos mesmos a particulares**, que, por isso, se caracterizam como particulares em colaboração com o Estado.

Essa forma de transferência denominamos de delegação negocial, porque sua instituição se efetiva através de negócios jurídicos regrados basicamente pelo direito público – a concessão de serviço público e a permissão de serviço público. A concessão caracteriza-se como contrato administrativo, e a permissão, apesar de tradicionalmente qualificada como ato administrativo, passou a ser formalizada por contrato de adesão, como consta do art. 40 da Lei no 8.987, de 13.2.1995, que regula ambos os institutos. **Sob o aspecto material, ambas se preordenavam ao mesmo fim, mas a antiga diferença, sob o aspecto formal, desapareceu com o advento da referida lei.**

Indiscutível, todavia, é que tanto a concessão quanto a permissão de serviços públicos estampam instrumentos de direito público pelos quais a Administração procede a descentralização por delegação negocial. A caracterização negocial restou ainda mais evidente diante da citada lei, que atribuiu a ambas a fisionomia de contratos administrativos. (capítulo 7, item IX, subitem 2.2.2, p. 649, 650 e 651)

Corrente 2: diferencia apenas a descentralização por outorga (por serviços) da descentralização por delegação (por colaboração), admitindo a transferência de titularidade na descentralização por outorga por entender que essa é conferida apenas às pessoas jurídicas de direito público, já a descentralização por delegação é feita para particulares ou entes da Administração indireta regidos pelo direito privado

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

A doutrina preconiza que a descentralização pode ser feita mediante outorga ou delegação de serviços. Na outorga, é transferida a titularidade e a execução do serviço público, a pessoa jurídica diversa do Estado, ao passo que, na delegação, apenas a execução é transferida, permanecendo com o Estado a titularidade do serviço.

Para a doutrina majoritária, a outorga é conferida, somente, para pessoas jurídicas de direito público, como as autarquias ou fundações públicas de direito público, as quais se tornam titulares do serviço a elas transferido, executando essas atividades por sua conta e risco, sem, contudo, excluir o controle dos entes federativos. A outorga; também denominada de descentralização por serviço ou descentralização funcional, é feita sempre mediante edição de lei específica que cria essas entidades e a elas transfere a atividade pública. Deve ser ressaltado, contudo, que mesmo quando o estado transfere a titularidade do serviço, ele se mantém responsável pelos danos decorrentes da atividade, de forma subsidiária.

Por sua vez, a delegação é feita para particulares, mediante a celebração de contratos ou aos entes da Administração Indireta regidos pelo direito privado, tais como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que se tornam executoras do serviço, mantendo-se a titularidade de tais atividades nas mãos do ente delegante.

A delegação, chamada de descentralização por colaboração, pode ser efetivada por meio da edição de lei – no caso de entes da Administração Indireta de direito privado – ou mediante contratos de concessão e permissão de serviços públicos, quando a delegação é realizada a particulares, previamente existentes.

[...]

Por fim, a doutrina admite a chamada descentralização territorial ou geográfica que ocorre com entidade geograficamente delimitada, dotada de personalidade jurídica própria de direito público, com capacidade administrativa e possibilidade de execução das atividades estatais como um todo. Essa descentralização é típica dos estados unitários como a França

e a Itália, não sendo admitida no Brasil desde a proclamação da República. (capítulo 4, item 2.2, p. 167 e 168)

Corrente 2.1: entende que a descentralização por outorga é conferida apenas às pessoas jurídicas de direito público, e a descentralização por delegação pode ser feita apenas aos particulares

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

A descentralização funcional administrativa é a que se dá pela instituição legal de entes administrativamente autônomos, como o são as autarquias e fundações com personalidade de direito público, que exercitam uma parcela do poder público por direito próprio, conformando novas pessoas jurídicas de Direito Público, ostentando linhas hierárquicas próprias e distintas do ente central, do qual se abtoam. (capítulo VI, item 26.2, p. 205)

[...]

A descentralização por delegação resulta do cometimento aos particulares de determinadas funções de execução da administração pública, desde que não estejam reservadas ao Poder Público.

Se o delegante é o Poder Legislativo, a ele próprio caberá definir a medida da transferência de execução de funções administrativas, tendo como único limite a esta disposição legal a Constituição. **Se a administração pública for a delegante, essa transferência só poderá recair sobre atividades e sob os limites e condições previamente admitidos em lei. A delegação caracterizará todas as modalidades privadas da chamada execução indireta da administração pública, instituída sempre por um instrumento jurídico, que poderá ser a própria lei** (no caso das paraestatais, dos serviços sociais autônomos e de delegatários legais atípicos, como os conselhos profissionais), **o contrato** (no caso dos concessionários e dos delegatários por outras formas contratuais), **o ato administrativo complexo** (como no caso dos consórcios, dos convênios, dos acordos de programa e de outros pactos não contratuais) **ou o simples ato administrativo** (como no caso de alguns permissionários, dos autorizatários, em geral, ou dos delegatários por outras modalidades unilaterais atípicas). (capítulo VI, item 26.4, p. 205)

Corrente 2.2: diferencia apenas a descentralização por outorga (por serviços) da descentralização por delegação (por colaboração), admitindo a transferência de titularidade na descentralização por outorga, mas não entra na questão relacionada à possibilidade ou não de ser conferida apenas as pessoas jurídicas de direito público, além de não abordar se a descentralização por delegação pode ser feita apenas aos particulares ou se entes da Administração indireta também poderiam receber tal delegação

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

A descentralização pode ocorrer mediante outorga, também denominada descentralização por serviços, ou mediante delegação, também chamada descentralização por colaboração (alertamos que se trata de termos cunhados pela doutrina; alguns autores propõem outras expressões, tais como “delegação legal”, no lugar de “outorga”, e “delegação negocial”, em vez de simplesmente “delegação”).

A descentralização será efetivada mediante outorga quando o Estado cria uma entidade (pessoa jurídica) e a ela transfere determinado serviço público. A outorga pressupõe obrigatoriamente a edição de uma lei que institua a entidade, ou autorize a sua criação, e normalmente seu prazo é indeterminado.

[...]

A descentralização é efetivada mediante delegação quando o Estado transfere, por contrato (concessão ou permissão de serviços públicos) **ou ato unilateral** (autorização de serviços públicos), **unicamente a execução do serviço**, para que a pessoa delegada o preste à população, em seu próprio nome e por sua conta e risco, sob fiscalização do Estado.

A delegação por contrato é sempre efetivada por prazo determinado. Na delegação por ato administrativo (autorização de serviços públicos), **como regra, não há prazo certo**, em razão da precariedade típica do ato administrativo de autorização (possibilidade de revogação a qualquer tempo, em regra, sem indenização). **A concessão de serviço público só é possível para as pessoas jurídicas, ao passo que pode haver permissão e autorização de serviços públicos tanto para pessoas jurídicas quanto para pessoas físicas.**

Embora não haja consenso na doutrina, **perfilhamos a orientação segundo a qual, na descentralização por serviços, ocorre a transferência da titularidade do serviço público outorgado** – e não, como se verifica no caso da descentralização por colaboração, a mera execução dele. Isso porque a descentralização por serviços sempre envolve a edição de uma lei – a qual instituirá uma entidade administrativa, ou autorizará a sua instituição, e,

desde logo, enumerará as respectivas competências. (capítulo 2, item 4.2, p. 23 e 24)

Corrente 3: não diferencia a descentralização por serviços, funcional ou técnica, da descentralização por colaboração, mas afirma que a descentralização administrativa é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A necessária existência de uma estrutura administrativa em cada ente da Federação revela uma divisão vertical da Administração Pública brasileira (uma Administração de cada ente da Federação). Além dessa divisão vertical, cada estrutura administrativa federada possui também uma divisão horizontal (Administração Direta e entidades da Administração Indireta em cada esfera federativa). Temos, portanto, **uma descentralização territorial política, entre os entes da Federação; e, no nível interno de cada um desses entes, uma descentralização administrativa, criada ou autorizada por leis** (e não mais diretamente pela Constituição), **com a distribuição de algumas das funções constitucionais do ente federado para pessoas jurídicas dele distintas e por ele controladas e criadas especificamente para determinado fim** (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). **É com a descentralização político-territorial que nasce a Federação; e é com a descentralização administrativa que nasce a Administração Pública indireta.** (capítulo V, item V.2, p.227)

Temos, por outro lado, uma descentralização territorial política, entre os entes da Federação. **É a descentralização política, instituída diretamente pela Constituição da República**, que faz com que, partindo-se da República Federativa do Brasil, surjam a União Federal, os estados-membros e os municípios, todos com personalidades jurídicas distintas. E, já no nível de cada um destes entes, **há uma descentralização administrativa, feita por lei, com a atribuição de algumas das funções do ente federado a pessoas jurídicas por ele criadas para esse fim, pessoas essas que podem ser de Direito Público** – as autarquias – **ou de Direito Privado**: as fundações públicas propriamente ditas (não as fundações autárquicas), as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (capítulo V, item V.9, p.251)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Registrando somente a existência de controvérsias a respeito do sentido dos termos, será utilizado, nesta exposição, o significado conferido à descentralização administrativa por autores franceses e belgas, como Burdeau, Waline, Dembour, por exemplo. Nessa linha, **a descentralização administrativa significa a transferência de poderes de decisão em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria**. Tais entes realizam, em nome próprio, atividades que, em princípio, têm as mesmas características e os mesmos efeitos das atividades administrativas estatais. **A descentralização administrativa implica, assim, a transferência de atividade decisória e não meramente administrativa.**

[...]

No Brasil, **a descentralização administrativa realiza-se com os entes da Administração indireta**; quer dizer, **as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas** são produtos da descentralização administrativa. (capítulo 3, item 3.11, p. 51)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019 (AM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Conclusão

Modalidades de descentralização administrativa e tipo de pessoas jurídicas que se pode outorgar ou delegar

Corrente 1: descentralização por serviços, funcional ou técnica é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, já a descentralização por colaboração é apenas para as pessoas jurídicas de direito privado (MSZDP; IPN; DCJ; FM)

Corrente 1.1: descentralização por serviços, funcional ou técnica, é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, já a descentralização por colaboração é apenas para pessoas jurídicas de direito privado. Além disso, diferencia a descentralização por outorga da descentralização por delegação, com isso, afastando qualquer forma de transferência de titularidade (RCRO)

Corrente 1.2: afasta qualquer forma de transferência de titularidade, mas trata apenas da descentralização por delegação que pode ser por lei ou negocial. Entende que a descentralização que ocorre por lei pode ser feita à Administração indireta, sem fazer referência às pessoas jurídicas de direito público ou privado (JSCF)

Corrente 2: diferencia apenas a descentralização por outorga (por serviços) da descentralização por delegação (por colaboração), admitindo a transferência de titularidade na descentralização por outorga por entender que essa é conferida apenas às pessoas jurídicas de direito público, já a descentralização por delegação é feita para particulares ou entes da Administração indireta regidos pelo direito privado (MC)

Corrente 2.1: entende que a descentralização por outorga é conferida apenas às pessoas jurídicas de direito público, e a descentralização por delegação pode ser feita apenas aos particulares (DFMN)

Corrente 2.2: diferencia apenas a descentralização por outorga (por serviços) da descentralização por delegação (por colaboração), admitindo a transferência de titularidade na descentralização por outorga, mas não entra na questão relacionada à possibilidade ou não de ser conferida apenas as pessoas jurídicas de direito público, além de não abordar se a descentralização por delegação pode ser feita apenas aos particulares ou se entes da Administração indireta também poderiam receber tal delegação (MA e VP)

Corrente 3: não diferencia a descentralização por serviços, funcional ou técnica, da descentralização por colaboração, mas afirma que a descentralização administrativa é feita às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado (ASA; OM)

Não abordam (CABM; AM; MJF)

DIVERGÊNCIA 027 – Subjetividade/autonomia pública para instituir entidades na Administração indireta

Corrente 1: apesar de informar que cada ente da Administração indireta possui vocação específica, não afirma categoricamente que inexistente subjetividade/autonomia pública na escolha

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Foi assim que a especialização das funções tradicionais de Estado, principalmente na área de fiscalização de atividades econômicas, levou à criação em geral de autarquias (ex.: IBAMA); as funções sociais e de fomento passaram, muitas vezes, a ser desempenhadas por fundações públicas (ex.: FINEP); e a exploração de atividades econômicas ou de serviços públicos com conteúdo econômico coube, principalmente, às empresas públicas e às sociedades de economia mista (ex.: Petrobras). (capítulo V, item V.9, p. 252)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

As entidades da Administração Pública Indireta têm, normalmente, característica e finalidades próprias, razão pela qual é possível afirmar que cada uma delas tem uma vocação específica.

É possível asseverar, genericamente, que as autarquias exercem poder de autoridade, as estatais prestam serviços públicos econômicos ou desempenham atividades econômicas e as fundações públicas prestam atividades sociais. (capítulo 4, item 4.9, p. 162)

Não Abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Conclusão

Subjetividade/autonomia pública para instituir entidades na Administração indireta

Corrente 1: apesar de informar que cada ente da Administração indireta possui vocação específica, não afirma categoricamente que inexistente subjetividade/autonomia pública na escolha (ASA; RCRO)

Não abordam (CABM; MSZDP; MA e VP; DCJ; OM; FM; MC; JSCF; MJF; IPN; DFMN; AM)

DIVERGÊNCIA 028 – (Des)necessidade de lei para autorizar expressamente a delegação

Corrente 1: necessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência, sem se referir ao tipo de competência

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Em algumas circunstâncias, pode a norma autorizar que um agente transfira a outro, normalmente de plano hierárquico inferior, funções que originariamente lhe são atribuídas. **É o fenômeno da delegação de competência. Para que ocorra é mister que haja norma expressa autorizadora, normalmente de lei.** Na esfera federal, dispõe o art. 12 do Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967 (o estatuto da reforma administrativa federal), que é possível a prática da delegação de competência, mas seu parágrafo único ressalva que “o ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação”.

A lei pode, por outro lado, impedir que algumas funções sejam objeto de delegação. São as funções indelegáveis, que, se transferidas, acarretam a invalidade não só do ato de transferência, como dos praticados em virtude da indevida delegação. É o caso, por exemplo, da Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo na Administração Federal, pela qual é vedada a delegação quando se trata de atos de caráter normativo, de decisão de recurso administrativo ou quando as matérias são da competência exclusiva do órgão ou da autoridade.

[...]

Para evitar distorção no sistema regular dos atos administrativos, **é preciso não perder de vista que tanto a delegação como a avocação devem ser consideradas como figuras excepcionais, só justificáveis ante os pressupostos que a lei estabelecer.** Na verdade, é inegável reconhecer que ambas subtraem de agentes administrativos funções normais que lhes foram atribuídas. Por esse motivo, é inválida qualquer delegação ou avocação que, de alguma forma ou por via oblíqua, objetive a supressão das atribuições do círculo de competência dos administradores públicos. (capítulo 4, item III, subitem 1.5, p. 250, 251 e 252)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Com efeito, da leitura do texto legal, pode-se verificar que, não obstante a competência seja elemento do ato, irrenunciável pela autoridade competente, **é possível a sua delegação e avocação, nos moldes definidos em lei**, casos em que o agente público que não possuía competência originária, nos moldes da lei, passa a ter legitimidade para o exercício de determinadas atividades, temporariamente, em virtude desta atribuição.

Nesses termos, **não se deve confundir renúncia com delegação e avocação de competência, permitidas por lei, desde que de forma temporária e excepcional**, devendo ser justificadas de acordo com as disposições contidas na Lei 9784/99. (capítulo 5, item 4.1.1, p. 271)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

A delegação e a avocação de competência são possíveis quando legalmente autorizadas, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, tendo em vista que ambas subtraem de agentes administrativos funções normais que lhes foram atribuídas. Para fundamento desses institutos, encontram-se à disposição o art. 12 do Decreto-Lei n. 200/67, que dispõe sobre a Organização da Administração Pública na ordem federal, bem como a Lei n. 9.784/99, que disciplina o procedimento administrativo em seus arts. 11 e 15. (capítulo 6, item 3.1.1, p. 334)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O art. 11 da Lei nº 9.784/99 – LPA – determina que a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo nos casos de delegação e avocação. A competência é de exercício obrigatório, sendo irrenunciável pelo princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

Não é questão entregue à livre decisão do agente que titulariza competência o dever de atuar. O titular não pode, portanto, abrir mão da competência, isto é, ela é intransferível e imodificável pela vontade do agente. O que pode ser transferido é o exercício de certas atribuições, **nos casos de delegação e avocação legalmente admitidos**. (capítulo 4, item 4.9.1, p. 92-93)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Ao cabo do quanto se expôs sobre as competências públicas, podem ser referidas sucintamente, suas características, as quais são meras decorrências das averbações anteriores. As competências são:

[...]

c) **intransferíveis, vale dizer, não podem ser objeto de transação, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo, tão somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício**, sem que o delegante, portanto, perca, com isto, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado; (capítulo III, item I, p.149)

Nos termos da lei a competência se exerce pelos órgãos a que foi atribuída como própria, sendo irrenunciável, admitindo-se, contudo, tanto a **delegação parcial dela** como a possibilidade de avocação **nos casos legalmente admitidos** (arts. 11 e 12).

[...]

O fato, entretanto, é que tanto o tema da delegação quanto o da avocação estão tratados na lei de modo um tanto ambíguo. Com efeito, desde logo observa-se que, por força da redação do art. 11, **tem-se de depreender que ambas as figuras só podem ter lugar, como dito, nos casos legalmente admitidos**. Já no art. 12 está dito coisa diversa, isto é, que um órgão administrativo e seu titular poderão delegar parte de sua competência se não houver impedimento legal, o que é coisa muito distinta de só poder delegar havendo permissão legal. Quanto à avocação, no art. 15 prevê-se que, em caráter excepcional e por motivos relevantes, poderá ser temporariamente avocada a competência do órgão hierarquicamente inferior. Ora, se em relação a ela só foi mencionada sua possibilidade nos casos admitidos em lei, perde sentido a menção ao “caráter excepcional e por motivos relevantes”, pois esta seria questão já resolvida em nível legal. (capítulo VIII, item X, p.525)

Corrente 2: necessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência privativa

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A hierarquia, quando existente em sua plenitude, compreende os seguintes poderes do superior hierárquico:

[...]

Poder de delegar e de avocar competências, nos termos da lei. Considerando a importância e a abrangência desses poderes, que possuem

inclusive regulamentação legal específica, dedicaremos especial atenção a eles.

A delegação é a transferência de atribuições para agente subordinado. **O ato de delegação deve delimitar claramente seu objeto e estar previamente autorizado por norma jurídica.** Caso não haja indicação de prazo, a delegação vale até sua revogação. Nos arts. 6º, IV, 11 e 12 do Dec.-Lei n. 200/67, a “delegação de competência” é prevista como um dos princípios da Administração Pública federal, como um instrumento da desconcentração (chamada equivocadamente de descentralização pelo Dec.-Lei n. 200).

[...]

Se norma jurídica confere competência específica a uma determinada autoridade administrativa – a chamada competência privativa –, ela não pode ser delegada, salvo autorização de norma de mesma hierarquia. Por isso, são as atribuições genéricas que, em regra, são delegáveis. Assim, por exemplo, quando a Lei Geral das Telecomunicações (Lei n. 9.472/97) estabelece que compete ao Conselho Diretor da ANATEL aprovar o regimento interno da entidade (art. 22, X), essa competência não pode ser delegada a outra unidade da agência. Tal proibição, aliás, consta expressamente do art. 13, III, da Lei federal n. 9.784/99, que veda as delegações de atos “de competência exclusiva do órgão ou da autoridade”. (capítulo V, item V.4.1, p.231 a 234)

Corrente 3: necessidade de lei que autorize a delegação de competência, admitindo previsão implícita

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Em qualquer hipótese, porém, o importante a ser frisado no estudo da competência é sempre a sua estrita e necessária vinculação positiva. Não só a competência deriva apenas da Constituição e da lei, como, exclusivamente delas decorrem todos os atos que digam respeito à sua modificação, transferência, suspensão ou cessação.

De estrita legalidade são, portanto, suas imanentes intransferibilidade e improrrogabilidade, **embora a delegabilidade e a avocabilidade possam receber previsão implícita no ordenamento jurídico, em decorrência da própria disposição funcional hierárquica dos agentes; mas, ainda assim, ambas resultarão, inequivocamente, da ordem jurídica positiva, pois, uma vez que nela estiverem implícitas, consideram-se expressas. Fora, porém, os casos de delegação e de avocação hierárquicos, legalmente estabelecidos, a delegação só pode ser explícita.** Daí por que o art. 13 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, expressamente, interdita a delegabilidade de certos atos administrativos, a exemplo da edição de atos

normativos, da decisão de recursos administrativos e das matérias de competência exclusiva de órgão ou de autoridade. (capítulo VII, item 32.1, p. 224)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201 (MJF)

A ausência de exercício de uma competência não importa sua transferência para outrem, a não ser quando a lei assim o determinar. A lei pode estabelecer regras específicas no tocante à competência, limitando o modo de atuação do agente ou condicionando sua atuação a certos eventos.

A natureza da competência poderá autorizar a delegação de seu exercício para outros sujeitos. **Essa delegação dependerá de lei, ainda que possa ser autorizada de modo implícito. Assim se passa porque a atribuição de competência se faz por meio de lei logo, somente a lei poderá autorizar a sua delegação.** O tema recebeu disciplina nos arts. 11 a 14 da Lei 9.784/1999. (capítulo 7, item 7.9.2.1.4, p. 182)

Corrente 4: desnecessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência, sem se referir ao tipo de competência e ressalvando os casos de expressa vedação legal

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A competência administrativa possui as seguintes características:

[...]

g) **delegabilidade: em regra, a competência administrativa pode ser transferida temporariamente mediante delegação ou avocação.** Porém, são **indelegáveis: competências exclusivas**, a edição de atos normativos e a decisão de recursos (art. 13 da Lei n. 9.784/99). (capítulo 4, item 4.11.1)

Por fim, **cabe destacar que a regra é a delegabilidade da competência.**

Porém, a própria legislação assevera que três competências administrativas são indelegáveis:

a) a edição de ato de caráter normativo: isso porque os atos normativos inerentes às funções de comando dos órgãos públicos baixam regras gerais válidas para todo o quadro de agentes. Sua natureza é incompatível com a possibilidade de delegação;

b) a decisão em recursos administrativos: a impossibilidade de delegação, nessa hipótese, é justificada para preservar a garantia do duplo grau, impedindo que a mesma autoridade que praticou a decisão recorrida receba, por delegação, a competência para analisar o recurso;

c) as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade: são casos em que a própria natureza da matéria recomenda o exercício da competência somente pelo órgão habilitado diretamente pela legislação. (capítulo 5, item 5.9.1, p. 501, 621-622)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. Ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Sobre delegação de competências e avocação, é importante conhecer o que dispõem os arts. 11 a 15 da Lei 9. 784/1999. Embora essa lei, a rigor, seja endereçada apenas à esfera federal, ela incorporou boa parte daquilo que, há muito, estava sedimentado na doutrina pátria, e mesmo em nossa jurisprudência. Por essa razão, é acertado afirmar que, como regra, os demais entes federados observam normas similares às vazadas na Lei 9. 784/1999. Os seguintes aspectos concernentes à delegação de competências merecem destaque:

a) a regra geral é a possibilidade de delegação; esta só não é admitida se houver impedimento legal;

b) a delegação pode ser feita para órgãos ou agentes subordinados, mas ela também é possível mesmo que não exista subordinação hierárquica;

c) a delegação deve ser de apenas parte das competências do órgão ou agente, e não de todas as suas atribuições;

d) a delegação deve ser feita por prazo determinado;

e) a delegação de determinada competência não afasta a possibilidade de seu exercício pela autoridade delegante, vale dizer, esta permanece apta a exercer, concorrentemente com o agente que recebeu a delegação, as atribuições que a ele delegou;

f) o ato de delegação pode conter ressalva de exercício da atribuição delegada, isto é, o exercício da atribuição pode não ser conferido em sua plenitude ao agente delegado, e sim com restrições ou ressalvas. Por exemplo, o delegante, se assim entender conveniente, pode enumerar casos ou circunstâncias em que o agente delegado necessite receber dele uma autorização prévia específica para exercer a atribuição delegada, ou mesmo enumerar situações ou hipóteses em que fique vedado o exercício da atribuição pelo delegado;

g) o ato de delegação é discricionário e revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante;

h) o ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial;

i) o ato praticado por delegação deve mencionar expressamente esse fato e é considerado adotado pelo delegado, ou seja, quem responde pelo ato é o agente que efetivamente o praticou (embora por delegação). (capítulo 8, item 6.1.1, p. 481-482)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Só que, nessas hipóteses, aplicam-se os efeitos referidos por Alessi, ou seja, a competência, com valor e conteúdo propriamente jurídicos, só existe com relação aos órgãos criados e estruturados por lei; com relação aos demais, a competência terá valor meramente administrativo. Em consequência, somente se pode falar em incompetência propriamente dita (como vício do ato administrativo), no caso em que haja sido infringida a competência definida em lei.

Aplicam-se à competência as seguintes regras :

1. decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;
2. é inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;
3. **pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.**

[...]

As características da inderrogabilidade e da possibilidade de delegação e avocação, já amplamente aceitas pela doutrina, constam hoje de norma expressa do direito positivo. A Lei nº 9. 784/99 determina, no artigo 11, que “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

Embora o dispositivo dê a impressão de que a delegação somente é possível quando a lei permita, na realidade, o poder de delegar é inerente à organização hierárquica que caracteriza a Administração Pública, conforme visto no item 3.4.3. A regra é a possibilidade de delegação; a exceção é a impossibilidade, que só ocorre quando se trate de competência outorgada com exclusividade a determinado órgão. Essa ideia está presente no artigo 12 da mesma lei, segundo o qual “um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial”. Pelo parágrafo único, o dispositivo é aplicável também à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes. (capítulo 7, item 7.7.1, p. 477 e 478)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

A delegação de superior hierárquico para escalões inferiores encontra limites na lei, ou seja, se houver lei proibindo delegação, ou se houver lei fixando a competência exclusiva de órgãos superiores e de órgãos inferiores, a delegação fica vedada.

O Dec.-Lei nº 200/67 inclui a delegação de competência entre os preceitos fundamentais da Administração Federal (art. 6º, IV) e traz alguns dispositivos sobre a matéria (arts. 11 e 12). (capítulo 3, item 3.10.1, p. 50)

Inexistindo impedimento legal, o agente poderá transferir atribuições a outros agentes (delegação de competência) ou chamar a si atribuições de outros agentes (avocação). Sobre delegação e avocação ver item 3.10 do Capítulo 3. (p.135, capítulo 8, item 8.3.2)

Ao cuidar da delegação de competência, a lei a possibilita, se não houver impedimento legal, quando for conveniente, não podendo ser objeto de delegação o seguinte: edição de atos de caráter normativo; decisão de recurso administrativo; matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade (arts. 11 e 13). (p.171, capítulo 9, item 9.10)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Segundo magistério de Di Pietro, aplicam-se à competência as seguintes regras:

- Decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;
- É inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros. Isso porque a competência é conferida em benefício do interesse público;
- **Pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.** (p.111, capítulo III, item 6.1)

Com a delegação, se transferem competências. Os agentes podem transferir funções, conferindo a outros agentes do mesmo Poder atribuições que originariamente competiam ao delegante. A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disciplinou a delegação de competências entre os órgãos da Administração, inclusive entre órgãos de mesma hierarquia funcional.

Segundo o art. 12, **um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares**, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole

técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Todavia, dispõe o art. 13 da mencionada lei que não podem ser objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo, a decisão de recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. (capítulo II, item 3.3, p.77 e 78)

Corrente 5: desnecessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência não privativa, salvo os casos de expressa vedação legal

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Vale destacar que, na doutrina, existe controvérsia quanto à necessidade de lei para autorizar expressamente a delegação e a avocação de competência, sendo possível mencionar dois entendimentos sobre o tema:

1.º entendimento: alguns autores sustentam que a regra é a impossibilidade de modificação de competência, que somente pode ser efetivada nas hipóteses taxativamente previstas pelo legislador. Nesse sentido: Regis Fernandes de Oliveira, Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho.

2.º entendimento: outra parcela da doutrina **defende a viabilidade, em regra, da modificação de competências não privativas, salvo os casos de expressa vedação legal**. Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar e Lucas Rocha Furtado.

Entendemos que a segunda orientação é mais adequada, pois a delegação e a avocação de competências não privativas decorrem do próprio escalonamento hierárquico da Administração. Nesse sentido, a autoridade administrativa pode delegar suas funções não privativas para outrem ou avocar para si competências de seus subordinados com o objetivo de otimizar e agilizar o atendimento das finalidades públicas. (capítulo 15, item 15.9.1.1, p. 513-514)

Conclusão

(Des)necessidade de lei para autorizar expressamente a delegação

Corrente 1: necessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência, sem se referir ao tipo de competência (JSCF; MC; FM; IPN; CABM)

Corrente 2: necessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência privativa (ASA)

Corrente 3: necessidade de lei que autorize a delegação de competência, admitindo previsão implícita (DFMN; MJF)

Corrente 4: desnecessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência, sem se referir ao tipo de competência e ressalvando os casos de expressa vedação legal (AM; MA e VP; MSZDP; OM; DCJ)

Corrente 5: desnecessidade de lei que expressamente autorize a delegação de competência não privativa, salvo os casos de expressa vedação legal (RCRO)

DIVERGÊNCIA 029 – Renúncia ou não da competência do delegante

Corrente 1: delegação não implica em renúncia da competência do delegante, este continua competente cumulativamente com a autoridade delegada

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Observe-se, todavia, que **o ato de delegação não retira a competência da autoridade delegante, que continua competente cumulativamente com a autoridade delegada**, conforme bem assinala MARCELO CAETANO. (capítulo 4, item III, subitem 1.5, p. 251)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A delegação é em princípio inerente à hierarquia. Onde não há qualquer hierarquia, como, por exemplo, no exercício das funções jurisdicionais pelo Judiciário, não é possível a delegação: um desembargador não pode delegar sua atribuição de conhecer e julgar recursos em favor de um juiz de primeira instância. Como emana do poder hierárquico, a assunção do exercício das competências delegadas não pode ser recusada pelo subordinado delegatário. A delegação pode ser revista a qualquer tempo, **e a autoridade delegante não perde a competência de, ela própria, também exercer a competência delegada, que não é suspensa pela delegação** (art. 2º, parágrafo único, Decreto n. 83.937/79). (capítulo V, item V.4.1, p.233)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Como consequência lógica dessa definição, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello enumera as seguintes características da competência:

[...]

b) é irrenunciável. Não obstante, o exercício da competência (e não a sua titularidade) pode ser parcial e temporariamente delegado, desde que atendidos os requisitos legais. **A delegação, de toda sorte, não implica renúncia à competência pela autoridade delegante, que permanece apta a exercer a função que delegou, concorrentemente com o agente que recebeu a delegação**. Ademais, a autoridade delegante poder revogar a delegação a qualquer tempo;

c) é intransferível. Valem, aqui, as mesmas observações feitas acima. Acerca da delegação. **A delegação não transfere a titularidade da competência, mas, tão somente, em caráter temporário, o exercício de parte das atribuições do agente delegante, o qual permanece apto a exercê-las, concomitantemente com o agente delegado, além de poder revogar a delegação a qualquer tempo;** (capítulo 8, item 6.1, p.535)

Os seguintes aspectos concernentes à delegação de competências merecem destaque:

[...]

e) **a delegação de determinada competência não afasta a possibilidade de seu exercício pela autoridade delegante, vale dizer, esta permanece apta a exercer, concorrentemente com o agente que recebeu a delegação, as atribuições que a ele delegou;** (capítulo 8, item 6.1.1, p. 481)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Ao cabo do quanto se expôs sobre as competências públicas, podem ser referidas, sucintamente, suas características, as quais são meras decorrências das averbações anteriores. **As competências são:**

[...]

c) **intransferíveis**, vale dizer, não podem ser objeto de transação, de tal sorte que **descaberia repassá-las a outrem**, cabendo, tão somente, nos casos previstos em lei, **delegação de seu exercício, sem que o delegante, portanto, perca, com isto, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado;** (capítulo III, item I, p.149)

e) **a delegação de determinada competência não afasta a possibilidade de seu exercício pela autoridade delegante, vale dizer, esta permanece apta a exercer, concorrentemente com o agente que recebeu a delegação, as atribuições que a ele delegou;** (capítulo III, item I, p.149)

Nos termos da lei a competência se exerce pelos órgãos a que foi atribuída como própria, sendo irrenunciável, admitindo-se, contudo, tanto a **delegação parcial dela** como a possibilidade de avocação nos casos legalmente admitidos (arts. 11 e 12). (capítulo VIII, item X, p. 525)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Ressalte-se, também, que **o ato de delegação não retira a competência da autoridade delegante que continua competente cumulativamente com a autoridade delegada**. Tal transferência também é passível de revogação a qualquer tempo, devendo também ser o ato publicado no órgão oficial. (capítulo 6, item 3.1.1, p. 334)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Note que a delegação é ato temporário, pode ser revogada a qualquer tempo e **não implica renúncia de competência**. Salvo disposição em contrário, como regra geral, presume-se a cláusula de reserva, ou seja, o agente delegante não transfere a competência, mas apenas a amplia, mantendo-se competente após a delegação juntamente com o agente delegado, ou seja, o agente delegante se reserva na competência delegada. (capítulo 5, item 4.1.1, p. 272)

Corrente 2: delegação implica em renúncia da competência do delegante, a delegação suspende a competência da autoridade delegante

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O ato de delegação, de acordo com o art. 14 da Lei 9.784/1999, deve observar os seguintes parâmetros legais:

[...]

c) os atos praticados, durante a vigência da delegação, são de responsabilidade do delegatário (Súmula 510 do STF), tendo em vista que **a delegação suspende a competência da autoridade delegante, durante sua vigência, não havendo exercício cumulativo ou concorrente de competência, ressalvado o direito de revogação da delegação a qualquer momento pelo delegante**. A subdelegação, por sua vez, depende necessariamente de consentimento da autoridade delegante. (capítulo 15, item 15.9.1.1, p. 515)

Corrente 3: depende, se for delegação de superior para subordinado, a autoridade delegante mantém o poder de exercer as atribuições delegadas, já se a delegação for legal, suspende-se a competência da autoridade delegante

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Numa estrutura hierarquizada e tratando-se de delegação de superior para subordinado, a autoridade delegante mantém o poder de dar instruções e o poder de controle sobre os atos do delegado. Em princípio, mesmo tendo transferido certas atribuições ao delegado, a autoridade

delegante pode exercê-las. Esta tem a faculdade de revogar a delegação a qualquer tempo, pela mesma forma com que a editou.

[...]

O termo “delegação” nem sempre é utilizado, no ordenamento pátrio, com o sentido acima exposto, em que a transferência de atribuições ocorre de superior hierárquico para escalões inferiores, na mesma estrutura. Menciona-se o termo para a transferência de competências a entidades da Administração indireta, efetuada mediante a lei que as institui. Também para a transferência da execução de serviços públicos objeto de concessão, permissão e autorização. E, ainda, quando se criam ordens profissionais (OAB, CREA, CRM etc.) e se atribuem a estas as atividades relativas à fiscalização do exercício profissional em suas respectivas áreas. O Dec.-Lei nº 200/67 refere-se à execução de programas federais delegada, mediante convênio, a órgãos estaduais e municipais (art. 10, §5º). **Havendo delegação de competências por lei, somente outra lei terá o condão de devolvê-las ao detentor originário da competência, que, assim, ficará impedido de exercê-las concomitantemente ao delegado.** (capítulo 3, item 3.10.1, p. 50)

Não abordam

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021(AM)

Conclusão

Renúncia ou não da competência do delegante

Corrente 1: delegação não implica em renúncia da competência do delegante, este continua competente cumulativamente com a autoridade delegada (JSCF; ASA; MA e VP; CABM; FM; MC)

Corrente 2: delegação implica em renúncia da competência do delegante, a delegação suspende a competência da autoridade delegante (RCRO)

Corrente 3: depende, se for delegação de superior para subordinado, a autoridade delegante mantém o poder de exercer as atribuições delegadas, já se a delegação for legal, suspende-se a competência da autoridade delegante (OM)

Não abordam (MSZDP; MJF; DFMN; DCJ; IPN; AM)

DIVERGÊNCIA 030 – Consórcios públicos de direito público (associações públicas) e de direito privado como integrantes da Administração indireta

Corrente 1: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como nova espécie de entidade da Administração indireta e consórcio público de direito privado como entidades integrantes da Administração indireta

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Hoje também compõem a **Administração Indireta os consórcios públicos** disciplinados pela Lei nº 11.107, de 6-4-05 (v. item 10.10). (capítulo 2, item 2.6, p. 200)

Compõem a **Administração Indireta**, no direito positivo brasileiro, as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as subsidiárias dessas empresas e os **consórcios públicos**. Tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com participação acionária do Estado. Dessas entidades, a autarquia é pessoa jurídica de direito público; a fundação e o **consórcio público podem ser de direito público ou privado**, dependendo do regime que lhes for atribuído pela lei instituidora; as demais são pessoas jurídicas de direito privado. Importa, portanto, em primeiro lugar, apontar a diferença que existe, quanto ao regime jurídico, entre as pessoas de direito público e as de direito privado. (capítulo 10, item 10.2.1, p. 963)

Do exposto decorre que o chamado **consórcio público** passa a constituir-se em **nova espécie de entidade da Administração Indireta de todos os entes federados que dele participarem. Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado**. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica administrativa para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada. **Todos os entes criados pelo Poder Público para o desempenho de funções administrativas do Estado têm que integrar a Administração Pública Direta (se o ente for instituído como órgão sem personalidade jurídica) ou Indireta (se for instituído com personalidade jurídica própria)**. Até porque o desempenho dessas atividades dar-se-á por meio de descentralização de atividades administrativas, inserida na modalidade de descentralização por serviços (v. item 10.1.3.2). (capítulo 10, item 10.10.2, p. 1092)

7. Lei nº 11.107, de 6-4-05: previsão dos **consórcios públicos, com personalidade de direito público (associações públicas, previstas no art. 41, IV, do CC) ou de direito privado; integram a administração indireta.**
8. A expressão administração indireta na CF: sentido subjetivo: conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas ou autorizadas por lei, para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja como serviço público, seja a título de intervenção no domínio econômico.
9. Regime jurídico das entidades da **administração indireta** – pessoas jurídicas de direito público: autarquias, fundações de direito público e **consórcios públicos com personalidade de direito público** (associações públicas); – pessoas jurídicas de direito privado: empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, fundações de direito privado e os **consórcios públicos de direito privado**. (capítulo 10, item 10.11, p. 1113-1114)

Corrente 2: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como nova espécie de entidade da Administração indireta e consórcio público de direito privado estando fora da Administração indireta

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A maior novidade do regime estabelecido pela Lei n. 11.107/2005 é a personificação (“pejotização”) dos consórcios. **As entidades consorciadas podem optar entre duas naturezas distintas** para a sociedade de propósito específico criada após a celebração do contrato (art. 6º):

a) **consórcio com natureza de direito privado sem fins econômicos: basicamente submete-se às regras da legislação civil**, mas tem que seguir a legislação administrativa quanto à licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal sob regime celetista. **Os consórcios de direito privado não integram a Administração;**

b) **associação pública: se as entidades consorciadas optarem por conferir natureza jurídica de direito público, a nova pessoa jurídica recebe a denominação de associação pública.** De acordo com a regra prevista no art. 6º da Lei n. 11.107/2005, a associação pública integra a Administração Pública Indireta de todos os entes consorciados. Essa estranha característica inaugura no Brasil a figura da entidade transfederativa porque a associação pública poderá ser ao mesmo tempo federal, estadual e municipal, integrando todas as esferas federativas das pessoas consorciadas.

A novidade certamente implica diversas dificuldades práticas a respeito da legislação aplicável às associações pertencentes a mais de uma esfera federativa. Parece razoável concluir que se aplica à associação a legislação do âmbito federativo da entidade consorciada geograficamente mais extensa.

Assim, por exemplo, se a União participa do consórcio, então a legislação aplicável será a federal quanto ao regime de contratação, procedimento licitatório, sistemas de controle etc.

É certo que as **associações públicas são pessoas jurídicas de direito público interno pertencentes à Administração Pública Indireta**. Nesse sentido, prescreve o art. 41, IV, do Código Civil: “São pessoas jurídicas de direito público interno: (...) IV – as autarquias, inclusive as associações”. **Predomina o entendimento de que as associações públicas são uma nova categoria de pessoas da Administração Indireta**. José dos Santos Carvalho Filho, em posição minoritária, considera que é uma espécie de autarquia. (capítulo 3, item 3.8.5, p. 379 e 380)

Corrente 3: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado estando fora da Administração indireta

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Em virtude de sua especificidade, gerando a associação de vários entes públicos, **o consórcio público, quando assumir a forma de associação pública, caso em que terá personalidade jurídica de direito público, integrará a Administração Indireta das pessoas federativas consorciadas (art. 6º, § 1º)**. A contrario sensu, **caso se institua como pessoa jurídica de direito privado, estará fora da administração descentralizada, não sendo, assim, considerada pessoa administrativa**. Não obstante, trata-se da prestação de serviço público de forma descentralizada por pessoa jurídica formada exclusivamente por pessoas da federação e, desse modo, a entidade, pelo sistema vigente, não pode deixar de integrar a Administração Indireta. Pensamos, pois, que, **seja de direito público ou de direito privado, a entidade representativa do consórcio público se incluirá na administração descentralizada dos entes federativos consorciados**. (capítulo 5, item XIX, p. 443 e)

No que concerne às associações públicas, a Lei nº 11.107/2005, para assim 287ualifica-las, incumbiu-se de alterar o art. 41, do Código Civil, que enumera as pessoas jurídicas de direito público interno. No inciso IV, onde constava apenas “autarquias”, passou a constar “autarquias, inclusive as associações públicas”. Tal modificação, todavia, pode causar alguma dúvida no espírito do intérprete. O termo autarquia pode assumir dois sentidos: em sentido estrito, corresponde a uma determinada categoria de pessoa jurídica de direito público, integrante da administração indireta do Estado; em sentido lato, indica qualquer pessoa jurídica que tenha certa autonomia administrativa, financeira e operacional. Como constou da alteração, não é

muito fácil concluir se as associações públicas se incluem na categoria de autarquia em sentido estrito, ou se são elas uma nova modalidade de pessoa jurídica que, como as autarquias, têm personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e financeira. A primeira interpretação se nos afigura mais condizente com o texto: **as associações públicas, assim como certas fundações, incluem-se no gênero autarquia, assim considerada como modalidade específica de pessoa jurídica de direito público.** (p. 444).

Corrente 4: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como integrantes da Administração indireta

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Segundo o art. 6º da lei, **o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público (e natureza autárquica)**, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; **e personalidade jurídica de direito privado, sem fins econômicos, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.** Diz mais a lei que **o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.** No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Nada fala a lei a respeito da integração do consórcio público com personalidade jurídica de direito privado à administração indireta dos entes da Federação consorciados. **Em que pese a omissão da lei, é inegável que o consórcio público instituído sob a forma de pessoa jurídica de direito privado também integra a administração indireta dos entes da Federação consorciados, uma vez que, como são tais entidades criadas pelo Estado, devem compor a sua organização administrativa. Assim, como são entidades dotadas de personalidade jurídica, elas integrarão a administração indireta das pessoas federadas consorciadas.** (capítulo IV, item 4.6.1, p. 179)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Se os **consórcios públicos forem de direito público, chamados pela Lei de associações públicas, serão autarquias plurifederativas.** É usual que toda

entidade da Administração Indireta que possuir personalidade jurídica de direito público seja considerada uma espécie de autarquia, como as chamadas autarquias corporativas e as fundações autárquicas.

Se for atribuída ao consórcio público personalidade jurídica de direito privado, poderá assumir qualquer forma associativa admitida na legislação civil para entidades sem fins econômicos, constituindo entidades privadas plurifederativas, integrantes da Administração Indireta de mais um ente da Federação.

Os consórcios, em quaisquer de suas espécies, integram concomitantemente a Administração Indireta de mais de um ente da Federação, que podem lhes conferir competências para a regulação ou prestação de atividades administrativas em geral. (capítulo V, item V.10.5, p. 284)

Corrente 5: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado com regime semelhante ao da Administração indireta

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

As associações públicas decorrem da edição da lei 11.107/05 que criaram os chamados consórcios públicos. A lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e estabelece que a nova entidade criada, ou seja, o **consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. É importante entender que a estrutura federativa do estado brasileiro não admitiria a criação de uma nova pessoa da Administração Indireta, diversa das entidades apontadas no art. 37, XIX da Constituição Federal e, por esse, motivo, a associação pública terá natureza jurídica de entidade autárquica.**

Assim, quando o consórcio público for formalizado com personalidade jurídica de direito público, será parte integrante da administração indireta de cada um dos entes federativos consorciados e terá qualificação jurídica de autarquia. Nesse sentido, o art. 41 do Código Civil estabelece que:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

[...]

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas.

Desse modo, **todas as regras aplicáveis às autarquias, que serão analisadas em tópico específico, se espelham para as associações públicas** que, da mesma forma, gozam de privilégios processuais e tributários e se submetem a todas as restrições impostas à Administração, em virtude da indisponibilidade do interesse público.

Por sua vez, não obstante as críticas doutrinárias, **os consórcios públicos podem ter personalidade jurídica de direito privado, quando então terão regime semelhante ao das entidades da administração indireta de direito privado, sem gozar das prerrogativas estatais, mas devendo suportar as restrições decorrentes dos princípios inerentes à atuação administrativa.** (capítulo 4, item 4.1, p. 176)

Corrente 6: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e não faz referência à natureza dos consórcios públicos de direito privado

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

As autarquias consorciais são modalidades introduzidas pela Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005 (art. 6.º, I e seu § 1.º), como **consórcios públicos personalizados, que se constituem, pela própria dicção legal, como associações públicas, contratadas pelos entes da federação que se associarem (art. 2.º, caput) para a realização de objetivos de interesse comum. A mesma Lei instituiu, paralelamente, a modalidade privada de consórcios públicos, com sua constituição regida pela legislação civil (art. 6.º, II e seu § 2.º)** (capítulo XI, item 73.2.6, p. 367)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O Decreto nº 6.017/2007, que regulamentou a Lei de Consórcios, traz no inciso I do art. 2º **definição esclarecedora de consórcio público:** pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, **constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.** (capítulo 10, item 10.5.5.1, p. 279)

A Lei dos Consórcios Públicos (Lei nº 11.107), de 2005, conforme visto, lhes atribuiu personalidade jurídica. O § 1º do art. 1º da lei determina que o **consórcio público constituirá: associação pública; ou pessoa jurídica de direito privado.**

Quando constitui associação pública sua personalidade jurídica será de direito público, sendo exigida pelo art. 6º, I, da lei a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções. Determina também o § 1º do art. 6º que o **consórcio público com personalidade jurídica de direito público**

integra a Administração Indireta de todos os entes da Federação associados.

Trata-se, em verdade, de **autarquia multifederada**, ou seja, de pessoa jurídica de direito público que integra mais de um ente da federação, porquanto a própria Lei nº 11.107/2005 alterou o art. 41, IV, do Código Civil, acrescentando no rol de pessoas jurídicas de direito público interno, no lugar de simplesmente autarquias, as “autarquias, inclusive associações públicas”, e o art. 2º do Decreto nº 6.017/2007 explicitou, na definição contida no inciso I, a “**natureza autárquica**” da associação pública.

A Lei de Consórcios confere prerrogativas aos consórcios estruturados na forma de associações públicas, que poderão, por exemplo: “promover desapropriações e instituir servidões nos termos da declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público” (art. 2º, § 1º, II).

Quando o **consórcio tiver personalidade jurídica de direito privado, deverá atender aos requisitos da legislação civil**, sendo necessária, nos moldes do art. 45 do Código Civil, para que comece sua existência legal, a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. (capítulo 10, item 10.5.5.3, p. 279 e 280)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

[...] Os consórcios públicos resultam da associação dos entes federativos e se destinam a promover a satisfação dos interesses comuns. Essas figuras integram a Administração Pública, tal como adiante será mais bem examinado. **Embora o consórcio público não seja um ente federativo**, é um sujeito de direito e, como tal, pode ser titular de direitos e obrigações oponíveis aos entes federativos consorciados, inclusive deles recebendo a titularidade do exercício de algumas competências de natureza administrativa. (p. 29)

O consórcio público com personalidade jurídica de direito público consiste numa associação pública entre políticos diversos, constituída a partir de autorizações legislativas, investida na titularidade de atribuições e poderes públicos para relações de cooperação federativa, tendo por objeto o desenvolvimento de atividades permanentes e contínuas. (p. 118)

Não havia, até a edição da Lei 11.107/2005, fundamento normativo para a existência de pessoas jurídicas de direito público de natureza associativa, formadas como instrumento de atuação administrativa de diferentes entes federativos.

Por outro lado, a referência contida no Dec. 6.017/2007 à natureza autárquica do consórcio público deve ser tomada com reservas. O consórcio público com personalidade jurídica de direito público encontra-se em situação jurídica similar à de uma autarquia, já que não

é uma pessoa política. Mas isso não pode significar que existiria uma figura exatamente idêntica àquela até então praticado no Brasil. (p. 118)
O consórcio público integrará a Administração Indireta de todos os entes consorciados. (p. 119)

Os consórcios públicos podem, segundo a Lei 11.107/2005, receber personalidade de direito privado. Em tal hipótese, muitas das características acima apontadas, a propósito dos consórcios com personalidade de direito público, não serão aplicáveis. Todos os poderes autoritativos cuja atribuição se faz em vista da existência de uma manifestação propriamente estatal não podem ser conferidos ao consórcio com personalidade jurídica de direito privado.

[...]

A criação de pessoas de direito privado, sem fins econômicos, tendo por sócios entes da federação, é diversa e bastante interessante. O ente criado se assemelhará às figuras geradas no âmbito dos particulares. Trata-se das chamadas associações civis sem fins lucrativos ou associações privadas, que são produto de uma longa tradição privatista. Com os consórcios públicos sob regime privado, passa-se a admitir a instauração de associações formadas pro entes federativos. (p. 132)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Por derradeiro, julgamos oportuno pontuar que os **consórcios públicos**, disciplinados pela Lei 11.107/2005, **não podem ser considerados uma quinta categoria de entidades formalmente integrantes da administração indireta brasileira. Com efeito, esses consórcios públicos adquirem personalidade jurídica, que poderá ser de direito público ou de direito privado. No primeiro caso, eles serão autarquias, sob a forma de "associações públicas"; sendo autarquias, não são, por óbvio, uma quinta espécie de entidade. Na segunda hipótese, depreende-se dos termos da Lei 11.107/2005 que o consórcio público não integrará formalmente a administração pública. (capítulo 2, item 4.3, p. 28)**

Conforme acima apontado, a Lei 11.107/2005 foi regulamentada pelo Decreto 6.017/2007, que teve o mérito de esclarecer, razoavelmente, muitos pontos obscuros do texto legal.

O decreto define "**consórcio público**" como "pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, **constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos**". Pela definição fica claro, desde logo, que é possível a existência de um consórcio público que não tenha finalidade de realizar gestão associada de serviços

públicos. Pode o consórcio público ter por objeto qualquer outra relação de cooperação federativa que não seja, obrigatoriamente, a gestão associada de serviços públicos. (capítulo 2, item 4.7.4, p. 123)

Conforme anteriormente aludido, o **consórcio público poderá ser pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos, ou pessoa jurídica de direito público, assumindo, nesta última hipótese, a forma de associação pública** (art. 1.0, § 1.0, e art. 4.0, IV).

A Lei 11.107/2005 alterou o art. 41, IV, do Código Civil para incluir expressamente entre as pessoas jurídicas de direito público interno as associações públicas. Mais importante, a nova redação desse dispositivo do Código Civil explicita que as **associações públicas são autarquias**.

Os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público integram a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 6.0, § 1.0). A doutrina os classifica, por essa razão, como autarquias interfederativas ou multifederadas (ou, ainda, multifederativas).

Quando o consórcio público for pessoa jurídica de direito privado, assumirá a forma de associação civil, e sua constituição deve ser efetivada conforme a legislação civil, isto é, a aquisição da personalidade ocorrerá com a inscrição dos atos constitutivos no registro público competente (registro civil das pessoas jurídicas) (capítulo 2, item 4.7.4, p. 129).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Dependendo da forma como se organizarem, **os consórcios terão personalidade jurídica de Direito Privado (o que é autêntica aberração) sem fins econômicos ou de Direito Público (art. 1º, § 1º, e art. 6º), sendo que nesta última hipótese farão parte da Administração indireta de todos os consorciados (art. 6º, § 1º)**. Mesmo quando constituído sob forma de Direito Privado, o consórcio público observará as normas de Direito Público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (art. 6º, § 2º). **Não é difícil perceber que quando tiverem personalidade de Direito Público serão autarquias intergovernamentais e quando tiverem personalidade de Direito Privado serão empresas públicas; portanto, ainda que a lei não o diga, neste caso também farão parte da Administração indireta**, porém, apenas da entidade governamental que detiver a maioria acionária. (capítulo X, item XV, p. 687)

Corrente 7: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como espécies de fundação pública de direito privado ou de empresa pública prestadora de serviços públicos

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Há controvérsia doutrinária sobre o elenco das entidades da Administração Indireta após o advento da Lei 11.107/2005, que regulamenta os consórcios públicos (gestão associada de serviços entre os Entes federados) e exige a sua personalização (pessoa de direito público – associação pública – ou pessoa de direito privado). De acordo com parcela da doutrina, esses consórcios personalizados seriam novas entidades da Administração Indireta distintas das entidades administrativas tradicionais. Entendemos que, apesar das imperfeições do legislador, a expressão “Administração Pública Indireta” foi consagrada na Constituição e na legislação infraconstitucional para englobar apenas as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas. Conforme será aprofundado no momento oportuno, **as pessoas jurídicas, públicas (associações públicas) e privadas, criadas no âmbito dos consórcios públicos, não representam, verdadeiramente, novas entidades administrativas: a associação pública, por suas características, possui natureza jurídica autárquica e a pessoa privada pode ser considerada como espécie de fundação pública de direito privado ou de empresa pública prestadora de serviços públicos.** (capítulo 4, item 4.8, p. 161)

Corrente 8: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como espécies de empresa pública ou sociedade de economia mista

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

A Administração Pública Indireta é composta por entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada. São elas: as autarquias, as fundações públicas e as empresas estatais, mais especificamente, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Com o advento da Lei na 11.107/05 surgem os **consórcios públicos** que podem ser formalizados entre os entes políticos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para gestão associada de serviços públicos

de interesse comum. Todavia, essa união ganha uma **nova personalidade jurídica que pode ser de direito público, formando-se uma associação pública, ou de direito privado**. Ressalte-se que essa nova pessoa jurídica não constitui um novo ente federativo porque, se contrário fosse, violaria a própria estrutura federativa do Brasil.

Há na doutrina certa dificuldade em definir a natureza dessa nova pessoa jurídica. Para a maioria dos doutrinadores, quando se tratar de **associação pública, portanto, pessoa jurídica de direito público, esta compõe a Administração Pública Indireta, seguindo o mesmo regime das autarquias**, conforme é possível concluir com a simples leitura da nova redação dada ao art. 41, do Código Civil que estabelece: "São pessoas jurídicas de direito público interno: [...] IV - as autarquias, inclusive as associações públicas". Daí é possível concluir que as **associações públicas passaram a ser mais uma espécie de autarquia, tendo como esta a mesma autonomia, os mesmos privilégios e os mesmos deveres. O que não ocorre quando essa pessoa jurídica assume o regime privado, denominada associação privada, muito criticada pela doutrina nacional e com um regime híbrido previsto na lei, que conta com regras semelhantes à empresa pública ou sociedade de economia mista.**

De outro lado, verifica-se que a pessoa jurídica de direito privado, objeto de muitas críticas, denominada associação privada, adota um regime semelhante ao aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo, assim, um regime híbrido com algumas regras de direito público como, por exemplo, no que se refere à licitação, aos contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, com a adoção do regime celetista para os seus trabalhadores. (capítulo 3, item 5, p. 151 e 152)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

O consórcio público formará associação pública ou pessoa jurídica de direito privado e será instituído por contrato, cuja celebração depende de prévia subscrição de protocolo de intenções, a ser publicado na imprensa oficial (arts. 1º, §1º, e 4º, §5º, da referida lei). Entre outras cláusulas, o protocolo de intenções conterá: a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio, que deverá ser Chefe do Executivo do ente federativo consorciado; e o consentimento para a gestão associada de serviços públicos.

Após ratificação, mediante lei, do referido protocolo, o contrato de consórcio será celebrado, sendo dispensado da ratificação do ente federado que já tiver disciplinado, por lei, sua participação no consórcio.

Segundo o art. 6º, o consórcio adquire personalidade de direito público, após a ratificação, se for constituído como associação pública, passando a integrar a Administração indireta de todos os entes federativos consorciados. Ou adquire personalidade de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. Neste último caso, observar as normas de direito público quanto à licitação, contratos, prestação de contas e ingresso de pessoal, regido este pela CLT. (capítulo 11, item 11.15.1.2, p. 235)

Conclusão

Consórcios públicos de direito público (associações públicas) e de direito privado como integrantes da Administração indireta

Corrente 1: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como nova espécie de entidade da Administração indireta e consórcio público de direito privado como entidades integrantes da Administração indireta (MSZDP)

Corrente 2: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como nova espécie de entidade da Administração indireta e consórcio público de direito privado estando fora da Administração indireta (AM)

Corrente 3: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado estando fora da Administração indireta (JSCF)

Corrente 4: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como integrantes da Administração indireta (DCJ; ASA)

Corrente 5: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado com regime semelhante ao da Administração indireta (MC)

Corrente 6: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e não faz referência à natureza dos consórcios públicos de direito privado (DFMN; IPN; MJF; MA e VP; CABM)

Corrente 7: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como espécies de

fundação pública de direito privado ou de empresa pública prestadora de serviços públicos (RCRO)

Corrente 8: consórcios públicos de direito público (associações públicas) como espécies de autarquias e consórcios públicos de direito privado como espécies de empresa pública ou sociedade de economia mista (FM)

Não abordam (OM)

DIVERGÊNCIA 031 - Aquisição da personalidade jurídica das autarquias

Corrente 1: adquire a personalidade jurídica com a entrada em vigor da lei

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Por último, vale fazer uma rápida observação sobre o início da personalidade jurídica das autarquias. Sendo pessoas jurídicas de direito público, não incide sobre elas a disciplina prevista no Código Civil. Com efeito, a regra aí prevista, qual seja, a de que a existência legal das pessoas jurídicas começa com a inscrição, no registro próprio, de seus contratos, atos constitutivos ou estatutos, se irradia apenas sobre as pessoas de direito privado.⁴⁸ Para as pessoas jurídicas de direito público, **como as autarquias, a regra tem estreita conexão com o princípio da legalidade, visto que, sendo criadas por lei, têm o início de sua existência no mesmo momento em que se inicia a vigência da lei criadora. É, portanto, com o início da vigência da lei criadora que tem início a personalidade jurídica das autarquias.** (capítulo 9, item IV, subitem 4, p. 872-873)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

A personalidade da autarquia, por ser de direito público, inicia com a vigência da lei que a institui; não cabe cogitar qualquer espécie de inscrição de atos constitutivos de autarquia nos registros públicos, como se exige para que as pessoas jurídicas de direito privado adquiram personalidade (Código Civil, art. 45).

Simplesmente, **com o início da vigência da lei específica instituidora, está criada a autarquia, é nascida a pessoa jurídica, apta a adquirir em nome próprio direitos e obrigações na ordem jurídica.**

Faz-se oportuno observar que é usual a menção à "instalação" ou "implantação" da autarquia, mediante um decreto. Realmente, a **aquisição formal da personalidade jurídica - que ocorre com o mero início da vigência da lei instituidora -** não significa que a autarquia, na prática, já esteja em efetivo funcionamento. É de todo evidente a necessidade de serem adotadas, pelo Poder Executivo, diversas providências concretas para possibilitar a efetiva entrada em operação da autarquia.⁷ No mais das vezes, o decreto de "instalação" ou "implantação" aprova e veicula o regulamento da entidade, sua estrutura regimental, o seu quadro de cargos e funções, ou autoriza o Ministro de Estado, ou a própria diretoria da entidade, a aprovar o regimento interno da autarquia etc.

Enfatizamos que esses decretos e quaisquer outros atos administrativos de conteúdo similar, que disponham sobre o funcionamento da entidade, detalhem sua estrutura, seus procedimentos internos, não criam a autarquia, não lhe dão personalidade jurídica; formalmente, **desde o início da vigência da lei instituidora a autarquia já existe, já tem personalidade jurídica**; os decretos e outros atos administrativos de "instalação" ou "implantação" - mesmo que afirmem estar "constituindo" a autarquia, como às vezes ocorre - não têm nenhuma influência, no mundo jurídico, sobre a sua personalidade jurídica. Aliás, se um decreto pudesse "constituir" uma autarquia, significando criar a entidade, dar-lhe personalidade jurídica, teríamos a possibilidade de também um decreto extinguir uma autarquia, dislate de tamanha magnitude que torna ociosos comentários adicionais! (capítulo 2, item 4.7.1.3, p. 43-44)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

b) são criadas e extintas por lei específica: **a personalidade jurídica de uma autarquia surge com a entrada em vigor da lei que a institui, dispensando o registro dos atos constitutivos em cartório**. Nesse sentido, estabelece o art. 37, XIX, da Constituição Federal que “somente por lei específica será criada autarquia”. A referência à necessidade de lei “específica” afasta a possibilidade de criação de tais entidades por meio de leis multitemáticas. Lei específica é a que trata exclusivamente da criação da autarquia. Em respeito ao princípio da simetria das formas, **se a criação depende de lei, então a extinção de autarquia igualmente exige lei específica**, sendo inaplicável o regime extintivo falimentar. (capítulo 3, item 3.8.1.1, p. 347)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A autarquia é instituída diretamente pela lei, de iniciativa do chefe do Executivo (art. 37, XIX, c/c art. 61, § 1.º, II, “b” e “e”, da CRFB).

A sua personalidade jurídica começa com a vigência da lei criadora, não sendo necessária a inscrição dos atos constitutivos no Registro competente. A extinção da entidade, em razão do princípio da simetria das formas jurídicas, depende de lei. (capítulo 6, item 6.2, p. 194)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

A autarquia tem personalidade e natureza jurídica públicas. De acordo com o art. 41 do Código Civil são pessoas jurídicas de direito público interno: a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias, inclusive as associações públicas; e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Está expressa, por conseguinte, no art. 41, IV, do Código Civil, a natureza pública da autarquia.

O fato de ter personalidade jurídica faz com que a autarquia seja sujeito de direitos e assuma obrigações em nome próprio, respondendo também por seus atos. Como as autarquias têm personalidade de direito público, expõe José dos Santos Carvalho Filho 17 que sobre elas não incide a disciplina do Código Civil.

Assim, enquanto a existência legal das pessoas de direito privado começa com a inscrição, no registro próprio, de seus atos constitutivos, **a autarquia é regida pelo princípio da legalidade. Como consequência, a personalidade jurídica e existência da autarquia começam com o início de vigência da lei criadora, sem que haja necessidade do ato de registro.** (capítulo 10, item 10.5.1.1, p. 258)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

A autarquia é entidade criada pela pessoa jurídica estatal (que pode ser a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios). Só que esta criação exige lei específica (CF, art. 37, XIX), de iniciativa do chefe do Poder Executivo. Assim, não há necessidade de adoção de atos complementares e ulteriores à lei especial instituidora da autarquia. **Com a simples publicação e vigência da lei, a autarquia ganha existência jurídica.** Do mesmo modo, e em razão do princípio da paridade de formas, a autarquia só pode ser extinta também por lei específica. (capítulo IV, item 4.1, p.166)

Corrente 2: adquire a personalidade jurídica com a edição/aprovação/publicação da lei

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Para a criação dessas pessoas jurídicas, exige-se previsão legal, pois o art. 37, XIX, define que: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista

e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

Deve-se grifar, ainda, que **a lei cria as autarquias e autoriza a criação das demais pessoas jurídicas. Na hipótese em que a lei cria – caso das autarquias –, basta a edição da lei e a pessoa jurídica já estará pronta para existir**, o que não acontece no segundo caso. (capítulo 3, item 5.1, p. 153)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Além da personalidade jurídica, que é comum a todos os entes da Administração Indireta, a criação de qualquer uma destas entidades da administração descentralizada depende de lei específica (lei ordinária).

Importante frisar que a lei específica CRIA as autarquias (basta a aprovação da lei para a pessoa jurídica passar a existir) e a lei específica AUTORIZA A CRIAÇÃO dos demais entes da administração indireta, quais sejam a fundação pública, a empresa pública e a sociedade de economia mista (nestes casos, a entidade somente passará a existir juridicamente com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente), conforme expressamente disposto na Constituição Federal.

[...]

Com efeito, nas situações em que a lei específica cria a entidade, o registro dos atos constitutivos não se faz necessário à sua existência no mundo jurídico, **sendo suficiente a Publicação da lei para que esteja regularmente constituída**. (capítulo 4, item 4.1.1, p. 177 e 178)

Corrente 3: adquire a personalidade jurídica com a criação por lei, mas, para que possa haver transferência de patrimônio ou ser feita a tradição no caso de bens móveis, é necessário que seu termo administrativo ou escritura pública seja levada a registro

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Ao contrário das pessoas de direito privado da Administração Indireta, cuja criação é apenas autorizada por lei (sendo que sua criação propriamente dita se dá com o registro de seus atos constitutivos no registro civil ou comercial das pessoas jurídicas), as autarquias são criadas diretamente pela lei (art. 37, XIX, CF/88). A criação por lei não impede, contudo, que sua organização administrativa interna e a regulamentação de suas atividades cotidianas seja feita por decreto. **Da**

mesma forma, é a lei que lhes atribui e fixa o patrimônio, mas o termo administrativo ou a escritura pública respectiva tem que ser inscrita no Registro Geral de Imóveis para operar a transferência ou ser feita a tradição no caso de bens móveis. (capítulo V, item V.10.1, p.255)

Não abordam

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (MSZDP)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Aquisição de personalidade jurídica das autarquias

Corrente 1: adquire a personalidade jurídica com a entrada em vigor da lei (JSCF; MA e VP; AM; RCRO; IPN; DCJ)

Corrente 2: adquire a personalidade jurídica com a edição/aprovação/publicação da lei (FM; MC)

Corrente 3: adquire a personalidade jurídica com a criação por lei, mas, para que possa haver transferência de patrimônio ou ser feita a tradição no caso de bens móveis, é necessário que seu termo administrativo ou escritura pública seja levada a registro (ASA)

Não abordam (MJF; DFMN; MSZDP; CABM; OM)

DIVERGÊNCIA 032 - Existência de autonomia nas autarquias

Corrente 1: possui liberdade administrativa, evitando o uso da expressão autonomia

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Sinteticamente, mas com precisão, as **autarquias podem ser definidas como "pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa"**.

[...]

O certo é que doutrina e jurisprudência jamais hesitaram em reconhecer o caráter de entidade autárquica às **pessoas meramente administrativas** revestidas de personalidade de Direito Público.

Sendo, como são, pessoas jurídicas, **as autarquias gozam de liberdade administrativa** nos limites da lei que as criou [...] (capítulo IV, item I, p. 164 e 165)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Na análise da noção contida no inc. I deve-se observar a inadequação do uso do termo “autônomo”, que poderia dar a entender que as autarquias são entes dotados da mesma natureza que os Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, todos com autonomia política. **O vocábulo “autônomo” aí deve ser lido como não subordinado hierarquicamente, dotado de mais liberdade de agir que os órgãos da Administração direta, característica essa dos entes resultantes de descentralização administrativa.** (capítulo 5, item 5.2.1, p. 62)

Corrente 2: é apenas uma pessoa administrativa sem autonomia

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

[...] **autarquia e autonomia têm significados diversos**. Autonomia é a figura de conotação mais política, porque indica que alguns entes podem criar sua própria administração e estabelecer sua organização jurídica [...]. Não se trata de uma pessoa instituída pelo Estado; é, com efeito, uma parcela do

próprio Estado. Em determinadas situações, as pessoas autônomas têm capacidade política, significando a possibilidade de eleger os seus próprios representantes. Melhor exemplo de entes autônomos é o das pessoas integrantes de uma federação, como no caso do Brasil. Estados, Distrito Federal e Municípios são, todos eles, autônomo, no sentido de que, nos termos da Constituição Federal, dispõem de todas aquelas prerrogativas e peculiaridades. **Outro é o sentido de autarquia. Aqui a conotação não é de caráter político, mas sim administrativo.** O Estado, quando cria autarquias, visa atribuir-lhes algumas funções que merecem ser executadas de forma descentralizada. Daí não poderem criar regras jurídicas de auto-organização, nem terem capacidade política. Sua **função é meramente administrativa.** Por tal motivo é que se pode afirmar que, enquanto a autonomia é o próprio Estado, **a autarquia é apenas uma pessoa administrativa criada pelo Estado.** (capítulo 9, item IV, subitem 1.2, p. 868 e 869)

Corrente 3: possui autoadministração

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Segundo José Cretella Júnior (1980:139), o termo autarquia, incorporado há cerca de três décadas ao nosso léxico, é formado de dois elementos justapostos: autós (= próprio) e arquia (= comando, governo, direção), significando, à letra, etimologicamente, “comando próprio, direção própria, autogoverno”.

Foi usado, pela primeira vez, em 1897, na Itália, por Santi Romano, ao escrever para a Enciclopédia Italiana, sobre o tema “decentramento administrativo”; com o vocábulo autarquia, ele fazia referência às comunas, províncias e outros entes públicos existentes nos Estados unitários; dessa forma, ele substituiu a expressão ente autônomo, que é contraditória, porque “autonomia” designa o poder de estabelecer o próprio direito (autós = próprio e nómos = lei), **poder esse de que não desfrutam os entes locais senão a título de delegação do poder central.** (capítulo 10, item 10.3.1, p. 971)

Daí Celso Antônio Bandeira de Mello (1968:226) definir sinteticamente as autarquias, de forma muito feliz, como “pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa”.

Não é demais repetir que **se deve evitar o termo autonomia, em relação às autarquias, porque estas não têm o poder de criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se autoadministrar a respeito das matérias específicas que lhes foram destinadas pela pessoa pública política que lhes deu vida.**

Falando-se em capacidade de autoadministração, diferencia-se a autarquia das pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados e Municípios), que têm o poder de criar o próprio direito [...] (capítulo 10, item 10.3.3, p. 974)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Entidades administrativas são as pessoas jurídicas que integram a administração pública formal brasileira, **sem dispor de autonomia política. Mais especificamente, entidades administrativas são as pessoas jurídicas que compõem a administração indireta, a saber, as autarquias [...]**

Essas pessoas jurídicas meramente administrativas não detêm competências legislativas. Deve-se frisar este ponto: **a fundamental distinção entre pessoas políticas e pessoas administrativas reside no fato de aquelas legislarem, possuírem competência para editar leis, ao passo que estas em nenhuma hipótese legislam, limitando-se a exercer competências de execução das leis editadas pelas pessoas políticas.**

[...] as entidades administrativas **só possuem competências administrativas** [...]

[...] as entidades administrativas não tenham autonomia política, possuem autonomia administrativa [...] (capítulo 2, item 4.1, p. 22 e 23)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Na sua acepção etimológica, **a expressão autarquia significa autogoverno**. Isto, no entanto, não é suficiente para conceituar a autarquia destacá-la das demais entidades que compõem a Administração Indireta, **pois todas elas são pessoas jurídicas, criadas por descentralização legal, com capacidade de autoadministração**. (capítulo 6, item 6.1, p. 193)

[...] os bens autárquicos estão submetidos ao regime jurídico diferenciado dos bens públicos em geral [...] (capítulo 6, item 6.5, p. 196)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Autarquia advém do grego autos-archia, que significa comando de si mesmo ou direção própria. Foi introduzida ao Direito Administrativo inicialmente com o sentido de uma organização que se gera pela vontade do Estado, mas que tem certa autonomia. Segundo pesquisa de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o termo foi utilizado pela primeira vez em 1897, por Santi Romano, significando descentralização territorial dos Estados unitários; mas, mesmo neste sentido originário, **não se pode considerar que a descentralização**

territorial tenha autonomia, pois ela não pode, exceto se houver delegação do poder central, estabelecer seu próprio direito (autós = próprio e nómos = lei).

Na atual sistemática constitucional, **só são considerados entes autônomos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios** (art. 18, da Constituição), porquanto o Brasil se constitui como uma federação, sendo o território federal a única possibilidade de descentralização administrativa territorial existente. Não há mais territórios federais no Brasil; mas, conforme visto, nada impede que sejam criados novos. **Territórios federais são descentralizações administrativas geográficas que integram a União e que, diferentemente das descentralizações políticas, não têm autonomia. Apesar de a autarquia não ter autonomia como os entes federativos responsáveis por sua criação, ela tem autoadministração.** (capítulo 10, item 10.5.1.1, p. 257 e 258)

Corrente 4: possui autonomia administrativa apenas

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

As autarquias possuem as mesmas prerrogativas dos entes estatais, salvo a autonomia política, pois **as autarquias são dotadas de autonomia somente administrativa**.

[...]

A autarquia, como entidade administrativa, expede atos administrativos e celebra contratos administrativos, tal como os entes políticos o fazem, no **desempenho direto de suas funções administrativas**. (capítulo IV, item 4.1, p. 166 e 167)

Corrente 5: possui autonomia técnica, financeira e administrativa

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público que desenvolvem atividades administrativas típicas de Estado e gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou.

Os seus negócios, patrimônios e recursos são próprios, haja vista que desfrutam de personalidade jurídica própria e autonomia técnica, financeira e administrativa, independentemente de sua origem. Seu patrimônio pode ser transferido pela Administração Direta ou adquirido pela autarquia diretamente, enquanto as receitas podem ser oriundas do orçamento e de sua própria atividade. (capítulo 3, item 5.2.1, p. 156)

(...) “São pessoas jurídicas de direito público interno: (...) IV – as autarquias, inclusive as associações públicas”. Daí, é possível concluir que as associações públicas passaram a ser mais uma espécie de autarquia, tendo como esta a mesma autonomia (...). (capítulo 3, item 5 p. 152)

Com o objetivo de facilitar o estudo das pessoas jurídicas da Administração Indireta, indicam-se inicialmente algumas características que são aplicáveis a todas elas; por essa razão, serão percorridas de uma só vez, lembrando que se aplicam tanto para as autarquias quanto para as fundações públicas, além das empresas públicas e sociedades de economia mista. Em seguida, passa-se ao estudo de cada uma delas com mais detalhes, observando o seu conceito e o respectivo regime jurídico.

A primeira característica é a personalidade jurídica própria, o que significa dizer que elas podem ser sujeitos de direitos e obrigações, sendo, consequentemente, responsáveis pelos seus atos. Para viabilizar essa responsabilidade e por ser ente personalizado, **elas possuem patrimônio próprio**, independentemente de sua origem. É claro que, quando de sua criação, a entidade responsável transfere parte de seu patrimônio que, daí em diante, passa a pertencer a esse novo ente e servirá para viabilizar a prestação de suas atividades, bem como para garantir o cumprimento de suas obrigações, apesar do regime especial a que se submetem esses bens.

Essas pessoas jurídicas também gozam de **capacidade de autoadministração e receita própria. Cumprindo as previsões legais e protegendo o interesse público, elas terão autonomia administrativa, técnica e financeira.** (capítulo 3, item 5.1, p. 152-153)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Embora sejam entes dotados de personalidade de direito público, as autarquias foram classificadas, por sistematização legal equivocada e já criticada, na administração indireta, mas nem por isso perdem a natureza de entidades estatais, no que se distinguem de todas as demais entidades compreendidas na administração indireta, denominadas de paraestatais, ou seja, que atuam ao lado do Estado, e que têm, em comum, a personalidade de direito privado, como adiante tratadas.

[...]

Conceitua-se, portanto, a autarquia, como uma entidade estatal da administração indireta, criada por lei, com personalidade de direito público, descentralizada funcionalmente, para desempenhar competências administrativas próprias e específicas, para tanto **dotada de autonomia patrimonial, administrativa e financeira.**

A autarquia, por se tratar de uma entidade estatal, como as demais pessoas jurídicas de direito público, goza, em princípio, das prerrogativas a estas correspondentes, sem necessidade de que sua respectiva lei criadora as

redefina, destacando-se as seguintes: 1.o – imunidade de impostos sobre seu patrimônio, rendas e serviços (art. 150, VI, a, CF); 2.o – prescrição quinquenal de suas dívidas passivas (Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942); e 3.o – ação regressiva contra seus servidores sempre que forem obrigados a indenizar a terceiros por prejuízos por eles causados (art. 37, § 6.o, CF). Além dessas, existem as prerrogativas processuais [...] (capítulo XI, item 72, p. 362, 363 e 364)

A **autonomia de que gozam as autarquias** não exclui senão que implica o seu controle pelo respectivo ente político central, como definido em lei. Há quatro modalidades de controle autárquico: o político, o administrativo, o financeiro e o controle de juridicidade. (capítulo XI, item 74, p. 371)

Até aqui, cuidou-se do Estado personificado sob a forma de entidades de direito público, constitucionais ou legais, **desempenhando atividades administrativas** e atuando como sujeito ativo ou passivo nas mais variadas relações jurídicas. (capítulo XI, item 75, p. 373)

A descentralização funcional administrativa é a que se dá pela instituição legal de **entes administrativamente autônomos, como o são as autarquias** e fundações com personalidade de direito público, que exercitam uma parcela do poder público por direito próprio, conformando novas pessoas jurídicas de Direito Público [...]. (capítulo VI, item 26.2, p. 205)

[...] as autarquias de todo gênero se incluiriam na administração direta, por serem entidades estatais que atuam com outorga legislativa, portanto, por direito próprio e não por delegação. (capítulo XI, item 64, p. .)

[...] e as autarquias desdobram e integram suas respectivas entidades políticas matrizes, de modo que são, ambos, espécies do gênero autárquico, caracterizado pela **autonomia administrativa** [...] (capítulo XI, item 65, p.)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

O conceito legislativo de autarquia é apresentado pelo art. 5o, I, do Decreto-Lei n. 200/67: serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. (capítulo 3, item 3.8.2, p. 346)

As autarquias possuem as seguintes características jurídicas:

- a) são pessoas jurídicas de direito público: significa dizer que o regime jurídico aplicável a tais entidades é o regime jurídico público, e não as regras de direito privado;
- b) são criadas e extintas por lei específica: a personalidade jurídica de uma autarquia surge com a entrada em vigor da lei que a institui, dispensando o registro dos atos constitutivos em cartório. Nesse sentido, estabelece o art. 37, XIX, da Constituição Federal que “somente por lei específica será criada

autarquia”. A referência à necessidade de lei “específica” afasta a possibilidade de criação de tais entidades por meio de leis multitemáticas. Lei específica é a que trata exclusivamente da criação da autarquia. Em respeito ao princípio da simetria das formas, se a criação depende de lei, então a extinção de autarquia igualmente exige lei específica, sendo inaplicável o regime extintivo falimentar;

c) **dotadas de autonomia gerencial, orçamentária e patrimonial: autonomia é capacidade de autogoverno representando um nível de liberdade na gestão de seus próprios assuntos [...]**

(capítulo 3, item 3.8.1.1, p. 347)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

De fato, algumas características são comuns a todas as entidades criadas pela Administração Pública para prestação descentralizada dos serviços, sejam elas empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas ou autarquias. Passemos à análise destas regras comuns antes de adentrarmos na análise pormenorizada de cada uma destas entidades.

1 - A primeira característica comum é a de que todas estas entidades devem gozar de personalidade jurídica: ou seja, não se confundem com os entes da administração direta que os criou. Cada um desses entes é uma pessoa jurídica titular de direitos e obrigações. Para viabilizar essa característica, **os entes possuem patrimônio próprio**, quando da sua criação, e a entidade responsável transfere parte de seu patrimônio que passa a pertencer ao novo ente independente e este novo ente terá liberdade para utilizá-lo. A receita destas entidades também é específica e pode decorrer de participação no orçamento dos entes da Administração Direta ou de suas próprias atividades que lhes geram renda.

Essas pessoas jurídicas também gozam de **capacidade de autoadministração**, pois terão **autonomia técnica e administrativa**, além de efetivarem a nomeação de seus agentes, em concurso específico, com plano de carreira e atribuições definidas, possuindo, portanto, seu próprio corpo de pessoal. (capítulo 4, item 4.1.1, p.177)

Possuem patrimônio próprio, normalmente, transferido pelo ente da Administração Direta que a criou, ou mesmo, decorrente de suas atividades institucionais, haja vista a possibilidade de cobrarem taxas e demais tributos para exercício do poder de polícia ou prestação de serviços públicos inerentes às suas finalidades.

Não possuem subordinação a nenhum órgão do Estado, são apenas controladas e, apesar de terem personalidade jurídica própria e **autonomia financeira** [...] (capítulo 4, item 5, p. 180)

Corrente 6: possui autonomia técnica, financeira e administrativa que varia conforme a lei criadora

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Segundo o art. 5.o, I, do Dec.-lei 200/1967, autarquia é "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

A definição legal é prolixa e defeituosa. Melhor é definir autarquia nos termos seguintes: *autarquia é uma pessoa jurídica de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração direta.* (p. 114)

A criação da autarquia envolve um processo de descentralização do poder estatal, no âmbito da **função administrativa**. A autarquia não recebe a titularidade de competências políticas. **Por isso, não exercita funções legislativas nem jurisdicionais.** (p. 114)

A criação de uma autarquia não gera o surgimento de uma entidade independente e soberana.

Não existe um modelo único e predeterminado para as autarquias.

Tampouco existe um modelo único e uniforme no tocante à autonomia atribuída a uma autarquia.

A autonomia da autarquia se manifesta em quatro dimensões jurídicas: organizacional, patrimonial, funcional e financeira.

A autonomia organizacional

A autarquia tem uma estrutura administrativa distinta da Administração direta, estabelecida na lei que sobre ela dispuser. A autarquia não dispõe de competência para instituir-se a si própria, nem para criar os órgãos que a integram ou as estruturas administrativas adequadas ao desempenho de suas funções. A lei disporá sobre esses temas, incumbindo à autoridade competente (usualmente aquela de mais elevada hierarquia), do Poder a que a autarquia se vincula, nomear os diretores dela. O administrador da autarquia não é eleito pelo povo nem selecionado pelo Legislativo. É escolhido por uma autoridade da Administração direta (ainda que se admita a possibilidade de a lei subordinar o provimento a uma aprovação do Poder Legislativo).

Como regra, também cabe à mesma autoridade da Administração direta produzir o afastamento do administrador da autarquia, ressalvados os casos em que uma norma jurídica proíba a demissão sem justa causa (como se passa no âmbito das universidades públicas e das agências reguladoras, por exemplo).

No entanto, a autarquia é dotada de existência, de órgãos e de servidores próprios, que não se confundem com aqueles do Poder central. As

autoridades integrantes desse Poder central não se inserem na estrutura hierárquica da autarquia. Por isso, os administradores e os servidores da autarquia não se subordinam às determinações de autoridades a ela externas.

A autonomia patrimonial

A autarquia é uma pessoa jurídica dotada de personalidade própria. Portanto, é titular de um patrimônio próprio. Os bens de sua titularidade não se confundem com aqueles que estão sob o domínio da pessoa política. A autarquia está investida da legitimidade para decidir sobre o destino de seus bens, o modo de sua utilização, ainda que tal margem de liberdade seja delimitada pelo fim norteador da existência da própria autarquia.

A autonomia funcional

A autarquia é titular de competências específicas previstas na lei que a disciplina. Tais competências eram, na origem, de titularidade da pessoa política, mas passaram à autarquia em função do fenômeno da descentralização do poder.

A lei pode determinar que a autarquia seja titular de competências privativas, sem possibilidade de interferência da Administração direta sobre as escolhas adotadas. Mas é possível outra solução, em que as decisões da autarquia sejam revisáveis e alteráveis por determinação da Administração direta. A solução adotada pela lei disciplinadora da autarquia importará maior ou menor autonomia.

A autonomia financeira

Em alguns casos, a lei prevê recursos próprios, vinculados à autarquia. Assim se passa, por exemplo, quando a lei institui um tributo vinculado em prol da entidade. Mas há casos em que a autarquia depende de transferências de recursos do ente a que se vincula. Isso significará redução da sua capacidade de formular escolhas autônomas. (p. 114 e 115)

Não aborda

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Conclusão

Existência de autonomia nas autarquias

Corrente 1: possui liberdade administrativa, evitando o uso da expressão autonomia (CABM; OM)

Corrente 2: é apenas uma pessoa administrativa sem autonomia (JSCF)

Corrente 3: possui autoadministração (MSZDP; MA e VP; RCRO; IPN)

Corrente 4: possui autonomia administrativa apenas (DCJ)

Corrente 5: possui autonomia técnica, financeira e administrativa (FM; DFMN; AM; MC)

Corrente 6: possui autonomia técnica, financeira e administrativa que varia conforme a lei criadora (MJF)

Não aborda (ASA)

DIVERGÊNCIA 033 - Exercício de um poder normativo pelas agências reguladoras

Corrente 1: as agências reguladoras possuem poder normativo amplo para editar atos administrativos normativos dotados de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais, em decorrência da deslegalização

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A legislação confere autonomia às agências reguladoras para editar atos administrativos normativos, dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâmetros (standards) legais, no âmbito do setor regulado. A intenção é despolitizar o respectivo setor, retirando do âmbito político e transferindo ao corpo técnico da agência a atribuição para normatizar a atividade regulada.

Há forte controvérsia doutrinária em relação à constitucionalidade da amplitude e do fundamento do poder normativo conferido às agências reguladoras.

1.º entendimento: inconstitucionalidade do poder normativo amplo das agências reguladoras, tendo em vista a violação aos princípios constitucionais da separação de poderes e da legalidade, sendo vedada a criação de direito e obrigações por meio de atos regulatórios editados com fundamento em delegação legislativa inominada. O texto constitucional só estabeleceu a possibilidade de exercício do poder normativo primário no Executivo em duas hipóteses: Medidas Provisórias (art. 62 da CRFB) e Leis Delegadas (art. 68 da CRFB). Os atos normativos das agências são infralegais e restringem-se à sua organização e funcionamento interno. Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello e Gustavo Binbenbim. Em sentido semelhante, após afirmar a impossibilidade de exercício de poder normativo ampliado por parte das agências reguladoras, Maria Sylvia Zanella Di Pietro excepciona as duas agências com fundamento expresso na Constituição (ANATEL – art. 21, XI, da CRFB e ANP – art. 177, § 2.º, III, da CRFB).

2.º entendimento: **constitucionalidade do poder normativo técnico ampliado reconhecido às agências reguladoras que poderão editar atos normativos, respeitados os parâmetros (standards) legais, em razão do fenômeno da deslegalização.** Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre Santos Aragão, Marcos Juruena Villela Souto e Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Registre-se que o Plenário do STF reconheceu a constitucionalidade da função normativa das agências reguladoras.

Entendemos que as agências reguladoras podem exercer poder normativo, com caráter técnico, no âmbito de suas atribuições, respeitado o princípio da juridicidade. **As normas editadas pelas agências não podem ser classificadas como “autônomas” fruto de delegação legislativa inominada, pois encontram fundamento na lei instituidora da entidade regulatória que estabelece os parâmetros que deverão ser observados pelo regulador. A prerrogativa normativa das agências funda-se na releitura do princípio da legalidade.**

O fundamento do poder normativo das agências reguladoras seria a técnica da deslegalização (ou delegificação), que significa “a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (domaine de la loi), passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonnance)”.

Com a deslegalização, opera-se uma verdadeira degradação da hierarquia normativa (descongelamento da classe normativa) de determinada matéria que, por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada por lei e passa para a seara do ato administrativo normativo. **A lei deslegalizadora não chega a determinar o conteúdo material da futura normatização administrativa, limitando-se a estabelecer standards e princípios que deverão ser respeitados na atividade administrativo-normativa.** (capítulo 7, item 7.4.1, p. 213, 214 e 214)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Essas entidades se caracterizam pelo exercício da função regulatória, outorgada pelo Legislativo através da deslegalização parcial da matéria, de modo a que elas possam instituir um regramento sublegal, derivado e autonômico (função normativa) para o setor, além de geri-lo (função administrativa) e de arbitrar conflitos de interesses sob sua competência (função parajudicial).

[..]

Com efeito, enquanto nas duas referidas hipóteses tradicionais de ampliação de escolhas administrativas a autonomia administrativa está restrita ou apenas uma definição cabível, a que resultará da interpretação dos fatos (conceito jurídico indeterminado), ou se estende a algumas escolhas possíveis, dentro de um âmbito predefinido pela lei (discricionariedade), **no caso de uma deslegalização, se abre para a Administração um amplo espaço de opções para criação do que Hartmut Maurer figurativamente denomina de um “quadro de missão”.**

Assim, **por esse quadro de missão, entenda-se todo um setor confiado por lei a um determinado ente regulador, não apenas para nele realizar as escolhas pontuais tradicionais (as de determinação conceptual e de escolha discricionária), mas, sobretudo, para administrá-lo autonomamente,**

desempenhando uma vasta gama de decisões – normativas, executivas e parajudiciais – que deverão ser levadas a cabo para o cumprimento da missão legislativa que se enquadra no respectivo marco regulatório. (capítulo XI, item 73.3.1, p. 367 e 368)

Tampouco é novo o conceito específico de função reguladora, enquanto produto da deslegalização, ou seja, do exercício de competência normativa por direta delegação legislativa, outorgada com a finalidade de sujeitar determinadas atividades a regras predominantemente técnicas, de interesse público. (capítulo XVI, item 135.8, p. 589)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

A discussão, portanto, deve se ater à possibilidade de edição, pelas agências reguladoras, de atos normativos que tenham base, sempre, em uma lei, visando a dar efetividade às diretrizes nela traçadas, e respeitando os limites por ela impostos.

Tais atos normativos são conhecidos como "regulamentos delegados", ou "regulamentos autorizados", e têm duas características essenciais:

- a) sua edição está expressamente prevista na lei cuja regulamentação eles devam estabelecer; e**
- b) nas matérias de natureza técnica, eles não se limitam a dar "fiel execução" à lei (não são os regulamentos de execução a que se refere o art. 84, IV, da Constituição); eles complementam as disposições da lei, observados as diretrizes gerais e os limites nela traçados.**

A doutrina tradicional afirma que a edição de regulamentos é atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos).

[...]

A partir da análise conjunta dessas e de outras disposições constitucionais, seguimos a orientação, a nosso ver predominante na doutrina administrativista hodierna, segundo a **qual o exercício de poder normativo - edição de atos administrativos normativos - não é competência constitucional exclusiva do Chefe do Poder Executivo, mas alcança outros órgãos e entidades que exerçam função administrativa, em todos os Poderes. Admitimos, dessarte, com razoável tranquilidade, o exercício de poder normativo pelas agências reguladoras.**

Os seguintes pontos devem ser enfatizados:

- a) é incontroverso que as agências reguladoras não podem editar regulamentos autônomos, isto é, que não tenham base em determinada lei;**
- b) a atuação normativa das agências reguladoras, complementando as disposições da lei, depende de expressa autorização dada pela própria lei,**

vale dizer, consiste tal atuação na **edição de regulamentos delegados ou autorizados**;

c) **a lei deve estabelecer claramente os assuntos que podem ser objeto da atuação normativa da agência reguladora (devem ser matérias de índole técnica), fixar diretrizes bem definidas a serem observadas na elaboração do regulamento autorizado (não se admite a denominada delegação ou autorização "em branco") e impor explicitamente limites a essa atuação**;

d) toda atuação normativa das agências reguladoras está sujeita a permanente controle legislativo (CF, art. 49, V e X) e, sempre que provocado, ao controle judicial.

[...]

A lei deve estabelecer as diretrizes básicas relativas ao setor a ser regulado e essas diretrizes orientarão a edição, pela agência reguladora, das normas específicas que as concretizem e tomem efetivas. **É necessário que a lei possua um conteúdo normativo mínimo, a ser complementado pelas normas editadas pela agência reguladora; caso contrário, ocorreria delegação de função propriamente legislativa, o que é inconstitucional.** A lei deve conformar, limitar e condicionar o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras. Além disso, é óbvio que nenhuma matéria que a Constituição tenha submetido a reserva legal pode ser objeto de delegação, em qualquer grau. (capítulo 4, item 5.4.3, p. 215 a 217)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Modernamente, contudo, em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, **o fenômeno da deslegalização**, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: **a normatização sai do domínio da lei (domaine de la loi) para o domínio de ato regulamentar (domaine de l'ordonnance).**

O fundamento não é difícil de conceber: incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos.

Não obstante, é importante ressaltar que referida delegação não é completa e integral. Ao contrário, sujeita-se a limites. Ao exercê-la, o legislador reserva para si a competência para o regramento básico, calcado nos critérios políticos e administrativos, **transferindo tão somente a competência para a regulamentação técnica mediante parâmetros previamente enunciados na lei.** É o que no Direito americano se denomina delegação com parâmetros

(delegation with standards). Daí poder afirmar-se que **a delegação só pode conter a discricionariedade técnica.**

Trata-se de modelo atual do exercício do poder regulamentar, cuja característica básica não é simplesmente a de complementar a lei através de normas de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico. Por esse motivo, há estudiosos que o denominam de poder regulador para distingui-lo do poder regulamentar tradicional.

Exemplos dessa forma especial do poder regulamentar têm sido encontrados na instituição de algumas agências reguladoras, entidades autárquicas às quais o legislador tem delegado a função de criar as normas técnicas relativas a seus objetivos institucionais. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em cuja competência se insere a produção de normas técnicas para os setores de energia elétrica e telecomunicações, objeto de sua atuação controladora. (capítulo 2, item III, subitem 2.2, p. 165-166)

Corrente 1.1: limitam-se a dizer que as agências reguladoras possuem poder normativo para editar regulamentos de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Ressalte-se que **o poder normativo concedido a estas entidades** para execução de sua função de controle e regulação **não poderá extrapolar os limites da lei**, substituindo-se ao texto legal, **devendo ater-se a orientações de natureza técnica e providências inferiores e obedientes à lei, por meio de resoluções.**

[...]

Ainda como garantia inerente ao seu regime especial, **as Agências Reguladoras gozam de poder normativo**, ou seja, **podem regulamentar e normatizar diversas atividades de interesse social, criando normas que obrigam os prestadores de serviços, a fim de adequar a prestação do serviço ao interesse público.**

Deve-se atentar para o alcance do poder normativo. Consoante disposto, não se configura poder legislativo, **devendo ater-se a aspectos técnicos, subalternos à lei.** Aliás, conforme já explicitado nesta obra, poder normativo nada mais é senão o poder concedido à administração pública de criar direitos e obrigações, dentro dos limites da lei.

Quanto à amplitude, importa saber quem se submete à força normativa das agências reguladoras. **O poder normativo destas entidades só obriga o**

prestador do serviço. Agências reguladoras não podem editar atos que obriguem particulares que não têm relação com a prestação do serviço, só a lei pode obrigar a atuação do particular usuário do serviço. Por exemplo, é possível uma Resolução da ANATEL estipular que prestadores de serviços de energia elétrica estão proibidos de cobrar assinatura fixa dos usuários do serviço, mas não é possível um ato normativo da ANAC obrigar o particular a preencher o verso de seu cartão de embarque (porque esta regra exorbita o poder normativo, atingindo pessoa diversa do prestador do serviço de aviação civil, regulamentado pela entidade). (capítulo 4, item 5.4, p. 199 e 200)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

A problemática, quanto à função dessas agências, decorre do limite do poder de regular e **normatizar as diversas atividades. Não há dúvida de que a esse poder está vedada a invasão de competência legislativa, devendo ater-se a aspectos técnicos, providências subalternas à lei, disciplinadas por meio de regulamentos, não podendo contrariar ou distorcer a disposição legal.** (capítulo 3, item 5.3.1, p. 181)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio, a resposta não é difícil.

Dado o princípio constitucional da legalidade, e consequente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), **resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos.** Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XIT, ns. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: **cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada "supremacia especial"** (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15).

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamento legal, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de

terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade. **Alexandre Mazza recusa-lhes, inclusive, a possibilidade de uma competência regulamentar propriamente dita, fundado na singela mas certa observação de que esta é, pelo Texto Constitucional, declarada privativa do Chefe do Poder Executivo.** (capítulo IV, item I, p.176 e 177)

Corrente 1.2: limitam-se a dizer que as agências reguladoras possuem poder normativo e não regulamentar

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019 (AM)

As agências reguladoras são legalmente dotadas de competência para **estabelecer regras disciplinando os respectivos setores de atuação. É o denominado poder normativo das agências.**

Tal poder normativo tem sua legitimidade condicionada ao cumprimento do princípio da legalidade, na medida em que os atos normativos expedidos pelas agências ocupam posição de inferioridade em relação à lei dentro da estrutura do ordenamento jurídico.

Além disso, convém frisar que **não se trata tecnicamente de competência regulamentar porque a edição de regulamentos é privativa do Chefe do Poder Executivo** (art. 84, IV, da CF). Por isso, os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras nunca podem conter determinações, simultaneamente, gerais e abstratas, sob pena de violação da privatividade da competência regulamentar. (capítulo 3, item 3.8.3.5, p. 368)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Ademais, **o poder normativo também engloba a competência normativa das chamadas agências reguladoras, pois estas se prestam a atividades essencialmente normativas, mas não através de decretos, uma vez que estes são próprios dos Chefes do Executivo. As agências reguladoras exercerão o poder de regulamentar as leis que disponham sobre os serviços de suas competências.** (capítulo II, item 3.5, p.82)

Corrente 2: apenas a ANATEL e a ANP, devido à expressa previsão constitucional, possuem poder normativo amplo para editar atos administrativos normativos dotados de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais, em decorrência da deslegalização, as demais agências reguladoras possuem poder regulamentar

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Das características que vêm sendo atribuídas às agências reguladoras, a que mais suscita controvérsias é a função reguladora, exatamente a que justifica o nome da agência. Nos dois tipos de agências reguladoras, a função reguladora está sendo outorgada de forma muito semelhante à delegada às agências reguladoras do direito norte-americano; por outras palavras, **a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, standards nela contidos**. A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação de função normativa às agências. **As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP**, com a referência à expressão órgão regulador contida nos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III.

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. **Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não têm fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador**.

As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) **regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos**; (b) **conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica**. Essa segunda função explica-se pela natureza técnica e especializada das agências. A lei utiliza, muitas vezes, **conceitos jurídicos indeterminados, cujo sentido tem que ser definido por órgãos técnicos especializados**. Por exemplo, a Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, dá a ela competência para estabelecer normas e padrões sobre “limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde” (art. 7º, IV); a Agência, dentro de seus

conhecimentos técnicos, vai poder, licitamente, sem inovar na ordem jurídica, baixar ato normativo definindo os “contaminantes”, os “resíduos técnicos”, os “desinfetantes” etc., e estabelecendo os respectivos padrões e limites. Trata-se de conceitos indeterminados que a agência vai tornar determinados. **Ela não estará inovando na ordem jurídica, mas explicitando o sentido dos vocábulos contidos na lei. Se, ao exercer essa função, for além do previsto em lei, estará infringindo o princípio da legalidade.**

Com relação à ANATEL e à ANP, pode-se reconhecer a sua função normativa mais ampla, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores. No entanto, não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no artigo 5o, II, da Constituição, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. **Ao falar em órgão regulador, está a Constituição reconhecendo ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, standards, tal como as agências reguladoras norte-americanas.** Além disso, as matérias que podem ser objeto de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Não podem invadir matéria de competência do legislador. Sobre o tema, ver Di Pietro (2008:Cap. 8). (capítulo 10, item 10.9.3, p. 1084, 1085 e 1086)

Corrente 3: as agências reguladoras são investidas de competência para editar normas regulamentares em abstrato

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A agência reguladora desempenha funções administrativas de diversa ordem. **É titular de competências regulamentares para editar normas em abstrato.** Dispõe de competência decisória para solucionar casos concretos. E lhe incumbe dirimir conflitos com e entre particulares, respeitada a garantia da universalidade da jurisdição.

A agência reguladora desempenha atividade administrativa, a qual tanto pode ser disciplinada legislativamente em termos vinculados como de modo discricionário. Isso significa que a agência não é investida de competência para editar normas de cunho legislativo. E seus atos são revisáveis pelo Poder Judiciário, nos limites em que cabe o controle jurisdicional para atos administrativos. (p. 315)

Por outro lado, a agência é investida na competência para editar normas regulamentares. A competência para editar regulamentos não é privativa do Presidente da República, mas se distribui entre as diversas entidades integrantes da Administração Pública. A redação do art. 84, IV, da Constituição não significa uma reserva constitucional privativa para o Presidente da República editar regulamentos.

Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, pois seria impossível que o Presidente da República concentrasse em suas mãos a competência para editar todos os regulamentos administrativos. (p. 316-317)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Conclusão

Exercício de um poder normativo e não regulamentar pelas agências reguladoras

Corrente 1: as agências reguladoras possuem poder normativo amplo para editar atos administrativos normativos dotados de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais, em decorrência da deslegalização (RCRO; DFMN; MA e VP; JSCF)

Corrente 1.1: limitam-se a dizer que as agências reguladoras possuem poder normativo para editar regulamentos de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais (MC; FM; CABM)

Corrente 1.2: limitam-se a dizer que as agências reguladoras possuem poder normativo e não regulamentar (AM; DCJ)

Corrente 2: apenas a ANATEL e a ANP, devido à expressa previsão constitucional, possuem poder normativo amplo para editar atos administrativos normativos dotados de conteúdo técnico, respeitados os parâmetros legais, em decorrência da deslegalização, as demais agências reguladoras possuem poder regulamentar (MSZDP)

Corrente 3: as agências reguladoras são investidas de competência para editar normas regulamentares em abstrato (MJF)

Não abordam (ASA; OM; IPN)

DIVERGÊNCIA 034 - Uso da arbitragem regulatória

Corrente 1: apenas cita a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos sem adentrar nas possibilidades de uso

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

As agências reguladoras também resolvem conflitos, por meio de conciliação, mediação ou arbitragem, envolvendo interesses de cidadãos-usuários e dos empresários dos setores regulados. Conforme será visto, isso não significa que não haja possibilidade de controle jurisdicional dos atos editados por agências reguladoras, uma vez que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição). Não há, portanto, independência dos atos das agências em relação ao Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição. (capítulo 10, item 10.5.2.2.3, p. 265)

Assim, **a agência reguladora não tem independência:**

[...]

em relação ao Poder Judiciário, que poderá controlar atos normativos e administrativos das agências reguladoras, se estes violarem o ordenamento jurídico, tendo em vista a inafastabilidade ou indeclinabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição), **ressalvados os casos de mediação, conciliação e arbitragem, amplamente utilizados como mecanismos alternativos de composição de interesses**, o que assegura à agência maior eficiência e rapidez ao dirimir conflitos, dentro dos limites legais e constitucionais, envolvendo setores regulados. (capítulo 10, item 10.5.2.2.8, p. 269)

Não abordam

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Uso da arbitragem regulatória

Corrente 1: apenas cita a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos sem adentrar nas possibilidades de uso (IPN)

Não abordam (MSZDP; MJF; DFMN; ASA; CABM; MA e VP; RCRO; FM; DCJ; AM; OM; MC; JSCF)

DIVERGÊNCIA 035 - Existência de cargo em comissão com prazo determinado e impossibilidade de exoneração *ad nutum*

Corrente 1: é vedada a exoneração *ad nutum*, sendo possível apenas a exoneração em três situações: renúncia; sentença transitada em julgado; ou processo administrativo disciplinar

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Trata-se de estabilidade diferenciada, caracterizada pelo **exercício de mandato a termo**, não coincidente com o mandato do agente político, bem como pela **impossibilidade de exoneração *ad nutum***. Em regra, **os dirigentes só perdem os seus cargos em três situações:**

- a) **renúncia;**
- b) **sentença transitada em julgado;** ou
- c) **processo administrativo, com observância da ampla defesa e do contraditório** (art. 9.º da Lei 9.986/2000). (capítulo 7, item 7.4.2.1, p. 217)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Em regra, o regime especial diz respeito à maior autonomia em relação à Administração Direta, tendo em vista que, além das características de autonomia das autarquias, na agência reguladora:

1. os dirigentes têm mandato fixo estabelecido para um período determinado na lei de instituição da agência reguladora, que varia, em geral, entre três a cinco anos, não coincidente com o mandato do Chefe do Executivo, **não podendo, como regra geral, ser exonerados *ad nutum* por motivações políticas**, o que lhes garante maior estabilidade e autonomia política em relação a interferências/pressões políticas indevidas. **Via de regra, eles perdem o mandato em três hipóteses previstas no art. 9º da Lei nº 9.986/2000:**

- a) **renúncia;**
- b) **condenação judicial transitada em julgado;** ou
- c) **decisão definitiva em processo administrativo disciplinar.** (capítulo 10, item 10.5.2.2.4, p. 265)

Também do ponto de vista da participação popular – eficiência pela aproximação com a população – apesar de as agências não serem alvo de controle direto do Poder Executivo, sendo limitada a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio e **vedada, como regra geral,**

a **exoneração ad nutum de seus dirigentes**, há meios de interlocução comunitária previstos em lei, como a consulta e a audiência públicas, para que o elemento democrático seja um ingrediente presente na atuação das agências reguladoras. (capítulo 10, item 10.5.2.2.6, p. 268)

Elas têm, em verdade, um regime especial que lhes dá maior autonomia, sobretudo no aspecto do **mandato fixo e não exonéravel ad nutum**, bem como pela limitação à interposição de recurso hierárquico impróprio (dentro das balizas do Parecer AGU nº 51/2006), sendo, contudo, as autonomias administrativa e financeira características também encontráveis nas autarquias comuns. (capítulo 10, item 10.5.2.2.8, p. 269)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

A fixidez do mandato está explicitadas de modo estrito na regra contida no art. 92, de acordo com a qual: "**Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar**". (capítulo IV, item I, p.179)

Em sua citada monografia sobre As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo também Leila Cuéllar acoima de **inconstitucional a proibição de o Presidente demitir ad nutum os dirigentes destas entidades** (Dialética, 2001, p. 100). (capítulo IV, item I, p.179, nota de rodapé 23)

Corrente 1.1: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração em três situações: renúncia; sentença transitada em julgado; ou processo administrativo disciplinar. A norma instituidora de cada agência pode estabelecer condições diversas

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, conforme o art. 9º da mesma lei, **admitindo-se que a norma criadora de cada agência estabeleça outras condições**. (capítulo 3, item 5.3.3, p. 183)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Enfim, essas novas agências reguladoras vêm sendo criadas como autarquias em regime especial. A elas são conferidas maior estabilidade e maior independência em relação ao ente que as criou. Seus dirigentes se submetem a investidura especial (são nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado) e **exercem mandatos fixos, somente podendo perdê-los em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar** (Lei nº 9.986/2000, arts. 5º, 6º e 9º), **além de outras hipóteses fixadas na Lei instituidora**. (capítulo IV, item 4.3, p.171)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Os diretores ou conselheiros somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, de condenação em processo administrativo disciplinar, podendo haver previsão de outras hipóteses na lei de criação da agência (Lei nº 9.986/2000, art. 9º e parágrafo único). Este é um dos mecanismos, em tese, para evitar a chamada captura, que é a tomada de decisões em atendimento a pressões ou influências oriundas de agentes políticos ou de agentes regulados. (capítulo 5, item 5.2.4.2, p.67)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Essa maior liberdade decorre de alguns preceitos legais, definidos na lei 9986/00, como a nomeação diferenciada dos dirigentes. Com efeito, os dirigentes das agências reguladoras possuem uma investidura especial. São nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal (art. 52, III, "f", CRFB), **para cumprir um mandato certo, ao contrário das demais autarquias em que os dirigentes são comissionados e, portanto, exoneráveis ad nutum**. Com efeito, esses dirigentes têm mandato de prazo certo, têm prazo fixo, que variará de acordo com a lei de cada agência reguladora e, em caso de vacância, no curso do mandato, este será completado por sucessor investido nos mesmos moldes da escolha do dirigente.

[...]

A garantia de cumprimento de mandato certo significa que **o dirigente não será exonerado livremente**, por vontade do órgão de controle. Isso faz com que a agência tenha mais liberdade de atuação e esteja menos dependente dos

entes da Administração Direta. O prazo de mandato é sempre definido pela lei específica de criação da entidade e o regulamento de cada Agência disciplinará a substituição dos Conselheiros e Diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo Conselheiro ou Diretor.

De acordo com a Lei 9.986/00 - Norma Geral das Agências Reguladoras - os dirigentes somente perderão seus cargos mediante:

- Renúncia;
- Processo Administrativo Disciplinar;
- Condenação Criminal.

OBS.: Admite-se que a norma criadora de cada agência estabeleça outras condições. (capítulo 4, item 5.4, p. 197, 198 e 199)

Corrente 2: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração em três situações: encerramento do mandato; renúncia; ou sentença judicial transitada em julgado

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

As agências reguladoras são autarquias com regime especial, possuindo todas as características jurídicas das autarquias comuns mas delas se diferenciando pela presença de duas peculiaridades em seu regime jurídico:

a) dirigentes estáveis: ao contrário das autarquias comuns, em que os dirigentes ocupam cargos em comissão exoneráveis livremente pelo Poder Executivo, **nas agências reguladoras os dirigentes são protegidos contra o desligamento imotivado** (art. 9º da Lei n. 9.986/2000). **A perda do cargo de direção em uma agência reguladora só pode ocorrer: 1) com o encerramento do mandato; 2) por renúncia; 3) por sentença judicial transitada em julgado.** Essa proteção contra a exoneração imotivada ou **ad nutum** representa uma estabilidade mais acentuada, permitindo ao dirigente exercer tecnicamente suas funções sem preocupação com influências políticas ou partidárias; (capítulo 3, item 3.8.3.2, p. 361)

Corrente 3: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração condicionada a prévio processo administrativo ou judicial em que seja comprovada a falta do dirigente

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

As agências reguladoras são autarquias de regime especial tanto formal (as respectivas leis instituidoras as denominam expressamente como tal) como material, já que lhes são asseguradas diversas prerrogativas, como **a nomeação dos seus dirigentes por prazo determinado**, previamente aprovados pelo Senado Federal e **vedada a livre exoneração**. Parte de suas leis instituidoras também dispõe expressamente serem elas a última e única instância decisória na esfera administrativa, vedando, portanto, o recurso hierárquico impróprio. (capítulo V, item V.10.1, p.258)

Assim, podemos ver que em termos estritos de organização administrativa a novidade mais relevante que as agências reguladoras independentes trazem para o nosso direito, a partir dessa histórica decisão do STF, é a sua independência, **assegurada principalmente pela vedação da exoneração ad nutum dos seus dirigentes (autonomia orgânica)** e pela inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central sobre os seus atos decisórios (autonomia funcional), sendo incabível, por exemplo, o chamado “recurso hierárquico impróprio”, pelo qual o Ministro ou outra autoridade do Executivo central poderia revogar ou anular as decisões das autarquias a ele vinculadas.

No status legal dos dirigentes das agências reguladoras também devem ser destacados os seguintes dados:

a exoneração é condicionada a prévio processo administrativo ou judicial em que seja comprovada a falta do dirigente; os mandatos dos dirigentes não são coincidentes, mas sucessivos, a fim de se evitar a renovação abrupta de toda a direção da agência; e a nomeação (mas não a exoneração) é submetida à prévia aprovação do Senado Federal.

[...]

Com a exposição acima, podemos nesse momento conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício, em última instância administrativa, do exercício de funções regulatórias e **dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Chefe do Poder Executivo**, após prévia aprovação pelo Poder Legislativo, **vedada a exoneração ad nutum**. (capítulo IX, item IX.8, p.422-425)

Corrente 4: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração nas hipóteses previstas em lei, quando houver um desvio das diretrizes ou um descumprimento injustificado das metas, sendo o grau de limitação à liberdade de exoneração variável conforme a lei instituidora da agência

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

De um modo geral, os autores apontam a previsão de mandatos fixos para os dirigentes como um dos mais importantes e mais utilizados instrumentos tendentes a assegurar às agências reguladoras imparcialidade em seus atos e decisões. **Uma vez nomeado, o dirigente passa a exercer um mandato de duração determinada, somente podendo ser exonerado ou destituído nas hipóteses previstas na lei.** Trata-se de uma opção política feita pelo legislador no momento da criação da entidade. Por esse motivo, sob o prisma estritamente jurídico, nada impediria que uma lei criasse uma agência em que seus diretores não possuíssem mandato.

No Brasil, atualmente, os dirigentes de todas as agências reguladoras federais exercem mandato de duração fixa. Ainda que a lei específica instituidora da agência reguladora federal seja omissa sobre esse ponto, a Lei 9.986/2000, que "dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras", introduziu em nosso ordenamento uma previsão geral de relativa estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras federais. Deve-se observar, entretanto, que, embora essa lei tenha tomado essa relativa estabilidade dos dirigentes preceito obrigatório na esfera federal, **a lei instituidora de cada agência pode prever condições para a perda do mandato, derogando a Lei 9.986/2000. É variável, portanto, conforme a agência reguladora de que se trate, o grau de limitação à liberdade do Presidente da República para exonerar ou destituir os respectivos dirigentes.** (capítulo 4, item 5.4.2, p.193 e 194)

Como decorrência do controle finalístico (tutela administrativa) a que estão sujeitas as agências reguladoras, tem-se que a lei deve, sempre, traçar as metas a serem atingidas pela agência no que concerne ao setor regulado. O atingimento dessas metas será objeto de controle pelos órgãos e autoridades competentes da administração direta, os quais, sempre que verificarem que **há um desvio das diretrizes ou um descumprimento injustificado das metas**, devem adotar as providências necessárias, inclusive intervindo ativamente na agência, por exemplo, **exonerando seus dirigentes.** (capítulo 4, item 5.5, p.202)

Corrente 4.1: é vedada a exoneração ad nutum, sendo possível apenas a exoneração nas hipóteses expressamente previstas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Elas estão sendo criadas como autarquias de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; 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 exoneração ad nutum**; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. (capítulo 10, item 10.9.3, p. 1074)

Corrente 5: impossibilidade de exoneração a qualquer tempo, a simples critério de conveniência. Somente é admitida a exoneração por meio da comprovação (mediante processo administrativo ou judicial) de um elenco específico de causas

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Há um regime especial de investidura e demissão dos administradores das agências, os quais são providos em **cargos em comissão por prazo certo e sujeitos à demissão apenas em virtude da prática de atos irregulares** (tal como adiante será mais bem examinado). (p. 314)

A administração da agência é atribuída a titulares de cargo em comissão, **mas investidos de mandato com prazo determinado, excluída a exoneração a qualquer tempo senão em face da comprovação de um elenco específico de causas**.

Ou seja, há cargos cuja investidura se faz sem concurso público, exigindo-se o preenchimento pelo interessado de determinados requisitos. A investidura se faz por prazo determinado, com eventual possibilidade de recondução. O procedimento de nomeação comporta a participação de diversos órgãos ou autoridades. Uma vez empossados, **os administradores têm garantia contra exoneração fundada em simples critério de conveniência. Somente se admite sua demissão mediante demonstração de ação ou omissão incompatível com os deveres inerentes à função**. (p. 317)

A demissibilidade dos administradores das agências: **Insista-se em que os administradores podem ser demitidos, desde que comprovada (mediante processo administrativo ou judicial) a infração a determinados deveres ou a perda de requisitos essenciais para o exercício do cargo. O que não se admite é sua exoneração ao sabor das conveniências políticas.** (p. 318)

Corrente 6: apenas cita que os dirigentes têm mandatos estáveis por prazo determinado

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Tais agências, que no Brasil têm assumido a forma de autarquias especiais, devem obedecer aos seguintes princípios setoriais, necessários para assegurar sua autonomia funcional e a cabal satisfação de suas respectivas missões:
1.º) autonomia política dos dirigentes, a serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, mas sob aprovação do Poder Legislativo, **com mandatos estáveis, durante um prazo determinado**, e preferentemente defasado dos períodos dos mandatos políticos do Executivo; (capítulo XVI, item 135.8, p. 589)

Não aborda

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Situações que permitem a exoneração *ad nutum* em agências reguladoras

Corrente 1: é vedada a exoneração *ad nutum*, sendo possível apenas a exoneração em três situações: renúncia; sentença transitada em julgado; ou processo administrativo disciplinar (RCRO; IPN; CABM)

Corrente 1.1: é vedada a exoneração *ad nutum*, sendo possível apenas a exoneração em três situações: renúncia; sentença transitada em julgado; ou processo administrativo disciplinar. A norma instituidora de cada agência pode estabelecer condições diversas (FM; DCJ; OM; MC)

Corrente 2: é vedada a exoneração *ad nutum*, sendo possível apenas a exoneração em três situações: encerramento do mandato; renúncia; ou sentença judicial transitada em julgado (AM)

Corrente 3: é vedada a exoneração *ad nutum*, sendo possível apenas a exoneração condicionada a prévio processo administrativo ou judicial em que seja comprovada a falta do dirigente (ASA)

Corrente 4: é vedada a exoneração *ad nutum*, sendo possível apenas a exoneração nas hipóteses previstas em lei, quando houver um desvio das diretrizes ou um descumprimento injustificado das metas, sendo o grau de limitação à liberdade de exoneração variável conforme a lei instituidora da agência (MA e VP)

Corrente 4.1: é vedada a exoneração *ad nutum*, sendo possível apenas a exoneração nas hipóteses expressamente previstas (MSZDP)

Corrente 5: impossibilidade de exoneração a qualquer tempo, a simples critério de conveniência. Somente é admitida a exoneração por meio da comprovação (mediante processo administrativo ou judicial) de um elenco específico de causas (MJF)

Corrente 6: apenas cita que os dirigentes têm mandatos estáveis por prazo determinado (DFMN)

Não aborda (JSCF)

DIVERGÊNCIA 036 - Cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisão da diretoria da agência reguladora

Corrente 1: impossibilidade de cabimento do recurso hierárquico impróprio contra as decisões da diretoria da agência reguladora por falta de previsão legal expressa e específica

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

As agências reguladoras são autarquias de regime especial tanto formal (as respectivas leis instituidoras as denominam expressamente como tal) como material, já que lhes são asseguradas diversas prerrogativas, como a nomeação dos seus dirigentes por prazo determinado, previamente aprovados pelo Senado Federal e vedada a livre exoneração. **Parte de suas leis instituidoras também dispõe expressamente serem elas a última e única instância decisória na esfera administrativa, vedando, portanto, o recurso hierárquico impróprio.** (capítulo V, item V.10, p.258)

Assim, podemos ver que em termos estritos de organização administrativa a novidade mais relevante que as agências reguladoras independentes trazem para o nosso direito, a partir dessa histórica decisão do STF, é a sua independência, assegurada principalmente pela vedação da exoneração ad nutum dos seus dirigentes

(autonomia orgânica) e pela **inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central sobre os seus atos decisórios (autonomia funcional), sendo incabível, por exemplo, o chamado “recurso hierárquico impróprio”,** pelo qual o Ministro ou outra autoridade do Executivo central poderia revogar ou anular as decisões das autarquias a ele vinculadas. (capítulo IX, item IX.8, p.422 e 423)

Examinando o Direito positivo de pronto, **podemos afirmar que nenhuma lei prevê a existência de recurso administrativo hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, o que por si só bastaria para eliminar tal possibilidade** em razão da vetusta doutrina do *pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà du texte*, decorrente da personificação jurídica das entidades da Administração Indireta, que não são meros órgãos despersonalizados.

[...]

O que se deve notar é que pouco importa se nesta ou naquela agência está ou não expressamente excluída

a interposição de recurso hierárquico impróprio. Como já visto, **não é a sua vedação que deve ser expressa, mas sim a sua admissão (*pas de tutelle sans texte*).** O próprio Decreto-Lei n. 200/67, aplicável às agências

reguladoras no que não contrariar as suas leis específicas, **não inclui os recursos hierárquicos impróprios** entre os mecanismos de supervisão ministerial disciplinados por seus arts. 19 a 29.

[...]

Essencial no ponto é se referir ao **Parecer Normativo n. AC – 051, da Advocacia-Geral da União – AGU**, aprovado pelo Presidente da República, que, apesar dos seus escassos efeitos práticos até o momento, de fato **estabelece a possibilidade de os Ministérios reverem os atos das agências reguladoras de ofício ou mediante pedido/recurso da parte interessada sempre que a agência ultrapassar os limites das suas competências ou violar as políticas públicas estabelecidas pela Administração Central.**

Para sustentar esses instrumentos extremos de intervenção ministerial nas decisões regulatórias, o Parecer

Normativo invoca, basicamente, a competência da AGU para uniformizar a interpretação jurídica e dirimir

controvérsias entre órgãos jurídicos no âmbito da União; a supervisão ministerial genericamente prevista no art. 87 da Constituição Federal e no Decreto-Lei n. 200/67; o regime presidencialista da CF/88 e o poder de avocação do Presidente da República previsto no Decreto-Lei n. 200/67.

Resumidamente, **não concordamos com o Parecer Normativo da AGU** pelas seguintes razões: 1) não é o fato de uma entidade alegadamente violar a competência de outra que legitima que seja a própria entidade parte da disputa (a União, por sua Advocacia) o juiz da sua solução; 2) contraria as leis das agências reguladoras que lhes assegura a posição de última instância administrativa; 3) **o recurso hierárquico impróprio não pode ser genericamente extraído** da supervisão ministerial ou, muito menos, do regime presidencialista, **sendo imprescindível a sua previsão legal expressa e específica**; 4) ao julgar a ADIN n. 1.949-0, que versava justamente sobre as agências reguladoras, o STF expressamente afirmou que o Direito brasileiro não acolheu uma visão imperial ou napoleônica do presidencialismo; 5) é justamente nos EUA, berço do presidencialismo, que as agências mais possuem garantias de autonomia frente ao Executivo central; 6) a AGU pode uniformizar a interpretação na Administração Pública federal, desde que não desvirtue o arcabouço organizacional legal de entidades da Administração Indireta e não comprometa a possibilidade de decisão jurídica em conflito com a União e os órgãos de sua Administração Direta, aí inclusa a AGU.

[...]

Independente da posição que se adote, a decisão administrativa da AGU acerca de interpretações jurídicas (ex.: eventuais conflitos de competências entre autarquias independentes e outros órgãos ou entidades), ainda que chancelada pelo Presidente da República, **não impede que as agências pleiteiem judicialmente a preservação da sua autonomia decisória.** (capítulo IX, item IX.8.2, p.430-434)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A autonomia administrativa, reforçada, das agências reguladoras pode ser afirmada por duas características básicas: a estabilidade reforçada dos dirigentes e **a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das entidades regulatórias**. (capítulo 7, item 7.4.2, p. 217)

A autonomia administrativa das agências reguladoras também pode ser caracterizada pela **impossibilidade do chamado “recurso hierárquico impróprio”**, interposto perante pessoa jurídica diversa daquela que proferiu a decisão recorrida. O objetivo é assegurar que a decisão final na esfera administrativa seja da autarquia regulatória.

Registre-se, no entanto, que a questão é objeto de divergências doutrinárias:

1.º entendimento (majoritário): **impossibilidade do recurso hierárquico impróprio, tendo em vista a ausência de previsão expressa na legislação das agências**. Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto.

2.º entendimento: **viabilidade de revisão pelo chefe do Executivo ou respectivo Ministério da decisão da agência por meio de provocação do interessado (recurso hierárquico impróprio) ou de ofício (avocatória), com fundamento na direção superior exercida pelo chefe do Executivo sobre toda a Administração Pública (art. 84, II, da CRFB)**. Nesse sentido: AGU (Parecer AC-051).

3.º entendimento: **cabimento do recurso hierárquico impróprio por ilegalidade (anulação da decisão ilegal da agência), com fulcro no art. 84, II, da CRFB, e descabimento do recurso por conveniência e oportunidade (impossibilidade de revogação da decisão regulatória)**. Nesse sentido: Marcos Juruena Villela Souto.

Em nossa opinião, não cabe recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, em razão da ausência de previsão legal expressa. O recurso hierárquico impróprio é modalidade recursal excepcional **só tolerada nos casos expressamente previstos em lei**, tendo em vista a sua utilização no bojo de uma relação administrativa em que inexistente hierarquia (subordinação é inerente à estrutura interna das pessoas administrativas e órgãos públicos), mas apenas vinculação (a relação de vinculação existe entre pessoas administrativas). (capítulo 7, item 7.4.2.2, p. 218-219)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Elas foram sendo criadas como autarquias de regime especial. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; 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 exoneração ad nutum; **ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.**

[...]

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias, compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas, ao controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no artigo 49, X, da Constituição, não podendo escapar à “direção superior da administração federal”, prevista no artigo 84, II. **Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo.** A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da Administração Indireta, em que os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas. (capítulo 10, item 10.9.3, p. 1074 e 1083) Enquanto o Decreto-lei nº 200/67 prevê intervenção em todas as modalidades de pessoas descentralizadas, por motivo de interesse público (art. 26, parágrafo único, i), a lei estadual só a admite sobre as autarquias, quando se verificar desvio de finalidade ou inobservância de normas legais na sua administração (art. 18).

Finalmente, é importante realçar que o recurso não constitui ato de tutela; a rigor, não cabe recurso perante a Administração Direta, contra atos praticados por entidade descentralizada. O recurso existe onde haja subordinação hierárquica, o que não ocorre no caso dessas entidades. Excepcionalmente, poderá ser interposto recurso, desde que haja previsão legal expressa, sendo, nesse caso, chamado de recurso hierárquico impróprio.

Com exceção dessa hipótese, nas demais, prolatada a decisão final pelo dirigente da entidade, somente cabe ao interessado recorrer ao Poder Judiciário. (capítulo 10, item 10.11)

O recurso hierárquico impróprio é dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Precisamente por isso é chamado impróprio. **Não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível**

se previsto expressamente em lei. A hipótese mais comum é a de recurso contra ato praticado por dirigente de autarquia, interposto perante o Ministério a que a mesma se acha vinculada ou perante o Chefe do Poder Executivo, dependendo do que estabeleça a lei. É o caso também de recursos interpostos perante tribunais administrativos, como o Tribunal de Impostos e Taxas ou o Conselho de Contribuintes. (capítulo 17, item 17.3.2.2, p. 1674)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A autonomia decisória significa que os conflitos administrativos, inclusive os que envolvem as entidades sob seu controle, se desencadeiam e se dirimem através dos próprios órgãos da autarquia. Em outras palavras, o poder revisional exaure-se no âmbito interno, **sendo inviável juridicamente eventual recurso dirigido a órgãos ou autoridades da pessoa federativa à qual está vinculada a autarquia.**

[...]

A despeito desse aspecto especial das citadas entidades, **tem havido entendimento no sentido da possibilidade de os Ministérios exercerem poder revisional, de ofício ou por provocação (recurso hierárquico impróprio), sobre os atos das agências quando ultrapassados os limites de sua competência ou contrariadas políticas públicas do governo central.** Semelhante controle traduz uma forma de supervisão ministerial, **inadequada para as agências em virtude de sua peculiar fisionomia de ser dotada de maior independência quanto a suas ações.** Embora tenham que estar necessariamente vinculadas à Administração Direta (normalmente, a um Ministério ou Secretaria Estadual ou Municipal), não podem sofrer o mesmo tipo de controle a que se submetem as demais pessoas da administração indireta. Tal entendimento demonstra que os órgãos governamentais ainda não aceitaram inteiramente esse novo regime nem se conformaram com a redução de seu poder em face da maior autonomia outorgada às agências. (capítulo 9, item III, subitem 7.3, p. 889)

Recursos hierárquicos impróprios são aqueles que o recorrente dirige a autoridades ou órgãos estranhos àquele de onde se originou o ato impugnado. O adjetivo “impróprio” na expressão significa que entre o órgão controlado e o controlador não há propriamente relação hierárquica de subordinação, mas sim uma relação de vinculação, já que se trata de pessoas diversas ou de órgãos pertencentes a pessoas diversas. Exemplo: se o interessado recorre contra o ato do presidente de uma fundação pública estadual para o Secretário Estadual ou para o Governador do respectivo Estado, esse recurso é hierárquico impróprio.

Em relação a tais recursos, vale a pena acentuar que **sua admissibilidade depende de lei expressa**, porque no caso, como dissemos, não há hierarquia em sentido puro. Apesar disso, nada impede e tudo aconselha, a nosso ver,

que a autoridade examine o recurso administrativo mesmo diante do silêncio da lei, até porque, se não for a postulação reconhecida como recurso, deverá sê-lo como exercício regular do direito de petição, o qual há de merecer a resposta da Administração. (capítulo 15, item II, subitem 4.5, p. 1697-1698)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Além disso, **os atos da agência reguladora independente não se sujeitam à revisão por autoridade integrante da Administração direta, mas apenas perante o Poder Judiciário.** (capítulo 10, item 10.12.5.2, p. 314)

O primeiro ponto relevante reside em que as competências atribuídas por lei às agências reguladoras são retiradas da Administração direta. Ou seja, a atribuição de competências administrativas privativas em prol das agências equivale a reduzir os poderes da Administração centralizada. Isso significa que o Presidente da República, embora titular do mais alto posto do Estado, não poderá deliberar sobre assuntos de competência das agências.

Isso demonstra, inclusive, **a ausência de revisibilidade ministerial dos atos praticados pelas agências. Não cabe "recurso hierárquico" para o Ministério em relação às decisões praticadas pelas agências.** (p. 316)

Corrente 2: impossibilidade de recurso hierárquico impróprio perante as decisões das agências reguladoras, mas admite que o Chefe do Executivo possa decretar, limitada e motivadamente, a anulação de atos ilegais praticados no âmbito das autarquias especiais

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Consiste na possibilidade da interposição de recurso à administração direta contra atos decisórios finais tomados no âmbito autárquico. Assim é que, por guardarem semelhança com os recursos hierárquicos, que são os interpostos na hierarquia interna das pessoas jurídicas administrativas, por simetria, se denominam recursos hierárquicos impróprios.

Essa recorribilidade extraordinária contra decisões finais da autarquia, recordando, só se admitirá sob direito estrito, por isso **necessitando de previsão legal e de regulamentação de seu processo e dos seus efeitos, constituindo-se em elementos essenciais de sua admissão**, como sublinhados por Guido Zanobini e sintetizados na consagrada expressão da doutrina francesa, *pas de tutelle sans texte*, que pode ser traduzida livremente por inexistir controle sem norma que o institua.

Reconheça-se, todavia, em razão do dever de supervisão sobre toda a administração federal no ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 84, II), que **o Chefe do Poder Executivo poderá decretar, limitada e motivadamente, a anulação de atos ilegais praticados no âmbito autárquico**, atuando estritamente no exercício de tutela da juridicidade e da coerência jurídica de todo o conjunto da administração pública, que se lhe impõe, por lhe caber constitucionalmente a sua direção superior, **mesmo em se tratando de autarquias classificadas como especiais**. (capítulo XI, item 74.2, p. 371 e 372)

Tais agências, que no Brasil têm assumido a forma de autarquias especiais, devem obedecer aos seguintes princípios setoriais, necessários para assegurar sua autonomia funcional e a cabal satisfação de suas respectivas missões:

[...]

2.º) autonomia técnico-decisonal, com predomínio da discricionariedade técnica sobre a discricionariedade político-administrativa e **sem recurso hierárquico impróprio de suas decisões para o Poder Executivo**; (capítulo XVI, item 135.8, p. 589)

Corrente 3: condiciona cabimento do recurso hierárquico impróprio na hipótese de exercício da tutela extraordinária

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Para o Prof. Floriano Azevedo Marques Neto, no plano teórico, a ampliação da autonomia das agências reguladoras perante o poder político poderia ser concretizada por meio dos seguintes instrumentos, dentre outros:

- a) a previsão de mandato com prazo certo para os dirigentes da entidade, o que lhes confere uma relativa estabilidade;
- b) a autonomia de gestão;
- c) o estabelecimento de fontes próprias de recursos, se possível geradas pelo próprio exercício da atividade regulatória (taxas pelo exercício do poder de polícia, preços públicos específicos);
- d) a não subordinação hierárquica a qualquer instância de governo;
- e) a inexistência de instância revisora de seus atos no âmbito administrativo (**vedação à possibilidade dos denominados "recursos hierárquicos impróprios" contra seus atos**);
- f) a indicação dos dirigentes pautada por critérios técnicos, sendo preferível que sua nomeação não seja ato exclusivo do Poder Executivo, devendo envolver o Legislativo, mediante sabatina e aprovação, pela instância parlamentar dos nomes indicados. (capítulo 4, item 5.4.2, p.193)

É uniforme na doutrina o entendimento de que os recursos hierárquicos impróprios somente são cabíveis quando exista lei que expressamente os

preveja, designando a autoridade ou o órgão com competência para apreciar e decidir o recurso e as hipóteses em que ele pode ser interposto.

Pode ocorrer uma **exceção a essa exigência de expressa previsão legal no exercício da assim chamada tutela extraordinária** - para os administrativistas que a admitem.

Com efeito, **em uma situação de tutela extraordinária, seria possível, em tese, a interposição de ofício de recurso hierárquico impróprio sem expressa previsão legal.**

Imagine-se, por exemplo, um caso em que o órgão competente para decidir recursos em processos administrativos no âmbito de uma autarquia profira uma decisão flagrantemente contrária à lei, um verdadeiro descalabro administrativo, escandalosamente prejudicial aos interesses da autarquia (portanto, também lesiva ao interesse público). Suponha-se, ainda, que, no âmbito dessa autarquia, a decisão desse órgão seja definitiva. Em um caso assim, seria possível o órgão jurídico da autarquia, que tivesse atuado no processo em defesa dos interesses desta, interpor de ofício recurso ao ministério supervisor, pedindo a reforma da decisão.

Observe-se que a própria autarquia estaria pedindo reforma da decisão dela mesma - uma vez que o recurso foi apresentado por um órgão dela contra uma decisão de um órgão também integrante de sua estrutura. Estaria, ademais, recorrendo a um órgão (o ministério) com o qual não mantém relação de hierarquia. Logo, seria um recurso de ofício e um **recurso hierárquico impróprio, interposto**, ademais, **sem lei expressa que o previsse, no exercício da tutela administrativa, denominada, nesse caso, tutela extraordinária, cuja característica é exatamente ser exercida em casos extremos, que justifiquem o seu exercício mesmo na ausência de previsão legal específica.** (capítulo 13, item 4.2.2.1, p. 57 e 58)

Corrente 4: condiciona a possibilidade de recurso hierárquico impróprio às duas hipóteses elencadas pela AGU no parecer normativo nº 51/2006, quais sejam: a) quando as agências reguladoras ultrapassarem/extrapolarem os limites das suas competências institucionais; e b) se elas violarem políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Central

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Em regra, o regime especial diz respeito à maior autonomia em relação à Administração Direta, tendo em vista que, além das características de autonomia das autarquias, na agência reguladora:

[...]

3. existem limites à interposição de recurso hierárquico impróprio de ato de agência reguladora no Ministério supervisor competente, sendo

admitida, todavia, a supervisão ministerial, por meio do parecer normativo da Advocacia Geral da União (AGU) nº 51/2006, em duas hipóteses:

a) quando as agências reguladoras ultrapassarem/extrapolarem os limites das suas competências institucionais; e

b) se elas violarem políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Central. (capítulo 10, item 10.5.2.2.3, p. 265)

Também do ponto de vista da participação popular – eficiência pela aproximação com a população – apesar de as agências não serem alvo de controle direto do Poder Executivo, sendo **limitada a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio** e vedada, como regra geral, a exoneração ad nutum de seus dirigentes, há meios de interlocução comunitária previstos em lei, como a consulta e a audiência públicas, para que o elemento democrático seja um ingrediente presente na atuação das agências reguladoras. (capítulo 10, item 10.5.2.2.6, p. 268)

Elas têm, em verdade, um regime especial que lhes dá maior autonomia, sobretudo no aspecto do mandato fixo e não exonerável ad nutum, bem como pela **limitação à interposição de recurso hierárquico impróprio (dentro das balizas do Parecer AGU nº 51/2006)**, sendo, contudo, as autonomias administrativa e financeira características também encontráveis nas autarquias comuns.

Assim, a agência reguladora não tem independência:

. em relação ao Poder Executivo, pois, apesar de não haver hierarquia, uma vez que a agência reguladora faz parte da Administração Indireta, também **há limites à interposição de recurso hierárquico impróprio, sendo, todavia, passíveis de supervisão ministerial atos que fixem políticas públicas ou extrapolem das atribuições institucionais**, o que nos permite identificar um grau adequado de tutela em relação ao controle de fins; (capítulo 10, item 10.5.2.2.8, p. 269)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A Advocacia-Geral da União emitiu dois importantes pareceres sobre o controle administrativo da atuação das agências reguladoras federais. **No Parecer AGU 51/2006, reconheceu-se a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio, dirigido ao ministro da pasta supervisora, contra decisões das agências que inobservarem a adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e os Ministérios que o auxiliam.** (capítulo 3, item 3.8.3.6, p. 372)

Não abordam

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisão da diretoria da agência reguladora

Corrente 1: impossibilidade de cabimento do recurso hierárquico impróprio contra as decisões da diretoria da agência reguladora por falta de previsão legal expressa e específica (ASA; RCRO; MSZDP; JSCF; MJF)

Corrente 2: impossibilidade de recurso hierárquico impróprio perante as decisões das agências reguladoras, mas admite que o Chefe do Executivo possa decretar, limitada e motivadamente, a anulação de atos ilegais praticados no âmbito das autarquias especiais (DFMN)

Corrente 3: condiciona cabimento do recurso hierárquico impróprio na hipótese de exercício da tutela extraordinária (MA e VP)

Corrente 4: condiciona a possibilidade de recurso hierárquico impróprio às duas hipóteses elencadas pela AGU no parecer normativo nº 51/2006, quais sejam: a) quando as agências reguladoras ultrapassarem/extrapolarem os limites das suas

competências institucionais; e b) se elas violarem políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo Central (IPN; AM)

Não abordam (FM; DCJ; MC; CABM; OM)

DIVERGÊNCIA 037 - (In)constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005

Corrente 1: defende a constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005 com fundamento no art. 22, inc. XXVIII, da CFRB

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A Lei 11.107/2005, conforme dispõe o seu art. 1.º, “dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências”. É fácil notar que o legislador federal pretendeu estabelecer normas gerais aplicáveis a todos os entes da Federação, conferindo à Lei 11.107/2005 o caráter de “lei nacional”. Todos os entes podem dispor sobre normas específicas sobre consórcios, desde que respeitadas as normas gerais.

Há controvérsia, no entanto, em relação à possibilidade de fixação, pela União, de normas gerais sobre consórcios:

Primeira posição: **impossibilidade de normas gerais sobre consórcios, tendo em vista a autonomia federativa**. De acordo com o art. 241 da CRFB: “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 públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Vale dizer: **cada Ente teria competência autônoma para disciplinar os consórcios**. Ademais, **a contratualização do consórcio, efetivada pela Lei 11.107/2005, teria o único objetivo de “legitimar” a atuação do legislador federal na fixação de normas gerais sobre contratos de consórcio**, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB. Por esta razão, **a Lei 11.107/2005 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição para ser considerada “lei federal” (e não “lei nacional”), aplicável apenas à União**. Nesse sentido: Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Segunda posição: **constitucionalidade das normas gerais da Lei 11.107/2005, tendo em vista o art. 22, XXVII, da CRFB**. Nesse sentido: Marçal Justen Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Odete Medauar, Floriano de Azevedo Marques Neto, Andréas Krell.

Concordamos com a segunda posição, que tem prevalecido atualmente, em razão dos seguintes argumentos:

a) o art. 22, XXVII, da CRFB dispõe que a União pode legislar sobre normas gerais de contratos, e não haveria vedação de contratualização do consórcio, tese, como visto, tradicionalmente defendida por parcela da doutrina;

b) o art. 241 da CRFB estabelece competência concorrente para os entes da Federação legislarem sobre os consórcios públicos e, dessa forma, independentemente da discussão à respeito da natureza contratual do consórcio, a União, com fundamento no art. 24, caput e parágrafos, da CRFB, poderia editar normas gerais, de caráter nacional;

c) necessidade de uniformização dos consórcios públicos em âmbito nacional, mormente pelo fato de esse instrumento jurídico tratar da cooperação entre diversos entes federados, sendo certo que os interesses em jogo extrapolam os limites territoriais da cada Ente;

d) o federalismo cooperativo pressupõe, por óbvio, a relativização de uma partilha rígida de competências para se buscar uma integração racional entre os entes federados, garantindo segurança jurídica (homogeneidade normativa para assuntos que extrapolam os interesses de cada ente) e efetividade dos interesses constitucionais que o Poder Público deve satisfazer. (capítulo 10, item 10.3, p. 287, 288 e 289)

Corrente 2: não assume um posicionamento, mas afirma que o art. 22, XXVII, da Constituição foi usado como fundamento de validade da Lei n.º 11.107/2005

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

A Lei nº 11.107/2005 foi criada, após tormentosa polêmica envolvendo também a comunidade científica, para tratar de normas gerais para todos os entes federativos que contratem consórcios públicos para a realização de interesse comum (art. 1º da lei).

Justificou-se a criação da lei de consórcios, aplicável como regra geral a todos os entes federativos, na competência privativa da União para estabelecer normas gerais de contratação, nos moldes do art. 22, XXVII, da Constituição.

Muito embora a lei no geral insinue que o consórcio é criado pelo contrato de consórcio, o art. 5º demanda lei ratificadora do protocolo de intenções para que haja a instituição da pessoa jurídica e posterior assinatura do contrato de consórcio.

Assim, o consórcio adquire personalidade jurídica a partir da autorização legal e não com a mera celebração do contrato, pois no Direito Administrativo a outorga de atribuições próprias do Poder Público e a constituição de ente da Administração Indireta não podem ser feitas pela via contratual, sendo inclusive questionável se o ajuste de vontades para a consecução de fins de interesse comum teria intrinsecamente natureza contratual.

Tendo em vista tais problemáticas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro encontra outro tipo de fundamento para a criação de uma lei geral de consórcios

públicos. **Segundo entende, trata-se de competência comum de todos os entes a gestão associada para fins de interesse comum, o que demanda da União a edição de uma lei de âmbito nacional para disciplinar pontos comuns.** (capítulo 10, item 10.5.5.1, p. 278-279)

Corrente 3: não assume um posicionamento, mas afirma que, para os críticos, a Lei n.º 11.107/2005 põe em risco a autonomia federativa

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Esse instrumento tem um amplo alcance e os estudos sobre o assunto ainda são incipientes. Todavia, muitas críticas já foram apresentadas, inclusive enquanto tramitava o projeto de lei. **Para os críticos, os consórcios públicos acabam dando um novo sentido à organização federativa do país.**

Nesse cenário, há um alerta dos analisadores do novo diploma, que chamam a atenção para **os riscos desses consórcios em face da autonomia dos entes públicos**. A pretexto de uma prestação de serviços públicos, por meio de gestão associada, a União, como parceira do consórcio, pode interferir em questões locais dos Estados e Municípios. O fato de poder participar e atuar como consorciada (art. 1º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005), compondo o órgão supremo do consórcio público, que é a Assembleia Geral (art. 4º, VII, da citada lei), instância máxima do consórcio, composta, exclusivamente pelos Chefes do Poder Executivo dos entes consorciados (art. 4º, VIII, da mesma lei), ela poderá reduzir a autonomia dos demais entes, em virtude do seu poder político e financeiro. **Essa intervenção oblíqua na vida administrativa dos Estados e Municípios conflita com todo o texto constitucional, inclusive com matéria de intervenção** (arts. 34 e 35 da CF). (capítulo 8, item 17, p. 557)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Neste sentido, pode-se estabelecer que o consórcio público é a gestão associada dos entes federativos, de qualquer esfera de governo, para a prestação de serviços públicos de interesse comum. O conceito sofre algumas críticas doutrinárias, mormente pelo fato de se enxergar **uma brecha para violação da autonomia federativa**, haja vista a possibilidade de a União interferir na gestão de serviços de interesse local ou regional, que seriam de competência dos municípios e estados do local de prestação, respectivamente. (capítulo 10, item 10, p. 715)

Corrente 4: cita apenas que é questionável a legitimidade da Lei n.º 11.107/2005

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O art. 241 da Constituição, com redação dada pela EC 19/1998, preceitua 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 públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".

Percebe-se que **o dispositivo constitucional atribui a cada ente federado a competência para disciplinar, por meio de lei própria, os consórcios públicos**, os convênios de cooperação e a gestão associada de serviços públicos. **Entretanto, a Lei 11.107/2005 é uma lei de normas gerais de caráter nacional, ou seja, aplica-se a todos os entes da Federação**; consoante o seu art. 1º, ela "dispõe sobre normas gerais para a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências". **Com o intuito de compatibilizar com a Carta Política essa edição, pela União, de normas gerais nacionais sobre consórcios públicos, a Lei 11.107/2005 atribuiu a eles natureza contratual**. Assim, a competência da União estaria sendo exercida com base no art. 22 inciso XXVII e não no art. 241 da Constituição. **É bastante discutível a legitimidade de tal artifício, mas, até eventual manifestação em contrário do Supremo Tribunal Federal, a Lei 11.107/2005 encontra-se em vigor e plenamente eficaz**. (capítulo 2, item 4.7.4, p. 122-123)

Corrente 5: o fundamento de promulgação da Lei n.º 11.107/2005 é o estabelecimento, pela União, de uma lei de âmbito nacional para estabelecer pontos comuns quando da constituição de consórcio público

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

No entanto, o legislador preferiu dar tratamento diferente ao consórcio, atribuindo-lhe personalidade jurídica, conforme consta da Lei nº 11.107/05. A incongruência da lei começa a partir do preâmbulo, com a referência a "normas gerais de contratação de consórcios públicos", ideia que se repete no artigo 1º, ao estabelecer que a lei dispõe sobre "normas gerais para a

União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivo de interesse comum”.

Na realidade, a lei não trata de contratação de consórcios pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, **mas de constituição de pessoa jurídica**, o que se dá por meio de todo um procedimento, que abrange várias fases, conforme se verá. O contrato corresponde a uma das fases do procedimento de constituição da entidade.

Talvez o objetivo do legislador fosse o de dar a impressão de que a lei, dispondo sobre contrato, insere-se na competência da União para estabelecer normas gerais sobre contratos administrativos, conforme previsto no artigo 22, XXVII, da Constituição.

Os consórcios estão previstos no artigo 241 da Constituição Federal (introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98), em cujos termos “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 públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

O objetivo da norma constitucional é o de consolidar a gestão associada entre os entes federados para consecução de fins de interesse comum. Normalmente, essas matérias são as que se inserem na competência comum prevista no artigo 23 da Constituição. Muitas vezes, o serviço que uma pessoa jurídica pública não pode ou tem dificuldades para executar sozinha torna-se possível ou mais eficiente mediante a conjugação de esforços.

Na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, o artigo 13 estabelecia que “a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”.

A Constituição vigente, no artigo 241, criou certa perplexidade ao estabelecer que os entes federados “disciplinarão por meio de lei os consórcios e os convênios de cooperação”, dando a impressão de que cada qual terá competência própria para legislar sobre a matéria. Só que, como os consórcios envolvem a participação de diferentes pessoas jurídicas públicas, **é impossível que cada qual estabeleça suas próprias normas, sem que haja uma lei de âmbito nacional estabelecendo os pontos comuns. Provavelmente por essa razão, foi promulgada a Lei nº 11.107/05, estabelecendo normas gerais.** Só que não são normas gerais sobre contrato, mas normas sobre constituição de pessoa jurídica por entes federativos em conjunto. (capítulo 10, item 10.10.1, p. 1088, 1089 e 1090)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

(In)constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005

Corrente 1: defende a constitucionalidade da Lei n.º 11.107/2005 com fundamento no art. 22, XXVIII, da CFRB (RCRO)

Corrente 2: não assume um posicionamento, mas afirma que o art. 22, inc. XXVII, da Constituição foi usado como fundamento de validade da Lei n.º 11.107/2005 (IPN)

Corrente 3: não assume um posicionamento, mas afirma que, para os críticos, a Lei n.º 11.107/2005 põe em risco a autonomia federativa (FM; MC)

Corrente 4: cita apenas que é questionável a legitimidade da Lei n.º 11.107/2005 (MA e VP)

Corrente 5: o fundamento de promulgação da Lei n.º 11.107/2005 é o estabelecimento, pela União, de uma lei de âmbito nacional para estabelecer pontos comuns quando da constituição de consórcio público (MSZDP)

Não abordam (CABM; ASA; DCJ; OM; MJF; AM; DFMN; JSCF)

DIVERGÊNCIA 038 - Necessidade ou não da forma de lei complementar, em razão do disposto no parágrafo único, do art. 23 da CRFB, no que diz respeito a consórcio público

Não abordam

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Não abordam (RCRO; DFMN; MA e VP; JSCF; MSZDP; IPN; FM; MC; AM; DCJ; CABM; MJF; ASA; OM)

DIVERGÊNCIA 039 - Possibilidade de norma infraconstitucional instituir nova entidade administrativa

Corrente 1: inconstitucionalidade de legislação infraconstitucional instituir nova entidade administrativa (consórcio público)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Novamente, os críticos alertam, o que é bem razoável, para o fato de que, com todos esses poderes, **o consórcio público seja inconstitucionalmente equiparado, em diversos aspectos, às unidades que compõem a Federação brasileira**. Esse novo diploma cria uma associação que pode alterar o sentido do federalismo pátrio, o qual se distingue pela existência de entes com competências distintas, cujo relacionamento recíproco é disciplinado pela própria Constituição Federal.

[...]

Nos casos em que a personalidade jurídica é de direito público, o consórcio integra a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, o que está sendo objeto de muitas críticas, porque **o consórcio público se torna, por vias transversas, uma nova entidade da Administração Indireta**, ao lado das autarquias, das fundações públicas e outras, com mais amplo espectro de encargos e competências, **contrariando, assim, a previsão constitucional do art. 241 da Constituição Federal e a própria natureza do federalismo brasileiro**.

Essa interpretação, que inclui o consórcio como ente da Administração Indireta, decorre da leitura do art. 41, IV, do Código Civil, com a redação alterada pela Lei n. 11.107/2005. O dispositivo enumera as pessoas jurídicas de direito público e, ao lado das autarquias, coloca as associações públicas. Sendo assim, essas novas pessoas jurídicas, quando de direito público, seguem o mesmo regime que as autarquias, todavia com inúmeras outras competências e prerrogativas, causando discussão entre os estudiosos.

Hoje, no Brasil, a estrutura da Federação é trina, sendo disciplinada, na própria Constituição, a competência territorial de cada ente federativo, cada um deles com distintas áreas de poder privativo ou de competência comum. Desse raciocínio resultam todos os dispositivos constitucionais sobre o que cabe a cada unidade federativa. Em conflito com essas regras constitucionais, com a desculpa de implementação de uma gestão associada, a nova lei dispõe detalhadamente sobre diversos assuntos, inclusive definindo competência comum dos três entes federativos, **o que deveria ser realizado pelo texto constitucional, e não pela legislação infraconstitucional**. (capítulo 8, item 17, p. 558 e 560)

Não abordam

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Conclusão

Possibilidade de norma infraconstitucional instituir nova entidade administrativa

Corrente 1: inconstitucionalidade de legislação infraconstitucional instituir nova entidade administrativa (consórcio público) (FM)

Não abordam (JSCF; MJF; MC; ASA; CABM; DFMN; MSZDP; OM; RCRO; AM; MA e VP; DCJ; IPN)

DIVERGÊNCIA 040 - Abrangência territorial dos consórcios públicos

Corrente 1: não haverá consórcio público constituído unicamente pela União e municípios, bem como entre um estado e um município de outro estado

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Os consórcios públicos são celebrados entre entes federados de mesma espécie ou não. **Não haverá, entretanto, consórcio público constituído unicamente pela União e municípios.** Isso porque o art. 1º, § 2º, da lei estatui que "a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os estados em cujos territórios estejam situados os municípios consorciados". **Também não pode haver consórcio público celebrado entre um estado e município de outro estado** (razão de veto dos incisos III e V do § 1º do art. 4º). Podem ser celebrados, entretanto, consórcios públicos entre o Distrito Federal e municípios (art. 4º, § 1º, inciso IV). (capítulo 2, item 4.7.4, p. 123)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Como observado, os consórcios públicos são entidades constituídas a partir de um contrato celebrado entre as entidades federadas, que podem ser da mesma espécie ou não. Entretanto, segundo a lei, **a União não poderá celebrar consórcio público diretamente com o Município, nem o Estado pode se consorciar diretamente com o Município não localizado em seu território.** Assim, a "União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados (art. 1º, § 2º). (capítulo IV, item 4.6.1, p.180)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Atualmente, a Lei de Consórcios atribuiu personalidade jurídica de direito público ou de direito privado aos consórcios públicos e admitiu a formação de consórcios entre entidades de diversos níveis governamentais, com a ressalva de que **a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados** (art. 1º, § 2º, da lei).

Assim, não pode a União participar de consórcio com os Municípios de Belo Horizonte e São Paulo, sem que haja a participação simultânea dos Estados de Minas Gerais e São Paulo, respectivamente.

Também não pode haver a criação de consórcio público entre Estado e Município de outro Estado, diante dos vetos aos incisos III e V do § 1º do art. 4º da lei. No entanto, é possível, por exemplo, a constituição de consórcio entre:

- diversos Municípios;
- Estado e Municípios com territórios nele contidos;
- diversos Estados;
- Estado e Distrito Federal;
- Distrito Federal e Municípios; e
- União e Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados. (capítulo 10, item 10.5.5.1, p. 279)

Corrente 1.1: não haverá consórcio público constituído unicamente pela União e Municípios

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

A constituição do consórcio público também o distingue dos consórcios anteriores, porque podem ser formados por entes de todas as espécies, afastando a exigência de que os entes tenham de ser da mesma espécie. **Todavia, apenas a União pode participar de consórcios públicos de que também façam parte todos os Estados, em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.** O fundamento para essa disposição é que colaborar com o Município é uma obrigação que pertence em primeiro lugar ao Estado, o qual abre espaço para a União se a sua atuação for insuficiente. Dessa forma, alguns arranjos são possíveis: consórcios entre Municípios; consórcios entre Estados; consórcios entre Estado(s) e Distrito Federal; consórcios entre Município(s) e Distrito Federal; consórcios entre Estado(s) e Município(s); consórcios entre Estado(s), Distrito Federal e Município(s); consórcios entre União e Estado(s); consórcios entre União e Distrito Federal; consórcios entre União, Estado(s) e Município(s); consórcios entre União, Estado(s), Distrito Federal e Município(s). (capítulo 8, item 17, p. 557-558)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Hoje não mais prevalece essa noção, pois a Lei nº 11.107, de 6.4.2005 – contratação de consórcios públicos – prevê a possibilidade de consórcios

também entre entidades federativas de espécies diferentes: Municípios e Estado ou Estados; Distrito Federal e Municípios; Distrito Federal e Estados (art. 4º, §1º, I, II e IV). **A União somente participará de consórcio integrado por Estado ou Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados** (art. 1º, §2º). (capítulo 11, item 11.15.1, p.231)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Diferentemente do que ocorria na legislação anterior, os consórcios podem ser formados por entes federativos de esferas de governo diferentes, não havendo a previsão de formação somente com entidades de mesma esfera de poder. Todavia, a lei dispõe que **a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados**. (capítulo 10, item 10, p. 715)

Corrente 2: a impossibilidade de constituição do consórcio público unicamente pela União e municípios é inconstitucional, pois viola a autonomia federativa da União e dos municípios

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Os consórcios públicos, nos termos dos arts. 1.º e 4.º, II, da Lei 11.107/2005, são integrados pelos entes da Federação (União, Estados, DF e Municípios). Da mesma forma, o art. 2.º, I, do Decreto 6.017/2007, ao definir o consórcio, afirma tratar-se de “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação”.

É oportuno registrar, contudo, que **a legislação prevê limitação para participação da União em consórcios públicos**. Nesse sentido, o art. 1.º, § 2.º, da Lei 11.107/2005 dispõe que “a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados”.

Entendemos que a referida restrição é inconstitucional. O condicionamento da formalização da gestão associada à participação obrigatória do respectivo Estado **viola a autonomia federativa** da União e dos Municípios (princípio federativo, art. 18 da CRFB) e diminui a efetividade da gestão associada prevista no art. 241 da CRFB. Isto porque os interesses da União e dos Municípios não são necessariamente idênticos aos interesses dos Estados, sendo desproporcional condicionar a atuação de demais entes à vontade do ente estadual. (capítulo 10, item 10.4, p. 289)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Conclusão

Abrangência territorial dos consórcios públicos

Corrente 1: não haverá consórcio público constituído unicamente pela União e municípios, bem como entre um estado e um município de outro estado (MA e VP; DCJ; IPN)

Corrente 1.1: não haverá consórcio público constituído unicamente pela União e municípios (FM; OM; MC)

Corrente 2: a impossibilidade de constituição do consórcio público unicamente pela União e municípios é inconstitucional, pois viola a autonomia federativa da União e dos municípios (RCRO)

Não abordam (ASA; DFMN; MSZDP; JSCF; MJF; CABM; AM)

DIVERGÊNCIA 041 - Momento da constituição dos consórcios públicos

Corrente 1: o protocolo de intenções define o momento em que a entidade deve ser constituída

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A associação pública é instituída mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, conforme preceitua o art. 6.º, I, da Lei 11.107/2005.

Registre-se, no entanto, a dificuldade de definição do momento exato de instituição da associação pública, especialmente pela possibilidade de que as Casas Legislativas dos Entes federados, que pretendem se consorciar, ratifiquem o protocolo de intenções em momentos distintos. Parcela da doutrina sustenta que, nesse caso, a aquisição da personalidade jurídica só ocorreria com a vigência da última lei de ratificação do protocolo de intenções.

O ideal, a nosso sentir, é que o protocolo de intenções defina o momento em que a entidade deve ser constituída. Nesse caso, as respectivas leis de ratificação deveriam aprovar o protocolo com a previsão da data de início da personalidade. Ou seja: os legisladores respectivos deveriam estipular a mesma data futura para início da personalidade, e essas leis só teriam vigência a partir dessa data. (capítulo 10, item 10.6.20, p. 297)

Corrente 2: a personalidade jurídica dos consórcios públicos surge em momentos diferentes para cada ente consorciado, com a entrada em vigor da lei do ente respectivo

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Como todas as autarquias, a personalidade jurídica surge com a simples data de entrada em vigor das leis que as instituírem. A pessoa jurídica de direito público é criada por lei, conforme decorre do artigo 37, XIX, da Constituição. O vocábulo ratificação é incorreto, porque dá a impressão de que a lei apenas aprova uma criação já feita pela Administração Pública. No caso dos consórcios públicos, a dificuldade está no fato de haver várias leis, uma de cada consorciado. A Lei nº 11.107 não diz como resolver as dificuldades que surgirão na hipótese de alguns entes ratificarem imediatamente, outros não ratificarem ou ratificarem parcialmente. Quantas leis ratificadoras têm que

ser promulgadas para que o consórcio adquira personalidade jurídica? **Como os consórcios públicos integrarão a Administração Indireta de cada ente consorciado, tem-se que entender que a personalidade jurídica surge em momentos diferentes para cada qual (o que é, evidentemente, absurdo, mas é o que decorre da lei).** (capítulo 10, item 10.10.3, p. 1097)

Corrente 3: o ideal seria que as leis de todos os consorciados tivessem sua vigência iniciada na mesma data. No caso de terem datas diversas, no entanto, a personalidade do consórcio só será adquirida com a vigência da última lei de ratificação do protocolo de intenções

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Há, porém, uma dificuldade criada na lei. De acordo com o art. 6º, I, a aquisição da personalidade jurídica da associação pública ocorrerá “mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções”. Quid iuris, contudo, se as leis tiverem data de vigência diversa? A lei não aponta solução. Registra-se entendimento segundo o qual a personalidade jurídica surge em momentos diferentes para cada ente consorciado, e isso pelo fato de o consórcio integrar a administração indireta. Sob outra visão, entende-se que a personalidade tem início mediante a vigência de parcela das leis de ratificação, desde que haja número suficiente para a caracterização de um consórcio.

Consideramos, todavia, que a primeira solução não se compatibiliza com o sistema da unidade da personalização jurídica, ao passo que pela segunda teria que admitir-se a formação do consórcio sem a presença de todos os que firmaram o protocolo de intenções, o que, em nosso entender, contraria a ideia de associação de todos os entes interessados. **O ideal seria que as leis de todos os consorciados tivessem sua vigência iniciada na mesma data, bastando que os interessados se organizassem para tanto. No caso de terem datas diversas, no entanto, a personalidade do consórcio só será adquirida com a vigência da última lei de ratificação do protocolo de intenções**, visto que o suporte fático-jurídico da criação do consórcio é a vigência das leis de ratificação. Antes, somente teria existência e eficácia o protocolo de intenções. (capítulo 5, item XIX, p. 445)

Corrente 4: o consórcio é criado após a edição de todas as leis de cada ente federativo

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Logo, a formalização do consórcio propriamente dito, com a criação da pessoa jurídica, se dá mediante lei específica de cada um dos entes consorciados, ao ratificarem, por meio do Poder Legislativo, o acordo firmado pelo chefe do executivo. **Saliente-se que a doutrina majoritária somente admite a criação do consórcio após a edição de todas as leis.** O ente consorciado estará excluído do consórcio se não ratificar o contrato de rateio no prazo de lei (2 anos). Após este prazo, a ratificação do contrato de rateio depende de homologação da assembleia geral do consórcio. Nesse sentido, dispõe o art. 5º, §3º da lei 11.107/05. [...] (capítulo 10, item 10, p. 717)

Não abordam

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Momento da constituição dos consórcios públicos

Corrente 1: o protocolo de intenções define o momento em que a entidade deve ser constituída (RCRO)

Corrente 2: a personalidade jurídica dos consórcios públicos surge em momentos diferentes para cada ente consorciado, com a entrada em vigor da lei do ente respectivo (MSZDP)

Corrente 3: o ideal seria que as leis de todos os consorciados tivessem sua vigência iniciada na mesma data. No caso de terem datas diversas, no entanto, a personalidade do consórcio só será adquirida com a vigência da última lei de ratificação do protocolo de intenções (JSCF)

Corrente 4: o consórcio é criado após a edição de todas as leis de cada ente federativo (MC)

Não abordam (MA e VP; DCJ; IPN; AM; ASA; MJF; DFMN; CABM; FM; OM)

DIVERGÊNCIA 042 - Natureza jurídica do BCB, da CVM e do CADE

Corrente 1: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias sob regime especial (agências reguladoras)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

São exemplos de **autarquias**: **Banco Central do Brasil (BACEN)**; Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA); **Comissão de Valores Mobiliários (CVM)**; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Ainda, os conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas (Conselhos Federal e Regionais de Medicina, Conselhos Federal e Regionais de Contabilidade, Conselhos Federal e Regionais de Economia etc.) têm natureza de autarquias, conforme a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (capítulo 2, item 4.7.1.5, p. 44)

São exemplos de **autarquias sob regime especial** a Universidade de São Paulo (USP), o **Banco Central do Brasil** e as agências reguladoras federais (criadas sob tal roupagem exatamente no intuito de transmitir aos investidores privados com interesse nos setores objeto de regulação a mensagem de que elas, teoricamente, teriam condições de atuar de forma técnica, razoavelmente blindadas contra ingerências político-partidárias). (capítulo 2, item 4.7.1.13, p. 53)

Foi exatamente com fundamento nessa orientação que surgiram entre nós as denominadas **agências reguladoras**, todas elas, pelo menos na esfera federal, instituídas sob a forma de **autarquias em regime especial** (cabe observar que nem todas as agências reguladoras atuam na regulação de serviços públicos; algumas atuam na regulação de atividades econômicas em sentido estrito, a exemplo do **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, da **Comissão de Valores Mobiliários - CVM** e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP). (capítulo 11, item 6, p.)

Corrente 2: o BCB é autarquia administrativa; a CVM e o CADE são autarquias sob regime especial (agências reguladoras)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Vejamos alguns exemplos de **autarquias** mais conhecidas, vinculadas à União Federal: o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social; o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária; a Comissão Nacional de Energia Nuclear; o **Banco Central do Brasil**; a **Comissão de Valores Mobiliários**; o IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; o DNOCS – Departamento Nacional de Obras contra as Secas e outras tantas. Estados e Municípios também têm suas próprias autarquias. (capítulo 9, item IV, subitem 2, p. 870)

Dentro das atividades típicas do Estado, a que estão preordenadas, as autarquias podem ter diferentes objetivos, classificando-se em:

[...]

e) **autarquias administrativas**: que formam a categoria residual, ou seja, daquelas entidades que se destinam às várias atividades administrativas, inclusive de fiscalização, quando essa atribuição for da pessoa federativa a que estejam vinculadas. É o caso do INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial); **BACEN (Banco Central do Brasil)**; IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis); (capítulo 9, item IV, subitem 7.2, p. 877)

Registre-se, ainda, que **há autarquias que, conquanto não instituídas com tal nomenclatura, são consideradas agências reguladoras**, não apenas pela função de controle que executam, como também pela similaridade quanto à fisionomia jurídica das entidades. (capítulo 9, item IV, subitem 15.1)

[...]

É o caso do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei no 8.884, de 11.6.1994) e **da CVM – Comissão de Valores Mobiliários** (Lei no 6.385, de 7.12.1976). (capítulo 9, item IV, subitem 15.1, nota de rodapé 103, p. 1011)

O sistema compõe-se de dois órgãos básicos: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. **O CADE tem a natureza jurídica de autarquia**, vinculada ao Ministério da Justiça e, embora silente a lei, **ostenta regime especial**, como emana das normas que lhe definem a estrutura. A entidade é dividida em três órgãos: (a) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (b) a Superintendência-Geral; e (c) o Departamento de Estudos Econômicos. Enquanto o CADE tem atribuições de maior caráter decisório, a SAE do MF funciona mais como órgão opinativo. Junto ao CADE atua um membro do

Ministério Público Federal, designado pelo Procurador-Geral da República. (capítulo 14, item IV, subitem 4.4, p. 1643-1644)

Corrente 3: o BCB é autarquia especial *stricto sensu*; a CVM é autarquia especial (agência reguladora); e o CADE é autarquia federal

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Algumas das **autarquias** mais importantes do Brasil são: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, **Banco Central – Bacen**, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, **Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade**, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra e todas as universidades públicas, como a USP e a UFRJ. (capítulo 3, item 3.8.1, p. 346)

A doutrina identifica diversas categorias de **autarquias**:

[...]

b) autarquias especiais: caracterizam-se pela existência de determinadas peculiaridades normativas que as diferenciam das autarquias comuns, como uma mais acentuada autonomia. Essa categoria de autarquias pode ser dividida em duas subespécies: b1) **autarquias especiais *stricto sensu***: como o **Banco Central**, a Sudam e a Sudene; b2) **agências reguladoras**: autarquias especiais dotadas de uma qualificada autonomia garantida pela presença de dirigentes com mandatos fixos e estabilidade no exercício das funções. Exemplos: Anatel, Anvisa e Antaq; (capítulo 3, item 3.8.1.2, p. 350)

Como se pode notar, a presença do nome “agência” não é essencial para qualificar a autarquia como agência reguladora. **Interessante situação é a da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, cuja lei de instituição declara tratar-se de autarquia especial** dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária (art. 5º da Lei n. 6.385/76). **A identidade de regime jurídico e natureza de suas atribuições impõem a conclusão de que a CVM é uma agência reguladora, apesar de não se chamar agência.** De outro lado, há casos de entidades batizadas legalmente com o nome de “agências”, mas que não têm natureza jurídica de agências reguladoras. É o caso da Agência Brasileira de Inteligência – Abin, que é um órgão despersonalizado subordinado à Presidência da República (art. 3º da Lei n. 9.883/99), da Agência Espacial Brasileira – AEB, com natureza de autarquia comum (art. 1º da Lei n. 8.854/94), da Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil, um Serviço Social Autônomo (art. 1º da Lei n. 10.668/2003) e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, também com natureza

jurídica de Serviço Social Autônomo (art. 1º da Lei n. 11.080/2004). (capítulo 3, item 3.8.3.1, p. 350 e)

Já o **Cade**, de acordo com o art. 4º da Lei n. 12.529/2011, é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, constituída sob a forma de **autarquia federal**, competente para prevenir e reprimir infrações à ordem econômica. (capítulo 17, item 17.7.2, p. 1607)

Corrente 4: não aborda a natureza jurídica do BCB. A CVM e o CADE são autarquias especiais (agências reguladoras)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial.

Uma agência reguladora independente consiste em uma autarquia especial, o que significa que a lei instituidora prevê algumas peculiaridades no regime jurídico aplicável à entidade, propiciando uma margem de autonomia jurídica que não se encontra na maior parte das entidades autárquicas. Isso envolve a redução do grau de subordinação da entidade em face da Administração direta.

[...]

Mas não existe homogeneidade na configuração do regime jurídico das diversas agências reguladoras independentes. Isso permite, inclusive, a variação de intensidade e da extensão da sua autonomia.

A categoria é integrada por entidades dotadas de características não uniformes, variáveis dentro de determinados limites. Sob esse ângulo, figuras novas e antigas podem ser enquadradas nessa categoria. Assim, podem ser referidas a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional de Petróleo (ANP). Mas também seria possível fazer referência a autarquias criadas há muito tempo, como o **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)** e a **Comissão de Valores Mobiliários (CVM)**. (capítulo 10, item 10.12.5.2, p. 314)

Corrente 5: não aborda a natureza jurídica do BCB. A CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora) e o CADE é autarquia federal

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Anote-se, derradeiramente, que há uma entidade cujas funções são de índole equivalente às das **"agências reguladoras"** e à qual também veio a ser atribuído o qualificativo de **autarquia "sob regime especial"**, mas que não

recebeu a designação de "agência", pois foi mantido seu nome original: **Comissão de Valores Mobiliários - CVM**. (capítulo IV, item I, p.175)

Assim, o art. 173, §4º, dispõe que: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Dita Lei é a de n. 12.529, de 30.11.2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e reorganiza o CADE (originariamente criado pela Lei 4.137, de 10.9.1962), **autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça**, a qual, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, compõe o mencionado Sistema. (capítulo XIII, item II, p.825 e 826)

Corrente 6: não aborda a natureza jurídica do BCB. O CADE é uma autarquia federal (antitruste); há dúvida se a CVM e o CADE são agências reguladoras

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

O TRF 1ª Região (AMS 2002.34.00.033475-0/DF) decidiu que a independência dessas entidades deve ser afirmada em relação à própria AGU e a seus órgãos, entre eles a Procuradoria-Geral Federal: "Os pareceres da AGU (...) têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo **CADE**, quer no tocante à aplicação e interpretação de normas (...), quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, **a autarquia antitruste** estaria na contingência de sofrer abalos – no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos –, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo", a cujo Chefe o Advogado-Geral da União é direta e hierarquicamente subordinado. Essa decisão veio a ser, contudo, reformada pelo STJ, que legitimou, mas em apertada maioria e com fundamentos diferentes em cada voto, nesse julgado, a forma com que a AGU exerceu aquelas suas competências. (capítulo IX, item IX.8.2, p.433)

Há duas entidades que, independentemente do nome, geram grandes controvérsias sobre a sua inclusão ou não no conceito de **agências reguladoras independentes**.

A primeira é o **Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**, que possui exatamente as mesmas características autonômicas das agências reguladoras, mas que parte da doutrina não considera como um ente regulador por não possuir competências normativas, mas apenas de decidir em cada caso concreto quanto à violação ou não da

legislação da concorrência. Por outro lado, nos seus regimentos internos, de fato o CADE estabelece regras aplicáveis às atividades privadas, e a própria reiteração de sua jurisprudência, inclusive por meio da edição de súmulas, acaba por ter algum efeito geral e abstrato sobre os agentes econômicos.

A segunda é a **Comissão de Valores Mobiliários**, que exerce a regulação do mercado de capitais com garantia de mandato para seus dirigentes, mas contra a qual cabe recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, órgão integrante da Administração Direta. Teria a autonomia orgânica, mas a autonomia funcional seria deficiente. (capítulo IX, item IX.8.4, p.437)

De toda forma, qualquer que seja a natureza da atividade econômica, ainda quando se considere que a regra setorial violou o direito da concorrência, o seu *enforcement* será mais efetivo por meio de mecanismos processuais civis do que por atos administrativos do **CADE**, cuja própria jurisprudência tem reconhecido que, nesses casos, ainda mais em se tratando de serviço público estadual ou municipal, não tem ele, uma **autarquia federal**, poder de invalidação direta do ato administrativo lesivo à concorrência, podendo apenas solicitar (não ordenar, ou requisitar) ao órgão regulador, ao Ministério Público, ao Judiciário ou ao próprio Poder Concedente a adoção das providências necessárias à preservação da competição. (capítulo X, item X.6, p.468 e 469)

Corrente 7: o BCB é autarquia; a CVM é autarquia de regime especial (agência reguladora). Não aborda a natureza jurídica do CADE

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Atualmente, são **autarquias**, por exemplo: na esfera federal o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), o **Banco Central**; no âmbito do Estado de São Paulo – o Hospital das Clínicas, o Departamento de Águas e Energia Elétrica (Daee), a USP, Unicamp e Unesp (três autarquias especiais); no âmbito do Município de São Paulo – o Serviço Funerário, o Instituto de Previdência do Município (Ipem) e o Hospital do Servidor Público Municipal. (capítulo 5, item 5.2.1, p.63)

Nos termos da Lei nº 10.411, de 26.2.2002, que deu nova redação à Lei nº 6.385, de 7.12.1976, **foi alterada a caracterização da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, para o fim de revesti-la da natureza de autarquia de regime especial**, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira e orçamentária. Entre

suas atribuições se encontram as seguintes: regulamentar as matérias previstas na Lei nº 6.385/76 e na Lei das Sociedades Anônimas; fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários; fiscalizar e inspecionar as companhias abertas. **Embora sem receber tal nome na referida lei, a CVM, nesta feição, passou a ser uma agência reguladora.** (capítulo 5, item 5.2.4.2, p.69)

Corrente 8: o BCB e o CADE são autarquias federais; a CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Há, ainda, **autarquias que receberam regime especial e papel de agência reguladora, mas que não ganharam essa denominação, como é o caso da CVM, Comissão de Valores Mobiliários**, criada pela Lei n. 6.385/76 e alterada pela Medida Provisória n. 8/2001, posteriormente convertida na Lei n. 10.411/2002, que é dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e orçamentária, estando seus dirigentes também sujeitos à investidura especial, condicionada à aprovação pelo Senado Federal. (capítulo 5, item 5.3.2.)

A **autarquia** é uma pessoa jurídica de direito público, criada por lei e integrante da Administração Pública Indireta, que desempenha atividade típica de Estado. Ex.: INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), **CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)**, **CVM (Comissão de Valores Mobiliários)**, ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) etc. (capítulo 6, item 6.1, p. 193)

O CADE é uma autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, constituída pelos seguintes órgãos:

[...]

Além dos mencionados órgãos, o CADE conta, ainda, com uma Procuradoria Federal Especializada com atribuição para prestar consultoria e assessoramento jurídico à autarquia, representa-la judicial e extrajudicialmente, promover a execução judicial de suas decisões, entre outras atribuições legais (art. 15 da Lei 12.529/2011). (capítulo 19, item 19.7.2, p. 1062)

A competência para processo e julgamento do mandado de injunção depende do órgão ou da autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora faltante:

[...]

c) Justiça Federal: há controvérsia sobre a existência de competência da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes federais) para o julgamento do mandado de injunção, uma vez que não há menção desta competência no rol taxativo do art. 109 da CRFB. Por outro lado, o art. 105, I, “h”, da CRFB, ao definir a competência do STJ para o julgamento do mandado de injunção, ressalva expressamente os casos de competência da Justiça Federal (“excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral”). De um lado, alguns autores sustentam a ausência de competência da Justiça Federal para o julgamento do mandado de injunção, tendo em vista que o rol taxativo do art. 109, I, da CRFB não menciona tal competência, bem como a competência do STJ para julgar a ação quando a omissão for imputada à autoridade federal. De outro lado, parcela da doutrina sustenta a competência da Justiça Federal quando a autoridade federal (art. 109 da CRFB) é a responsável pela edição da norma e não é indicada no art. 105, I, “h”, da CRFB. Nesse sentido, o STF reconheceu a competência da Justiça Federal para julgar mandado de injunção quando a omissão normativa foi imputada ao **Banco Central, autarquia federal**, na forma do art. 109, I, da CRFB. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles; (capítulo 25, item 25.5.9.6, p. 1467 e 1468)

Corrente 9: o BCB é autarquia em regime especial. Não aborda a natureza jurídica da CVM e do CADE

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

O controle exercido pelo ente estatal sobre a **autarquia** não é hierárquico, mas limitado a uma tutela administrativa. Cuida-se de um controle finalístico para verificar a execução do serviço para o qual a autarquia foi criada. No âmbito da União, é chamado de supervisão ministerial porque, quando a União cria uma autarquia, esta fica vinculada a um Ministério. **Quanto mais independente for uma autarquia, mais próxima ela estará de um regime especial (ex.: o Banco Central, as Agências Reguladoras, etc).** Vale dizer, noutro sentido, **as autarquias em regime especial (como o Bacen e as Agências Reguladoras, por exemplo)** gozam de maior independência e autonomia em face da Administração direta. (capítulo IV, item 4.1, p.166)

Corrente 10: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias administrativas

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Quanto ao objeto das **autarquias**, elas podem ser:

[...]

- **administrativas**: como categoria residual, que desempenham atividades fiscalizatórias próprias do Estado. São exemplos delas: **a CVM, o Cade**, o Inmetro e o **Bacen**. (capítulo 10, item 10.5.1.2, p. 259)

Corrente 11: o BCB é autarquia administrativa; e a CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora). Não aborda a natureza jurídica do CADE

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Dessa forma, é mister citar algumas **autarquias**, segundo os seus objetivos:

[...]

e) **autarquias administrativas**: categoria residual, isto é, entidades que se destinam às diversas atividades administrativas, como o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO); **Banco Central (BACEN)**; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA); (capítulo 3, item 5.2.1.)

Há, ainda, **autarquias que receberam regime especial e papel de agência reguladora**, mas que não ganharam essa denominação, como é o caso da **CVM, Comissão de Valores Mobiliários**, criada pela Lei n. 6.385/76 e alterada pela Medida Provisória n. 8/2001, posteriormente convertida na Lei n. 10.411/2002, que é dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e orçamentária, estando seus dirigentes também sujeitos à investidura especial, condicionada à aprovação pelo Senado Federal. (capítulo 3, item 5.3.2, p. 157)

Corrente 12: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias de ordenamento econômico

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Como exemplos ilustrativos de cada modalidade, assim ficariam enquadradas nesta classificação, algumas importantes autarquias brasileiras:

[...]

c) **Autarquias de ordenamento econômico: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o Banco Central do Brasil (BACEN)** e, como exemplo em âmbito do Direito Administrativo estadual, uma autarquia especial do Estado do Rio Janeiro, o Instituto Estadual do Ambiente – INEA, entidade integrante da Administração Pública estadual indireta, criada pela Lei n.º 5101, de 4 de outubro de 2007, submetida a regime autárquico especial, com a função de executar as políticas estaduais do meio ambiente, de recursos hídricos e de recursos florestais, com funções de polícia e de fomento. (capítulo XI, item 73.1, p. 365)

As pessoas físicas e jurídicas envolvidas nessas atividades ficam sujeitas a um regime especial de polícia, incluindo registros obrigatórios, fiscalização e sanções. O órgão instituído para regulamentar, registrar, fiscalizar e sancionar, atuando, concomitantemente, como executor da política de ordenamento econômico definida pelo Conselho Monetário Nacional e como agente de polícia instituído pela legislação mencionada, é a **Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia econômica** vinculada ao Ministério da Fazenda. (capítulo XVII, item 148, p. 616)

Não abordam

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Conclusão

Natureza jurídica do BCB, da CVM e do CADE

Corrente 1: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias sob regime especial (agências reguladoras) (MA e VP)

Corrente 2: o BCB é autarquia administrativa; a CVM e o CADE são autarquias sob regime especial (agências reguladoras) (JSCF)

Corrente 5: o BCB é autarquia especial stricto sensu; a CVM é autarquia especial (agência reguladora); e o CADE é autarquia federal (AM)

Corrente 4: não aborda a natureza jurídica do BCB. A CVM e o CADE são autarquias especiais (agências reguladoras) (MJF)

Corrente 5: não aborda a natureza jurídica do BCB. A CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora) e o CADE é autarquia federal (CABM)

Corrente 6: não aborda a natureza jurídica do BCB. O CADE é uma autarquia federal (antitruste); há dúvida se a CVM e o CADE são agências reguladoras (ASA)

Corrente 7: o BCB é autarquia; a CVM é autarquia de regime especial (agência reguladora). Não aborda a natureza jurídica do CADE (OM)

Corrente 8: o BCB e o CADE são autarquias federais; a CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora) (RCRO)

Corrente 9: o BCB é autarquia em regime especial. Não aborda a natureza jurídica da CVM e do CADE (DCJ)

Corrente 10: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias administrativas (IPN)

Corrente 11: o BCB é autarquia administrativa; e a CVM é autarquia sob regime especial (agência reguladora). Não aborda a natureza jurídica do CADE (FM)

Corrente 12: o BCB, a CVM e o CADE são autarquias de ordenamento econômico (DFMN)

Não abordam (MSZDP; MC)

DIVERGÊNCIA 043 - Natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional

Corrente 1: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias profissionais ou corporativas

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Em relação ao campo de atuação ou ao objeto, as autarquias podem ser classificadas, exemplificativamente, em:

[...]

c) **autarquias profissionais ou corporativas** (ex.: CRM – Conselho Regional de Medicina); (capítulo 6, item 6.10, p. 199)

[...]

É importante ressaltar que o STF considerou inconstitucional o art. 58 da Lei 9.649/1998, que pretendia estabelecer o exercício dos serviços de fiscalização das profissões regulamentadas por entidades privadas, delegatárias do Poder Público (ADIn 1.717/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 28.03.2003, p. 61). Posteriormente, o STF afirmou que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB –, que também exerce a fiscalização de profissões, não integraria a Administração Pública Indireta (ADIn 3.026/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.09.2006, p. 31). Em repercussão geral, a Suprema Corte afirmou: a) as ações que envolvem a OAB devem ser julgadas pela Justiça Federal, em razão da natureza autárquica dessa entidade (STF, RE 595.332/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 31.08.2016, Informativo de Jurisprudência do STF n. 837); e b) é inaplicável o regime dos precatórios aos **Conselhos Profissionais, que, apesar de ostentarem a natureza autárquica**, não são destinatários de recursos orçamentários (STF, RE 938.837/SP, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJe 216, 25.09.2017, Informativo de Jurisprudência do STF n. 861). A doutrina majoritária entende que a OAB é autarquia profissional. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 401. **Parcela da doutrina sustenta que os conselhos profissionais são “entes públicos não estatais”**. A natureza pública decorre da possibilidade de exercício do poder de autoridade; o caráter não estatal significa que os Conselhos não integram o Estado, uma vez que não se encontram vinculados à Administração, recebem recursos da própria categoria profissional (e não do orçamento) e seus dirigentes são nomeados pela categoria (e não pelo Chefe do Executivo). Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA,

Jacintho Arruda. Conselhos de fiscalização. (capítulo 6, item 6.10, nota de rodapé 14, p. 1093)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

• **Autarquias Corporativas.** São as autarquias de regulação de determinadas profissões, cujos dirigentes são eleitos pelos próprios membros da categoria regulada. **Parte da doutrina contesta essa sua natureza autárquica, qualificando-as como entidades da sociedade civil de colaboração com o Poder Público.** O art. 58 da Lei n. 9.649/98 adotou essa posição, qualificando-as como pessoas jurídicas de direito privado. **O dispositivo encontra-se, contudo, suspenso pelo STF**, que entendeu que o exercício de poder de polícia (*in casu*, do poder de polícia das profissões), por envolver prerrogativas de direito público, só pode ser exercido por pessoas de direito público. A única exceção colocada posteriormente pelo STF foi a OAB, que, por sua previsão constitucional específica e funções de controle institucional, foi considerada uma pessoa jurídica de direito privado *sui generis* e alheia à Administração Pública. (capítulo V, item V.10.1, p.259)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Quanto ao objeto das autarquias, elas podem ser:
[...]

• **profissionais ou corporativas:** criadas pelo Estado para a consecução de fim de interesse público, qual seja, **a fiscalização do exercício das profissões correspondentes**. Para tanto, elas inscrevem e controlam as atividades desenvolvidas em cada segmento profissional. São exemplos de autarquias corporativas: Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Psicologia, Conselho Federal de Enfermagem, Conselho Regional de Medicina (CRM), Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (Crea), conforme será exposto no capítulo seguinte (no item ordens e conselhos profissionais), a OAB, na ADI nº 3026/DF, de relatoria do Min. Eros Grau, não foi considerada autarquia especial, pois, segundo tal decisão, ela teria objetivos institucionais que transcendem o mero atingimento de finalidades corporativas, portanto, o Supremo reconheceu para ela um regime jurídico bastante diferenciado (natureza *sui generis*) em relação às demais entidades; (capítulo 10, item 10.5.1.2, p. 259)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A doutrina identifica diversas categorias de autarquias:

[...]

c) **autarquias corporativas: também chamadas de corporações profissionais ou autarquias profissionais, são entidades com atuação de interesse público encarregadas de exercer controle e fiscalização sobre determinadas categorias profissionais.** Exemplo: Conselhos de Classe, como Crea, CRO e CRM. Já a Ordem dos Advogados do Brasil perdeu o status de autarquia no Supremo Tribunal Federal; (capítulo 3, item 3.8.1.2, p. 350 e 351)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Dentro das atividades típicas do Estado, a que estão preordenadas, as autarquias podem ter diferentes objetivos, classificando-se em:

[...]

d) **autarquias profissionais (ou corporativas): incumbidas da inscrição de certos profissionais e de fiscalizar sua atividade.** Exemplo: OAB (Ordem dos Advogados do Brasil); CRM (Conselho Regional de Medicina); CREA (Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura), e outras do gênero.

[...]

No que toca às autarquias profissionais, algumas observações se tornam necessárias.

A Lei nº 9.649, de 27.5.1998, que teve o escopo de reorganizar a administração federal, passou a estabelecer que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa (art. 58). Consignava, ainda, que os conselhos de fiscalização teriam personalidade jurídica de direito privado, sem vínculo funcional ou hierárquico com os órgãos da Administração Pública (art. 58, § 2º). Sua organização e estrutura seriam fixadas por decisão interna do plenário (art. 58, § 1º) e os litígios de que fizessem parte seriam deduzidos perante a Justiça Federal (art. 58, § 8º). **Todos esses dispositivos foram declarados inconstitucionais** – decisão evidentemente acertada – **já que inviável é a delegação, a entidade privada, de atividade típica do Estado**, ainda mais quando se sabe que nela está incluído o exercício do poder de polícia, de tributação e de punição, no que tange a atividades profissionais regulamentadas. Assim, ofendidos foram os arts. 5º, XIII; 22, XXVI; 21, XXIV; 70, parágrafo único; 149 e 175 da CF. (capítulo 9, item IV, subitem 7.2, p. 876, 877 e 878)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Autarquias corporativas são modalidades que exercem, com total autonomia em relação à entidade política matriz, **atividades de regulação e fiscalização profissional**, por delegação legal, como a Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seccionais. (capítulo XI, item 73.2.5, p. 366)
Conformam esta modalidade, como autarquias corporativas profissionais, os conselhos de fiscalização do exercício das profissões, que, no passado se designavam simplesmente como autarquias corporativas, mas que, pela Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998, foram transformadas em pessoas jurídicas de direito privado. **Essa transformação foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que reafirmou, na ADI n.º 1.717/DF, a sua necessária natureza jurídica autárquica** em razão a outorga legal de funções interventivas sobre direitos individuais ao exercício das profissões regulamentadas, assim decidindo por interpretação sistemática dos arts. 5.º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal. (capítulo XI, item 73.3.3, p. 369-370)

Corrente 1.1: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

São exemplos de **autarquias**: Banco Central do Brasil (BACEN); Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA); Comissão de Valores Mobiliários (CVM); Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **Ainda, os conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas** (Conselhos Federal e Regionais de Medicina, Conselhos Federal e Regionais de Contabilidade, Conselhos Federal e Regionais de Economia etc.) **têm natureza de autarquias, conforme a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. (capítulo 2, item 4.7.1.5, p. 44)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

A lei 9.649/98 estabelece, em seu art. 58, que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões

regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

Por fim, a lei ainda dispõe que os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

A regra sofreu muitas críticas doutrinárias, uma vez que se trata de atividade de polícia, a qual não admite delegação a particulares, por ter natureza de atividade típica de Estado e a doutrina apontava a violação à liberdade profissional estampada no art. 5º, XIII da Carta Magna.

Dessa forma, a matéria foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1717, que analisava a constitucionalidade do art. 58 da lei 9649/98, declarou que **os conselhos reguladores de profissão têm natureza jurídica de autarquia**, uma vez que atuam no exercício do poder de polícia, ao estabelecer restrições ao exercício da liberdade profissional e que tal poder é indelegável a particulares. É fato que tais Conselhos de Profissão atuam no exercício do poder de polícia pelo fato de limitarem e definirem o contorno para o exercício das profissões e ofícios por ele reguladas, exigindo licenças para o exercício regular da atividade e aplicando penalidades, pelo que não podem ostentar a qualidade de particulares. Vejamos a ementa do julgado.

[...]

Ressalte-se que ainda se mantém nesse sentido as decisões mais recentes da Suprema Corte acerca da matéria.

Sendo assim, **os Conselhos profissionais passam a ostentar natureza jurídica de entidades autárquicas**, gozando de todos os privilégios e se submetendo a todas as restrições impostas a estas entidades, tendo, inclusive o poder de deslocar a competência das ações em que seja parte para a justiça federal, nos moldes do art. 109, I da CF, consoante dispõe a súmula 66 do Superior Tribunal de Justiça a qual dispõe que "Compete à justiça Federal processar e julgar a execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional". (capítulo 4, item 5.2, p. 191 e 192)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Os entes reguladores de profissão foram criados por lei ao longo do tempo, recebendo a qualificação de autarquias. Mas houve intensa controvérsia quanto à sua natureza jurídica, o que exige considerações em apartado. (p. 116)

Os entes reguladores de atividades profissionais exercem o poder de polícia da profissão e são investidos na competência de instituir, arrecadar e gerir contribuições de natureza compulsória.

Em rigor, no entanto, atribuir a esses entes a natureza autárquica gera problemas jurídicos relevantes. Essas entidades não se subordinam ao poder de tutela jurídica do Estado brasileiro. A escolha, indicação e investidura nas funções de administradores dessas entidades decorre de escolhas dos integrantes da categoria. **Por isso, afirmava-se que essas entidades não eram propriamente integrantes da estrutura administrativa estatal, mas manifestações da própria sociedade civil, ainda que exercitassem competências tipicamente estatais.**

A submissão desses entes ao regime autárquico acarreta a aplicação de regras próprias das organizações estatais. Isso produz duas questões fundamentais. A primeira se refere à incidência do regime dos servidores públicos para os seus agentes, envolvendo a disciplina para investidura, remuneração, inativação etc. A segunda se relaciona à exigência de prévia licitação para as suas contratações. (p. 116)

A Lei 9.649/1998 determinou, no art. 58, que "Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa". E o § 2.º do mesmo artigo estabeleceu: "Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico".

Mas o art. 58 e seus parágrafos, exceto os §§ 3.º e 9.º, tiveram a sua inconstitucionalidade reconhecida no julgamento da ADI 1.717 (Plenário, rel. Min. Sydney Sanches, j. 07.11.2002, DJ 28.03.2003, p. 61). O STF afirmou que a Constituição Federal imporia a: "(...) indelegabilidade a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas."

Como decorrência, **reafirmou-se a submissão dos órgãos reguladores de profissão ao regime jurídico de direito público próprio das autarquias.** (p. 116)

Corrente 1.2: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias peculiares; e melhor seria dar-lhes outra feição que não gerasse resultados incoerentes

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Leis atribuíram personalidade jurídica a tais ordens, sem especificar se pública ou privada, por exemplo, o anterior e o atual Estatuto da OAB – Lei nº 8.906, de 4.7.1994, art. 44. Outras conferiram personalidade jurídica pública, por exemplo: Ordem dos Músicos – Lei nº 3.857/60; Conselho de

Farmácia – Lei nº 3.820/60; Conselho de Biblioteconomia – Lei nº 4.084/62. Outras previram personalidade jurídica pública e natureza de autarquia, por exemplo: Conselho de Medicina – Lei nº 3.268/57; Conselho de Engenharia e Agronomia – Lei nº 5.194/66; Conselho de Psicologia – Lei nº 5.766/71; Conselho de Arquitetura e Urbanismo (Lei nº 12.378/2010).

Tais organismos não integram a Administração indireta, nem se sujeitam à tutela ou supervisão ministerial. O §1º do art. 44 do atual Estatuto da OAB é expresso a respeito, ao dispor o seguinte: “A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”. Quanto à OAB, o STF, na ADIn nº 3.026-4/DF, declarou não integrar a Administração indireta, não se sujeitando às normas impostas a esta e à Administração direta, nem a controle da Administração.

Na doutrina são denominadas autarquias para-administrativas, corporações autárquicas, corporações profissionais, instituições corporativas, autarquias corporativas. A jurisprudência pátria lhes reconhece natureza autárquica, mesmo que as leis instituidoras omitam essa condição. Trata-se, no entanto, de **autarquia peculiar**, diferenciada, visto não integrar a Administração indireta, nem se enquadrar nos preceitos do Dec.-Lei nº 200/67.

A Lei nº 9.649, de 27.5.1998, no art. 58, tentou atribuir personalidade jurídica de direito privado a tais conselhos, o que lhes retiraria a natureza de autarquia, pois esta se apresenta como pessoa jurídica de direito público. Porém, na ADIn nº 1.717-6, julgada em 7.11.2002, o art. 58 e seus §§1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º foram declarados inconstitucionais, considerada prejudicada a ação quanto ao §3º. **Portanto, tais organismos continuam a ser considerados autarquias.**

Mas, acentuadas incoerências resultam do intuito de enquadrar as ordens e conselhos profissionais como autarquias. Exemplifiquem-se duas: a) quem exerce o poder de polícia das profissões são pessoas eleitas por seus pares para exercício temporário de diretoria (mandato, em geral, de dois anos), auxiliadas por empregados celetistas; assim, todas as pessoas que, nessas entidades, exercem poder de polícia não são servidores estatutários efetivos, o que é o oposto do entendimento de que só servidores estatutários efetivos poderiam exercer poder de polícia (foi com base nesta linha a decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei nº 9.986, de 18.7.2000, que previa o regime celetista para os servidores das agências reguladoras); b) autarquia é uma entidade da Administração indireta, nos termos do Dec.-Lei nº 200/67; a palavra “autarquia” é associada, de forma enraizada, à Administração Pública, e as ordens profissionais não integram a Administração Pública. **Melhor seria lhes dar outra feição, que não gerasse os incoerentes resultados de vê-las como autarquias.** (capítulo 5, item 5.7.1, p.87 e 88)

Corrente 2: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias profissionais e entidades sui generis

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Dessa forma, é mister citar algumas autarquias, segundo os seus objetivos:
[...]

d) **autarquias profissionais: incumbidas da inscrição de certos profissionais e fiscalização de suas atividades** como, por exemplo, o Conselho de Medicina, o Conselho de Odontologia, o Conselho de Administração e outros (vide tópico 5.2.3); (capítulo 3, item 5.2.1)

Faz-se mister, também, comentar a atual situação dos **Conselhos de Classe, aqui denominados autarquias profissionais**. Inicialmente, essas entidades tinham natureza autárquica. Posteriormente, a Lei n. 9.649/98, que dispõe sobre a Organização da Presidência da República e seus Ministérios, em seu art. 58, passou a definir que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa. Estabeleceu, ainda, que os conselhos de fiscalização teriam personalidade jurídica de direito privado, sem vínculo funcional ou hierárquico com os órgãos da Administração Pública.

Essa regra foi muito criticada, chegando-se a apontar a sua inconstitucionalidade por ofensa a diversos dispositivos constitucionais, tais como art. 5º, XIII (liberdade profissional, atendidas as qualificações que a lei estabelecer), art. 22, XVI (competência privativa da União para legislar sobre a organização nacional do sistema de emprego e condições para o exercício de profissões), art. 21, XXIV (competência da União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho). E mais, art. 70, parágrafo único (dever de prestar contas em razão da arrecadação de dinheiro público), art. 149 (competência tributária) e art. 175 (dever do Estado de prestação dos serviços públicos), permitindo-se, com uma interpretação conjugada, concluir pela indelegabilidade a uma entidade privada de atividade típica de Estado, que abrange até o exercício do poder de polícia, do poder de tributar e de punir, no que concerne às atividades profissionais regulamentadas, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil e dos demais Conselhos de classe.

O diploma foi objeto de controle de constitucionalidade, por via da ADI 1.717/DF, tendo o Supremo Tribunal Federal suspenso sua eficácia, em sede de cautelar. **No mérito, declarou a sua inconstitucionalidade, ficando mantida a natureza de autarquia federal aos Conselhos de Fiscalização Profissional.**

Vale ressaltar ainda que apesar de os Conselhos de Classe terem reconhecida a sua natureza autárquica e, assim, cumprirem o regime jurídico pertinente às autarquias, em diversos aspectos se discute qual a regra que deve ser aplicada, em razão de se admitir que essa é uma entidade *sui generis*. (capítulo 3, item 5.2.3, p. 171 e 172)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Conclusão

Natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional

Corrente 1: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias profissionais ou corporativas (RCRO; ASA; IPN; AM; JSCF; DFMN)

Corrente 1.1: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias (MA e VP; MC; MJF)

Corrente 1.2: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias peculiares; e melhor seria lhes dar outra feição que não gerasse resultados incoerentes (OM)

Corrente 2: os conselhos de fiscalização profissional são autarquias profissionais e entidades *sui generis* (FM)

Não abordam (CABM; MSZDP; DCJ)

DIVERGÊNCIA 044 - Possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos

Corrente 1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Acrescente-se, ainda, que **as estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) podem prestar serviços públicos**, hipótese em que era consensual que o seu regime jurídico acabaria sendo mais público, muito embora a personalidade jurídica continue de direito privado. (capítulo 10, item 10.5.4, p. 274)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Elaborado no final dos anos 1960, o conceito de empresa pública presente no Decreto-Lei n. 200 está desatualizado em três pontos principais:

[...]

c) “para exploração de atividade econômica”: atualmente **empresas públicas** podem desempenhar dois tipos diferentes de atuações: exercer atividades econômicas ou **prestar serviços públicos**. (capítulo 3, item 3.8.6.1)

Assim como nas empresas públicas, o conceito de **sociedade de economia mista** apresentado pelo Decreto-Lei n. 200/67 exige dois reparos: são criadas mediante autorização legislativa, e não por lei; além de explorar atividades econômicas, **podem também prestar serviços públicos**. (capítulo 3, item 3.8.6.2, p. 382 e 383)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Através destes sujeitos auxiliares o Estado realiza cometimentos de dupla natureza:

[...]

b) **presta serviços públicos** ou coordena a execução de obras públicas, que, tal como as mencionadas, são atividades indubitavelmente pertinentes à esfera peculiar do Estado.

Há, portanto, **dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de**

serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade. (capítulo IV, item III, p.202 e 203)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O ordenamento jurídico vigente admite hoje duas espécies de empresa pública e de sociedade de economia mista, levando em consideração a finalidade por elas exercida, **admitindo-se a prestação de serviço público** e a exploração da atividade econômica. (capítulo 3, item 5.6.2, p. 195)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Também foram criadas várias **estatais prestadoras de serviços públicos** com o mesmo modelo.

[...]

As estatais prestadoras de serviços públicos têm sua criação fundamentada na faculdade, conferida ao Poder Público, de decidir sobre o modo de realização de tais atividades. A Constituição Federal determina, no art. 173, §1º, II, que as estatais exploradoras de atividades econômicas se sujeitem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. No entanto, a presença do Poder Público acarreta a incidência de normas de direito público. A própria Constituição estende às estatais, sem distinguir se realizam atividade econômica **ou prestam serviço público**, normas destinadas aos entes ou órgãos públicos. Por exemplo: art. 37 e incisos, para as que integram a Administração indireta; art. 71, II e III, incidência da fiscalização dos Tribunais de Contas. (capítulo 5, item 5.4.1, p.78)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Por outro lado, o art. 175 da CF/1988 determina que incumbe ao Estado prestar os serviços públicos. Em tais casos, a titularidade da atividade é reservada ao Estado, que poderá criar uma empresa estatal para assumir essa atuação. Assim, **surgirá uma empresa estatal destinada à prestação de serviço público**. Podem ser referidas como exemplo as companhias estaduais de saneamento. (capítulo 5, item 5.11.7.1)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Mas, ao Estado compete também, por cometimento constitucional ou legal, desempenhar inúmeras atividades administrativas impróprias, vale dizer: aquelas que não necessitem ser obrigatoriamente por ele executadas, como ocorre em atividades técnicas de polícia que prescindam do exercício do jus imperii, **na prestação de serviços públicos**, em atividades de intervenção econômica de natureza substitutiva da atividade privada, em atividades de ordenamento social e, notadamente, de fomento público, nas quais, tanto a execução direta quanto a indireta, neste caso, por via autárquica, por serem estatais e assim burocraticamente pesadas e rigidamente controladas, mostram-se inadequadas para atender satisfatoriamente a essas finalidades, **que são comprovadamente desenvolvidas com maior eficiência em regime privado, reconhecidamente mais ágil, competitivo e imediatamente receptivo às demandas da sociedade.**

Por estas razões, o Estado tem optado por administrar certos interesses da sociedade a seu cargo valendo-se de entidades dotadas de personalidade de direito privado de sua própria criação, daí o conceito doutrinário da administração indireta por delegação.

No caso, essa modalidade de **delegação paraestatal** não prescinde de assento legal, que, por sua vez, se deve conter no âmbito da lei complementar que definirá as áreas de atuação e o conteúdo da lei ordinária que autorizará a criação das entidades da administração indireta (CF, art. 37, XIX e XX). (item 75, p. 373)

A classificação positiva quadripartite, originalmente adotada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 – empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e serviços sociais autônomos – reduziu a **três os tipos de paraestatais – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas** – excluindo, portanto, os serviços sociais autônomos, que haviam sido incluídos por Hely Lopes Meirelles. Posteriormente, com a Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, a Constituição acresceu ao elenco as subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista (art. 37, XX, e art. 173, §1.º, CF). (capítulo XI, item 76, p. 375 e 376)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

As empresas estatais podem ser criadas com a **finalidade de prestar serviços públicos** mediante delegação do ente estatal, ou para exploração de determinadas atividades econômicas de interesse da sociedade. (capítulo 4, item 7.1, p. 216)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020 (RCRO)

No tocante ao regime jurídico das empresas estatais, o art. 173, § 1.º, da CRFB, alterado pela EC 19/1998, remeteu a sua definição ao legislador ordinário. Após, aproximadamente, 18 anos de espera, o estatuto jurídico das estatais foi fixado pela Lei 13.303/2016, que dispõe sobre regime societário, licitações, contratos e controle das **empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias**, exploradoras de atividades econômicas, ainda que em regime de monopólio, e **prestadoras de serviços públicos**. Em âmbito federal, o Decreto 8.945/2016 regulamentou a Lei 13.303/2016.

Não obstante o art. 173, § 1.º, da CRFB dispor sobre as estatais econômicas, inclusive por se encontrar no Capítulo I do Título VII da Constituição, que trata dos “princípios gerais da atividade econômica”, verifica-se que a Lei 13.303/2016 extrapolou, em certa medida, para englobar, ainda, as estatais que atuam em regime de monopólio e **as que prestam serviços públicos**.

Não se questiona, aqui, a complexidade cada vez maior em identificar e caracterizar, nos objetivos sociais das diversas empresas estatais, as respectivas atividades como **serviços públicos** ou atividades econômicas. O desafio decorre, em grande medida, **da própria dificuldade da conceituação do serviço público, que também pode ser considerado, ao lado da atividade econômica em sentido estrito, espécie de atividade econômica em sentido lato**. O problema é agravado nas estatais que exploram, de forma concomitante, atividades econômicas e serviços públicos. (capítulo 8, item 8.1, p. 237-238)

Corrente 2: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos de natureza econômica

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Como mecanismo de intervenção direta no domínio econômico ou como **prestador de serviços públicos de conteúdo marcadamente econômico**, o Estado sentiu a necessidade de criar duas espécies de instituições híbridas entre o direito público e o direito privado. **São as empresas públicas e as sociedades de economia mista, denominadas, em seu conjunto, de “estatais”**. O Estado (não só no Brasil, mas também no Direito Comparado) empregou formas tradicionais do direito privado (ex.: sociedades anônimas) para realizar mais eficientemente objetivos públicos relacionados ao exercício de atividades econômicas lato sensu, sempre dinâmicas, que seriam, por essa razão, mais consentâneas com as figuras de direito privado,

em princípio mais ágeis e menos burocráticas. (capítulo V, item V.10.3, p. 263 e 264)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

As empresas públicas e as sociedades de economia mista constam do DL 200/1967 como integrantes da administração indireta federal desde a edição desse ato normativo. Elas eram definidas nos incisos II e III do seu art. 5º. Foram originalmente concebidas para funcionar como "braços" do denominado Estado-empresário, ou seja, a ideia era a de que elas atuassem precipuamente na exploração de atividades econômicas em sentido estrito. **Isso não impediu a existência de muitas empresas públicas e sociedades de economia mista, criadas antes e depois do DL 200/1967 dedicadas à prestação de serviços públicos enquadrados como atividade econômica em sentido amplo** - situação aceita sem maiores contestações nos meios jurídicos pátrios. (capítulo 2, item 4.7.3.3, p. 83 e 84)

Aliás, não se deve olvidar que, muito embora a regra geral seja a **constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista para desempenharem atividade econômica em sentido amplo - o que inclui a prestação de serviços públicos de natureza econômica**-, não é possível extrair de qualquer preceito constitucional, tampouco das normas vazadas na Lei 13.303/2016, uma proibição cabal de que tais entidades sejam criadas com outras finalidades institucionais. (capítulo 2, item 4.7.3.4, p. 89 e 90)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

As empresas estatais, ou simplesmente estatais, são as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Estas entidades são pessoas jurídicas de direito privado das quais se vale o Estado como instrumentos de ação para intervir no domínio econômico, ora para explorar atividade tipicamente econômica ora para **prestar serviço público de natureza comercial ou industrial**. Para cada uma dessas atividades, o regime jurídico será diferenciado:

I. Prevalência das normas privadas nas exploradoras da atividade econômica;
II. Prevalência das normas públicas **nas prestadoras de serviço público**. (capítulo IV, item 4.5, p.175)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. **Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público**, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual 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.

Outro ponto de semelhança é o fato de **empresas públicas e sociedades de economia mista** desempenharem atividade de natureza econômica, o que pode ser feito, conforme anteriormente realçado, quer a título de intervenção do Estado no domínio econômico (quando se submetem à regra do art. 173 da Constituição), **quer como serviço público assumido pelo Estado** (hipótese em que se sujeitam ao disposto no art. 175). (capítulo 10, item 10.5.3.3, p. 999)

Corrente 2.1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos de natureza econômica; e defende que há serviços públicos de natureza indelegável

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A doutrina, rebatendo a ideia de que as entidades teriam tão somente finalidade econômica, insurgiu-se mediante justificadas críticas, **levando em conta que o Estado também poderia instituí-las para a prestação de serviços públicos**, o que a legislação não apontava com clareza, embora a realidade administrativa o demonstrasse à evidência. Assim, não se poderia deduzir que o objeto seria somente a atividade econômica, e, por tal motivo, pacificou-se o entendimento no sentido da duplicidade de objeto: exploração de atividades econômicas e **prestação de serviços públicos**. Registre-se, por oportuno, que o art. 2º do Estatuto também atribui às entidades a exploração de atividades econômicas, **mas não lhes veda a execução de serviços públicos**, quando assim for conveniente para a Administração.

Buscou-se, então, conciliar tais finalidades adotando-se a interpretação de que o objeto das entidades administrativas seria o exercício de atividades econômicas em sentido lato, assim consideradas aquelas que permitem a utilização de recursos para a satisfação de necessidades públicas. Dentro dessa noção, que representa o gênero, poderiam encontrar-se duas espécies:

as atividades econômicas “stricto sensu” e os **serviços públicos econômicos**. **Desse modo, estariam fora do objeto institucional os serviços públicos não econômicos, que, por sua natureza, são incompatíveis com a natureza das empresas públicas e sociedades de economia mista.**

[...]

Vale consignar – insista-se – que **nem todos os serviços públicos podem ser prestados por empresas públicas e sociedades de economia mista**. Podem sê-lo aqueles que, mesmo sendo prestados por tais entidades, poderiam ser executados também pela iniciativa privada. **Excluem-se, desse modo, os denominados serviços próprios do Estado, de natureza indelegável, cabendo ao ente estatal a exclusividade na execução.** É o caso da segurança pública, justiça, soberania, serviços indelegáveis. **Descartam-se também os serviços sociais, como as atividades assistenciais nas áreas médica, de inclusão e apoio social, ambiental e outras do gênero.** Sendo, como regra, deficitários, tornam-se mais apropriados para autarquias e fundações governamentais. (capítulo 9, item V, subitem 7, p. 917, 918 e 919)

Conclusão

Possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos

Corrente 1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos (IPN; AM; CABM; FM; OM; MJF; DFMN; MC; RCRO)

Corrente 2: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos de natureza econômica (ASA; MA e VP; DCJ; MSZDP)

Corrente 2.1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem serviços públicos de natureza econômica; e defende que há serviços públicos de natureza indelegável (JSCF)

DIVERGÊNCIA 045 - Possibilidade do exercício de poder de polícia por empresas estatais

Corrente 1: não admite a possibilidade do exercício do poder de polícia por empresas estatais

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Apesar do tratamento homogêneo dado às estatais pela lei, quando as estatais prestam serviços públicos,¹¹¹ há a alteração do seu regime jurídico, mas elas continuam sendo pessoas jurídicas de direito privado. Portanto, após a autorização legislativa para sua instituição, para que tenham existência jurídica, deve o Poder Executivo providenciar o registro dos atos constitutivos no órgão competente, mesmo que seja uma estatal prestadora de serviço público. (capítulo 10, item 10.5.4.1, p. 274)

¹¹¹ Ressalte-se que, conforme visto, apesar de elas poderem prestar serviços públicos, **a elas não se outorga o exercício de poder de polícia, que é indelegável.** (capítulo 10, item 10.5.4.1, referência 111, p. 286)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A empresa pública não dispõe de poderes regulatórios e **não exerce poder de polícia administrativa** ressalvada a orientação já referida do STF de assimilar algumas empresas públicas a autarquias. Como regra, a atuação envolve a prestação de serviço público ou o desenvolvimento de atividade econômica propriamente dita. Mas também se admite que a empresa pública tenha por objeto a prestação de serviços de apoio ao próprio Estado. Nesse caso, a entidade não explora uma atividade econômica no mercado, nem desempenha um serviço público. Seu objeto é satisfazer necessidades próprias do Estado. (p. 122)

Aplicam-se à sociedade de economia mista as considerações promovidas a respeito da empresa pública, no tocante à natureza prestacional de sua atividade social. A atuação deverá enquadrar-se nos limites do serviço público ou de uma atividade econômica em sentido estrito. (p. 122)

Corrente 2: admite a possibilidade do exercício do poder de polícia por empresas estatais

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Por exemplo, há **empresas públicas e sociedades de economia mista que têm por objeto o exercício de poder de polícia** e atividades de regulação, finalidades institucionais que, sem sombra de dúvida, não se enquadram como "exploração de atividade econômica" - por mais ampla que possa ser a aceção proposta para tal expressão! Citamos três casos, a saber:

- a) no Município de São Paulo, existe a Companhia de Engenharia de Tráfego (CET), sociedade de economia mista incumbida, dentre outras, das funções de planejar e implantar, nas vias e logradouros locais, a operação do sistema viário, com o fim de assegurar maior segurança e fluidez no trânsito;
- b) no Município de Porto Alegre, temos a Empresa Pública de Transporte e Circulação S/A (EPTC), cuja finalidade institucional é regular e fiscalizar as atividades relacionadas com o trânsito e os transportes locais;
- c) em Minas Gerais, existe a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A (BHTRANS), sociedade de economia mista municipal que tem por objeto, dentre outras atividades, planejar, organizar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário locais. (capítulo 2, item 4.7.3.2., p. 87 e 88)

Corrente 2.1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem atividades técnicas de polícia que prescindam do exercício do jus imperii

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Mas, ao Estado compete também, por cometimento constitucional ou legal, desempenhar inúmeras atividades administrativas impróprias, vale dizer: aquelas que não necessitem ser obrigatoriamente por ele executadas, **como ocorre em atividades técnicas de polícia que prescindam do exercício do jus imperii**, na prestação de serviços públicos, em atividades de intervenção econômica de natureza substitutiva da atividade privada, em atividades de ordenamento social e, notadamente, de fomento público, nas quais, tanto a execução direta quanto a indireta, neste caso, por via autárquica, por serem estatais e assim burocraticamente pesadas e rigidamente controladas, mostram-se inadequadas para atender satisfatoriamente a essas finalidades, **que são comprovadamente desenvolvidas com maior eficiência em**

regime privado, reconhecidamente mais ágil, competitivo e imediatamente receptivo às demandas da sociedade.

Por estas razões, o Estado tem optado por administrar certos interesses da sociedade a seu cargo valendo-se de entidades dotadas de personalidade de direito privado de sua própria criação, daí o conceito doutrinário da administração indireta por delegação.

No caso, essa modalidade de **delegação paraestatal** não prescinde de assento legal, que, por sua vez, se deve conter no âmbito da lei complementar que definirá as áreas de atuação e o conteúdo da lei ordinária que autorizará a criação das entidades da administração indireta (CF, art. 37, XIX e XX). (item 75, p. 373)

A classificação positiva quadripartite, originalmente adotada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 – empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e serviços sociais autônomos – reduziu a **três os tipos de paraestatais – empresas públicas, sociedades de economia mista** e fundações públicas – excluindo, portanto, os serviços sociais autônomos, que haviam sido incluídos por Hely Lopes Meirelles. Posteriormente, com a Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, a Constituição acresceu ao elenco as subsidiárias das empresas públicas e das sociedades de economia mista (art. 37, XX, e art. 173, §1.º, CF). (capítulo XI, item 76, p. 375 e 376)

Não abordam

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Conclusão

Possibilidade do exercício de poder de polícia por empresas estatais

Corrente 1: não admite a possibilidade do exercício do poder de polícia por empresas estatais (IPN; MJF)

Corrente 2: admite a possibilidade do exercício do poder de polícia por empresas estatais (MA e VP)

Corrente 2.1: admite a possibilidade de empresas estatais prestarem atividades técnicas de polícia que prescindam do exercício do *jus imperii* (DFMN)

Não abordam (JSCF; MC; FM; ASA; CABM; MSZDP; OM; RCRO; AM; DCJ)

DIVERGÊNCIA 046 - Aplicabilidade da Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais)

Corrente 1: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável à toda e qualquer empresa estatal

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

No tocante ao regime jurídico das empresas estatais, o art. 173, § 1.º, da CRFB, alterado pela EC 19/1998, remeteu a sua definição ao legislador ordinário. Após, aproximadamente, 18 anos de espera, o estatuto jurídico das estatais foi fixado pela Lei 13.303/2016, que dispõe sobre regime societário, licitações, contratos e controle **das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exploradoras de atividades econômicas, ainda que em regime de monopólio, e prestadoras de serviços públicos**. Em âmbito federal, o Decreto 8.945/2016 regulamentou a Lei 13.303/2016.

Não obstante o art. 173, § 1º, da CRFB dispor sobre as estatais econômicas, inclusive por se encontrar no Capítulo I do Título VII da Constituição, que trata dos “princípios gerais da atividade econômica”, verifica-se que **a Lei 13.303/2016 extrapolou, em certa medida, para englobar, ainda, as estatais que atuam em regime de monopólio e as que prestam serviços públicos**.

Não se questiona, aqui, a complexidade cada vez maior em identificar e caracterizar, nos objetivos sociais das diversas empresas estatais, as respectivas atividades como serviços públicos ou atividades econômicas. O desafio decorre, em grande medida, da própria dificuldade da conceituação do serviço público, que também pode ser considerado, ao lado da atividade econômica em sentido estrito, espécie de atividade econômica em sentido lato. O problema é agravado nas estatais que exploram, de forma concomitante, atividades econômicas e serviços públicos.

O que não parece razoável é a fixação de normas homogêneas para toda e qualquer empresa estatal, independentemente da atividade desenvolvida (atividade econômica ou serviço público) e do regime de sua prestação (exclusividade, monopólio ou concorrência).

Independentemente das críticas que podem ser lançadas contra a Lei 13.303/2016, é relevante notar que o referido Estatuto tem aplicação nacional, devendo ser observado por todas as estatais da União, Estados, DF e Municípios (art. 1.º). (capítulo 8, item 8.1, p. 237 e 238)

As empresas públicas e as sociedades de economia mista podem desempenhar dois tipos de atividades: atividades econômicas e serviços públicos.

[...]

Devem ser feitas duas considerações em relação a essa relativa igualdade de regimes jurídicos entre as estatais e as empresas privadas em geral:

a) a igualdade relativa de tratamento jurídico só faz sentido quando houver concorrência, não se aplicando, necessariamente, o art. 173, § 1.º, da CRFB às estatais que exploram serviços públicos ou desempenham atividades econômicas em regime de monopólio. Não obstante isso, **a Lei 13.303/2016, ao regulamentar a referida norma constitucional, estabeleceu tratamento homogêneo às empresas estatais econômicas, que atuam em regime de concorrência ou monopólio, e prestadoras de serviços públicos, o que, a nosso ver, deve ser criticado;** (capítulo 8, item 8.4, p. 241, 242 e 243)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O citado estatuto jurídico, previsto no art. 173, refere-se, hoje, à Lei n. 13.303, de 30.06.2016, denominada Lei das Responsabilidades das Estatais. **Tal regime especial determinou a aplicação de suas regras às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, bem como às prestadoras de serviços públicos, não fazendo qualquer distinção quanto ao fato de terem finalidades diferentes** (art. 1º).

Para melhor compreender essa questão, observa-se que a norma constitucional estabelece a necessidade de um regime jurídico especial apenas para empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica, uma vez que estas competem com a iniciativa privada e, por isso, mereciam um regime mais flexível do que a regra aplicável às demais pessoas que compõem a Administração Indireta, o que de fato não ocorreu na maioria de seus dispositivos, **sendo essa uma de suas críticas e que gerará futuras discussões.** (capítulo 3, item 5.6.3, p. 197)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Contudo, **a Lei das Estatais** (Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, regulamentada pelo Decreto nº 8.945/2016), **contrariando a orientação constitucional, criou um regime jurídico que não distingue estatais que atuam no domínio econômico daquelas que prestam serviços públicos, ou seja, houve a disciplina conjunta e homogênea no tratamento legal, o que suscitará controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.** (capítulo 10, item 10.5.4, p. 274)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Com fundamento no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, foi publicada a Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, criando o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista e Subsidiárias.

A nova lei declara-se aplicável a toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos (art. 1º).

Assim, embora o art. 173, § 1º, da Constituição Federal impusesse ao legislador o dever de criar um estatuto jurídico somente para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, **a Lei n. 13.303/2016 foi além e estendeu sua abrangência também para as prestadoras de serviços públicos, tanto federais quanto estaduais, distritais ou municipais.** (capítulo 3, item 3.8.11, p. 393 e 394)

Corrente 1.1: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável a toda e qualquer empresa estatal. É excluída, parcialmente, a aplicação da referida lei às empresas estatais que possuam receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Lamentavelmente, a Lei nº 13.303/16, ao dispor sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, não fez a distinção entre as que prestam serviço público e as que exercem atividade econômica a título de intervenção no domínio econômico. No entanto, muitas de suas normas são aplicáveis apenas às empresas que exercem atividade econômica (em sentido estrito), com fundamento no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, razão pela qual cabe ao intérprete, em cada situação, separar o que é o que não é aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. (capítulo 10, item 10.5.2)

A Lei nº 13.303, de 30-6-16, dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

[...]

As normas da lei abrangem:

[...]

b) as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que prestam atividade econômica de produção ou

comercialização de bens ou de prestação de serviços, na qualidade de serviços públicos, de que constitui exemplo a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP; vale dizer que a lei iguala o regime jurídico das empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito e as que prestam serviço público;

[...]

Excluem-se da abrangência do Título I da lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que tiverem, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais. É estranha essa exclusão, já que o artigo 173 da Constituição Federal não faz essa distinção. Talvez o objetivo seja excluir do alcance da lei empresas estatais de pequeno porte, criadas nos âmbitos estadual e municipal.

A exclusão não é total, porque alguns dispositivos do Título I têm aplicação mesmo a essas empresas, conforme previsto no artigo 1º, § 1º:

[...]

As demais normas do Título I, pertinentes à Administração da empresa (se alguma sobrar, diante do disposto no artigo 6º), não se aplicam às que tenham receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais, o que significa que elas se sujeitam às normas da Lei nº 6.404. Têm total aplicação a tais empresas as normas sobre licitações e contratos, bem como as disposições finais e transitórias. (capítulo 10, item 10.5.3.1, p. 1001 a 1006)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Com base no art. 173, § 1º, da CF, foi editada a Lei nº 13.303, de 30.6.2016, que formalizou o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, ou simplesmente Estatuto. Como toda lei dessa natureza, várias polêmicas serão decerto suscitadas no cenário de sua aplicabilidade.

De início, cabe notar a questão da abrangência da lei. Segundo o art. 1º, a lei abrange toda e qualquer das entidades da União, dos Estados, do DF e dos Municípios “que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

A norma é suscetível de controvérsia, calcada na competência da União para criar lei geral, de cunho nacional, para regular as entidades em nível estadual, distrital e municipal. Os arts. 22 e 24 da CF não registram essa competência expressa, salvo no que concerne a contratos e licitações (art. 22, XXVII), em que é expressa a competência da União. Ocorre que o Estatuto trata de inúmeras outras relações jurídicas, além de contratos e licitações.

Embora possa haver dúvidas a respeito, parece-nos que a fonte normativa se situa no art. 173, § 1º, da CF, exatamente o que prevê a edição do estatuto jurídico. Certamente haverá objeção de que a norma não pretendeu fixar competência da União, mas, considerando a necessidade de uniformizar essas entidades da administração descentralizada, uma lei geral será mais satisfatória e eficaz do que leis estaduais, distritais e municipais, ainda mais se lembrarmos de que existem mais de cinco mil Municípios. **Com o recurso a uma interpretação sistemática, poder-se-á considerar que somente lei uniforme poderá disciplinar melhor a matéria, afastando-se suposta ofensa à autonomia das unidades federativas, que nada têm a perder (ao contrário!) com a uniformização veiculada pelo Estatuto.** De qualquer modo, a doutrina e a jurisprudência avaliarão futuramente a questão em tela.

Outra questão que levantará algumas divergências diz respeito à abrangência da lei quanto à natureza das entidades. O art. 1º do Estatuto, conforme já visto, **aplica-se às entidades que explorem atividade econômica, ainda que sob monopólio da União, bem como àquelas destinadas à prestação de serviços públicos.** Foram ambas as espécies, **portanto, catalogadas no mesmo diploma regulador.** De um lado, o fato simplifica, pela unificação, a regência das entidades, como, aliás, sempre nos pareceu o melhor caminho; a distinção entre as categorias tem causado mais dúvidas do que elucidações. De outro, será muito difícil, na prática, que as diferenças sejam superadas. **Seja como for, o Estatuto foi claro: a aplicabilidade é extensiva e alcança todo e qualquer tipo de empresa pública ou sociedade de economia mista.**

[...]

O legislador, porém, sempre está pronto para complicar. **Com efeito, estabeleceu que o Título I da lei (disposições aplicáveis às entidades) não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, juntamente com suas respectivas subsidiárias, receita operacional inferior a R\$ 90.000.000,00, no exercício social anterior.** No entanto, excepcionou com vários artigos que terão aplicabilidade (art. 1º, § 1º), entre eles os que se referem às definições, autorização legal, auditorias, transparência e função social da entidade. Não se aplicam, destarte, as regras que dizem respeito à estrutura orgânica, situadas entre os arts. 13 e 26 do Estatuto. (capítulo 9, item V, subitem 8.3, p. 921, 922 e 923)

Corrente 2: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviço; àquelas que participarem de consórcio, na condição de operadoras; e à sociedade, inclusive de propósito específico, que seja controlada por empresa pública e sociedade de economia mista. É excluída, parcialmente, a aplicação da referida lei às empresas estatais que possuam receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

O art. 173, §1º, da CF, na redação da EC nº 19/1998, atribui à **lei a fixação do 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 prestação de serviços**, arrolando, nos incisos, alguns itens do seu conteúdo. **Após cerca de 30 anos foi editada a engessante Lei nº 13.303, de 30.6.2016**, dispondo sobre o Estatuto Jurídico das Estatais, com aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O Decreto nº 8.945, de 27.12.2016, regulamenta, no âmbito da União, a citada lei.

Referida lei aplica-se também a: (i) **empresas públicas e sociedades de economia mista que participem de consórcio, na condição de operadoras** (art. 1º, §5º); (ii) **sociedade, inclusive de propósito específico, que seja controlada por empresa pública e sociedade de economia mista** (art. 1º, §6º).

Parte da Lei nº 13.303/2016 não incide sobre empresas públicas e sociedades de economia mista que tiverem, juntamente com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a noventa milhões de reais (art. 1º, §1º). (capítulo 5, item 5.4.1, p. 78 e 79)

Corrente 3: a Lei nº 13.303/2016 somente se aplica a empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto o exercício de atividades econômicas, inclusa a prestação de serviços públicos de caráter econômico (em sentido amplo); mas ela não se aplica a outras entidades que têm como fins institucionais o desempenho de atividade regulatória, ou o exercício de poder de polícia, ou atividades de cunho estritamente social, enquadradas no Título VIII da Carta de 1988 ("Da Ordem Social")

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Em julho de 2016, foi publicada a Lei 13.303/2016 - apelidada de "Lei de Responsabilidade das Estatais", ou, simplesmente, "Lei das Estatais".

Trata-se de uma lei ordinária de caráter nacional, isto é, editada pela União e obrigatória para todos os entes da Federação. Ela contém um conjunto abrangente de normas - literalmente, um "estatuto jurídico" - endereçadas não só às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas em sentido estrito como também às que prestam serviços públicos que configuram atividade econômica (em sentido amplo).

A opção do legislador por elaborar um "estatuto jurídico" aplicável tanto às empresas públicas e sociedades de economia mista atuantes no domínio econômico estrito quanto às prestadoras de serviços públicos de índole econômica eliminou algumas diferenças de regime jurídico que, em função da atividade exercida, havia entre esses dois grupos. Convém alertar, entretanto, que outros pontos de discriminação atrelados ao objeto da entidade, suscitados pela doutrina e pela jurisprudência, não ficaram prejudicados com o advento da Lei 13.303/2016 - e serão estudados oportunamente. (capítulo 2, item 4.7.3.1, p.73 e 74)

Em suma, independentemente do que fosse pretendido pelo Poder Executivo federal, pelo Congresso Nacional, ou por qualquer outro órgão ou instância oficial, o certo é que não conhecemos nenhuma técnica de interpretação de normas, por mais criativa ou inovadora, que possibilite chegar ao resultado que vem sendo apregoado com tanta insistência: **o de que a Lei 13.303/2016 teria submetido a seus preceitos todas as empresas públicas e sociedades de economia mista existentes no Brasil.** Temos firme convicção de que tal afirmativa não tem chance alguma de sobreviver a uma singela leitura de uns poucos dispositivos da lei em apreço. Não vislumbramos modo legítimo de refutar este fato explicitamente decorrente do texto legal: **a Lei 13.303/2016 somente se aplica a empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto o exercício de atividades econômicas, incluída a prestação de serviços públicos de caráter econômico (em sentido amplo); mas ela não se aplica a outras entidades, a exemplo daquelas que têm**

como fins institucionais o desempenho de atividade regulatória, ou o exercício de poder de polícia, ou ainda atividades de cunho estritamente social, enquadradas no Título VIII da Carta de 1988 ("Da Ordem Social"). (capítulo 2, item 4.7.3.2, p. 83)

Corrente 4: a Lei não é aplicável a toda e qualquer entidade estatal se prestadora de serviço público

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Lei 13.303 adotou um critério distinto daquele tradicional para diferenciar o tratamento jurídico entre as sociedades estatais. Ao invés de recorrer ao critério da natureza material da atividade desempenhada, optou pela solução que distingue o modo de organização dessa atividade.

O art. 1.º da Lei 13.303/2016 tem a seguinte redação:

“Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

A solução adotada pelo art. 1.º da Lei 13.303 apresenta vínculo direto com a disciplina do art. 966 do Código Civil, abaixo reproduzido:

“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Portanto, o Código Civil reputa que empresa consiste na atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. A Lei 13.303/2016 incorporou esse enfoque relativamente às sociedades estatais, reconhecendo que algumas são organizadas empresarialmente e outras, não. A natureza da atividade desempenhada pela estatal é irrelevante, eis que o critério adotado é o modo de sua exploração.

Isso significa que a Lei 13.303/2016 reservou o regime jurídico por ela instituído para as entidades estatais organizadas como empresa, na acepção técnico-jurídica prevalente no Direito Comercial. **Logo, a Lei das Estatais não é aplicável a toda e qualquer entidade estatal prestadora de serviço público. Aliás, se a vontade legislativa fosse de alcançar todas as prestadoras de serviço público, a redação legislativa seria outra, muito mais simples.** O art. 1.º teria simplesmente estabelecido que o seu regime seria aplicável a todas as sociedades sob controle direto ou indireto do Estado.

Não se posiciona

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Em 30 de junho de 2016, foi publicada a Lei 13.303/16 que **dispõe sobre o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, mantendo as regras anteriormente aplicáveis a essas entidades, no que tange à formação societária, organização do capital e finalidades precípua e criando novas disposições detalhadas.**

Com efeito, as empresas públicas, conforme art. 3º, são criadas com capital 100% do Estado, admitindo-se a participação societária de qualquer entidade da Administração Pública direta ou Indireta, mas vedando a participação de particulares e, por seu turno, as sociedades de economia mista, previstas no art. 4º da referida lei, devem ser criadas também sob o regime de direito privado, permitindo-se a participação societárias de particulares desde que o controle acionário se mantenha nas mãos das entidades integrantes do Estado.

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM).

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ) – edição do livro anterior à edição da referida Lei.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN) – edição do livro anterior à edição da referida Lei.

Conclusão

Aplicabilidade da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais)

Corrente 1: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável à toda e qualquer empresa estatal (RCRO; FM; IPN; AM)

Corrente 1.1: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável a toda e qualquer empresa estatal. É excluída, parcialmente, a aplicação da referida lei às empresas estatais que possuam receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais (MSZDP; JSCF)

Corrente 2: a Lei n.º 13.303/2016 é aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviço; àquelas que participarem de consórcio, na condição de operadoras; e à sociedade, inclusive de propósito específico, que seja controlada por empresa pública e sociedade de economia mista. É excluída, parcialmente, a aplicação da referida lei às empresas estatais que possuam receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais (OM)

Corrente 3: a Lei n.º 13.303/2016 somente se aplica a empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto o exercício de atividades econômicas, inclusa a prestação de serviços públicos de caráter econômico (em sentido amplo); mas ela não se aplica a outras entidades que têm como fins institucionais o desempenho de atividade regulatória, ou o exercício de poder de polícia, ou atividades de cunho estritamente social, enquadradas no Título VIII da Carta de 1988 (“Da Ordem Social”) (MA e VP)

Corrente 4: a Lei n.º 13.303/2016 não é aplicável a toda e qualquer entidade estatal se prestadora de serviço público (MJF)

Não se posiciona: (MC)

Não abordam (CABM; ASA; DCJ; DFMN)

DIVERGÊNCIA 047 - Compatibilidade do conceito de lucro com as empresas estatais

Corrente 1: os fins públicos justificam a mitigação do lucro das empresas estatais

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Além desse ponto, **cabe lembrar que há um latente e natural conflito entre os objetivos de lucro das empresas estatais**, sobretudo das sociedades de economia mista, que têm sócios privados, com as finalidades públicas para as quais foram criadas e que justificam a sua permanência sob o controle do Estado, que as utiliza como instrumento da realização de políticas públicas não necessariamente interessantes do ponto de vista estritamente econômico, mesmo considerada a responsabilidade social que as empresas em geral procuram demonstrar hoje.

Não é por outra razão que a Lei das Sociedades Anônimas dispõe: “Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.” Em outras palavras, **os fins públicos institucionais podem justificar a mitigação** (nunca a supressão) **dos seus objetivos puramente lucrativos** (ex.: um banco estatal pode fornecer créditos subsidiados a pequenos agricultores ou uma estatal de petróleo pode ter de construir um gasoduto de integração energética nacional atendendo a uma política governamental), **mas os seus objetivos lucrativos não podem ser mitigados por interesses públicos diversos dos que determinaram a sua criação** (ex.: um banco estatal pode ter que manter uma agência deficitária por ser a única instituição financeira presente em toda a região, mas não pode ser obrigado a não fechar a agência simplesmente para não aumentar o desemprego na região). (capítulo V, item V.10.3, p.274 e 275)

Corrente 2: as empresas estatais têm a possibilidade, pelo menos em tese, de explorarem serviços públicos com finalidade lucrativa

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

É importante perceber que, no dispositivo legal ora em apreço - art. 2º, caput, da **Lei 13.303/2016** -, a expressão "atividade econômica" é empregada em

sentido amplo, **incluindo os serviços públicos que tenham natureza econômica, isto é, que tenham possibilidade, pelo menos teórica (observado o ordenamento constitucional), de ser explorados com intuito de lucro.** Basta lembrar que o caput do art. 1º da Lei 13.303/2016, ao delimitar a abrangência desta, inclui expressamente como "atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços" a atividade econômica que "seja de prestação de serviços públicos". (capítulo 2, item 4.7.3.4, p. 94-95)

De outra parte, a vigente Constituição também situa no âmbito da "Ordem Econômica e Financeira" a **prestação de serviços públicos que se enquadrem como atividade econômica em sentido amplo, isto é, que tenham possibilidade, em tese (observado o ordenamento constitucional), de ser explorados com finalidade lucrativa.** Trata desses serviços o art. 175 da Carta Política, incumbindo o Estado de prestá-los, seja diretamente - isto é, por meio do seu aparelho administrativo -, seja indiretamente, mediante concessão ou permissão a particulares.

Como os serviços públicos em questão têm natureza econômica, a sua prestação direta pelo Estado (situação que nada tem de excepcional) deve, como regra, **ser efetuada por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista,** uma vez que essas são as entidades integrantes da administração pública que adotam, ou podem adotar, estrutura organizacional típica de empresa.

Em suma, **as empresas públicas e sociedades de economia mista** têm por objeto, como regra, o exercício de atividades econômicas em sentido amplo, expressão que abrange: (a) as atividades de produção e circulação de bens e de prestação de serviços de natureza privada (CF, art. 173), inclusive as que estejam constitucionalmente sujeitas ao regime de monopólio da União (CF, art. 177); e (b) **a prestação de serviços públicos de natureza econômica** (CF, art. 175). (capítulo 2, item 4.7.3.5, p. 98)

Corrente 3: as empresas estatais econômicas buscam o lucro

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Excepcionalmente, a figura contratual seria admitida nas relações firmadas por pessoas administrativas com empresas estatais que prestam atividades econômicas em regime de concorrência com as empresas privadas. De acordo com o art. 173, § 1.º, II, da CRFB, **as estatais econômicas atuantes no mercado concorrencial subordinam-se, no que couber, ao mesmo regime jurídico das empresas privadas e buscam o lucro.**

Por essa razão, é possível a caracterização do contrato administrativo com prerrogativas em favor do Ente federado contratante e sujeições da estatal econômica contratada. (capítulo 18, item 18.3, p. 899)

Corrente 4: as empresas estatais não são criadas com a finalidade de perseguir o lucro; porém elas podem obtê-lo

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Essas pessoas jurídicas não podem ter fins lucrativos, tendo em vista serem criadas para a busca do interesse público, inclusive quando exploradoras da atividade econômica. Isso não significa que elas não possam obter lucro, mas que não foram criadas com esse objetivo, não sendo o lucro o grande mote de sua criação.

A aplicação dessa regra para as pessoas jurídicas da Administração Indireta prestadoras de serviços públicos é tranquila, já que o seu objetivo é satisfazer as necessidades coletivas, perseguindo o interesse coletivo, portanto, o foco do Estado não é o lucro; é a satisfação do serviço.

Toda a discussão surge em razão das pessoas jurídicas exploradoras da atividade econômica, o que é possível no caso da **empresa pública e da sociedade de economia mista**, mas, mesmo nessa hipótese, **o fim não pode ser o lucro**, considerando que elas não podem desenvolver quaisquer atividades, estando restritas às apontadas no texto constitucional, independentemente do lucro.

A Constituição, em seu art. 173, dispõe que: “O Estado não intervirá na atividade econômica, exceto quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme previsão legal”. Portanto, mesmo nesse caso, o Estado não poderá escolher as atividades que lhe deem lucro. Ele terá que se limitar às hipóteses restritas da Constituição, que são a segurança nacional e o relevante interesse coletivo, portanto, a perseguição do interesse público. (capítulo 3, item 5.1, p. 154 e 155)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

É importante salientar que, ainda que sejam criadas para fins de exploração de atividades econômicas, a finalidade destas empresas estatais deve ser o interesse público, **não sendo possível a criação de entidade com a finalidade de obtenção de lucro**. Com efeito, **é possível que o lucro seja consequência de uma determinada atividade**, como ocorre em casos de exploração e venda de derivados do petróleo, ou na atividade financeira, **mas não pode ser o mote de criação da entidade nem pode condicionar seus atos**. (capítulo 4, item 7.1, p. 216)

Corrente 4.1: as empresas estatais não são criadas com a finalidade de perseguir o lucro; porém elas podem obtê-lo. No caso da sociedade de economia mista, há conflito entre o interesse público e o particular em relação a busca por lucro

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Ocorre que quando o Estado cria uma pessoa jurídica privada, ela aparece com praticamente todas as características indicadas para as pessoas públicas: elas são criadas e extintas pelo Poder Público; **o seu fim principal não é o lucro, ressalvada a hipótese de sociedade de economia mista, em que o intuito lucrativo do particular se opõe ao interesse público visado pelo Estado**; elas não podem afastar-se dos fins para os quais foram instituídas; sujeitam-se a controle positivo do Estado; e recebem, às vezes, algumas prerrogativas autoritárias.

[...]

Assim, existem vários traços comuns entre o regime jurídico das pessoas públicas e o das pessoas de direito privado instituídas pelo Estado:

[...]

3. a sua finalidade essencial não é o lucro e sim a consecução do interesse público; (capítulo 10, item 10.2.2, p. 964 e 965)

Corrente 4.2: No caso da sociedade de economia mista, há conflito entre o interesse público e o particular em relação à busca por lucro

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Segundo Bilac Pinto, as cláusulas de garantias de juros e a extensão dada à teoria da imprevisão, que acabavam forçando o Estado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido, resultaram no declínio das concessões, que foram substituídas pelo modelo de sociedade de economia mista, no qual há uma associação entre o capital público e privado com o objetivo de dotar as entidades criadas de métodos de ação privada, o que lhes garantia maior eficiência.

No entanto, também a sociedade de economia mista não era modelo perfeito, **sendo seu principal entrave o fato de haver intrinsecamente um conflito de interesses entre o Estado e os particulares investidores**, uma vez que enquanto aquele objetiva desenvolver suas atividades buscando alcançar metaintereses de desenvolvimento, **o particular objetiva lucro**, sendo menos importante se a empresa desempenhará suas atividades com preços

acessíveis ou tendo em vista a consecução de interesses coletivos. Daí por que Bilac Pinto apontou na década de 50 que haveria o declínio das sociedades de economia mista e sua substituição pelas empresas públicas. (capítulo 10, item 10.5.4.5.1, p. 276 e 277)

Corrente 5: a lucratividade da empresa estatal deve ser compatível com sua natureza funcional. Há duas situações em que é obrigatória a atuação não lucrativa: (i) nos casos de competição com particulares; e (ii) as sociedades de economia mista com sócios privados

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Isso não significa negar às entidades estatais a autorização para buscar o lucro, como um parâmetro necessário da legitimidade da existência de uma sociedade estatal.

A ausência de lucratividade significaria a necessidade de ampliação dos investimentos públicos para manutenção da entidade. Uma estatal permanentemente deficitária deve ser extinta, a não ser que exista forte justificativa para que o Estado e a sociedade continuem a custear seu funcionamento.

Depois, porque a atuação deficitária perturba o mercado e pode configurar prática incompatível com a competição. Se uma sociedade estatal ofertar bens no mercado por preços irrisórios, acabará por destruir a concorrência. A médio prazo, o resultado será muito danoso para a economia em seu conjunto. [...]

Há duas situações em que é obrigatória a atuação lucrativa da sociedade estatal. A primeira se configura nos casos de competição com particulares. Se o Estado se dispuser a atuar num setor em que exista a livre concorrência (inclusive em casos de serviço público), será imperioso que norteie a sua atividade pelos preceitos da mais ampla eficiência. Assim se impõe para evitar que o Estado destrua os competidores privados, praticando preços reduzidos e ruinosos, para angariar clientela à custa de seu próprio prejuízo. O resultado seria a inviabilidade econômica dos competidores privados, os quais não disporiam de condições para arcar com prejuízos em termos equivalentes ao que se passa com o Estado. Assim, considere-se o exemplo de sociedades estatais municipais que prestam serviços de transporte público de passageiros em competição com empresas privadas. Se for praticada tarifa inferior aos custos, os competidores privados serão prejudicados.

A segunda situação relaciona-se com as sociedades de economia mista com sócios privados. Se o Estado recorrer aos particulares para captar recursos para a exploração de uma atividade empresarial, acenando com o retorno de lucros, ser-lhe-á vedado ignorar os interesses dos particulares aos quais se associou.

Em todos os casos, o dever de obter lucro não autoriza práticas predatórias ou destrutivas dos interesses individuais ou coletivos. (p. 130)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Conclusão

Compatibilidade do conceito de lucro com as empresas estatais

Corrente 1: os fins públicos justificam a mitigação do lucro das empresas estatais (ASA)

Corrente 2: as empresas estatais têm a possibilidade, pelo menos em tese, de explorarem serviços públicos com finalidade lucrativa (MA e VP)

Corrente 3: as empresas estatais econômicas buscam o lucro (RCRO)

Corrente 4: as empresas estatais não são criadas com a finalidade de perseguir o lucro; porém elas podem obtê-lo (FM; MC)

Corrente 4.1: as empresas estatais não são criadas com a finalidade de perseguir o lucro; porém elas podem obtê-lo. No caso da sociedade de economia mista, há

conflito entre o interesse público e o particular em relação a busca por lucro (MSZDP)

Corrente 4.2: no caso da sociedade de economia mista, há conflito entre o interesse público e o particular em relação à busca por lucro (IPN)

Corrente 5: a lucratividade da empresa estatal deve ser compatível com sua natureza funcional. Há duas situações em que é obrigatória a atuação não lucrativa: (i) nos casos de competição com particulares; e (ii) as sociedades de economia mista com sócios privados (MJF)

Não abordam (CABM; DCJ; AM; OM; JSCF; DFMN)

DIVERGÊNCIA 048 - Natureza dos bens públicos das empresas estatais

Corrente 1: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são impenhoráveis quando se destinam diretamente à execução do serviço ou quando essas empresas atuam em regime de monopólio

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Em síntese:

- a) todos os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista são sempre, bens privados;
- b) os bens de empresas públicas e sociedades de economia mista que sejam empregados diretamente na prestação de serviços públicos que essas entidades tenham por objeto sujeitam-se, total ou parcialmente, às restrições características do regime jurídico dos bens públicos, especialmente à impenhorabilidade, em decorrência do princípio da continuidade dos serviços públicos (e não da natureza do bem em si mesmo considerado);
- c) a jurisprudência do STF consolidou o entendimento de que, na específica hipótese em que empresas públicas e sociedades de economia mista tenham por objeto a prestação de serviços públicos essenciais e próprios do Estado, e atuem sem competir com empresas do setor privado, é aplicável às suas dívidas o regime de precatórios judiciais previsto no art. 100 da Carta Política, ou seja, todos os bens dessas entidades administrativas embora privados, são impenhoráveis (e sobre eles não podem incidir ônus reais), mesmo aqueles que não sejam diretamente utilizados na respectiva atividade-fim. (capítulo 2, item 4.7.3.6.11, p.117)

Corrente 1.1: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens diretamente ligados à execução do serviço, estão sujeitos ao regime público, sendo, portanto, impenhoráveis

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Acolhe-se neste trabalho a orientação de que os bens pertencentes às pessoas privadas são bens privados e, portanto, são bens penhoráveis, independentemente da finalidade desenvolvida pelas empresas estatais. Todavia, quando as empresas estatais são prestadoras de serviços públicos, em razão de diversas regras do ordenamento jurídico, se os bens estiverem diretamente ligados à prestação dos serviços públicos, para garantir a continuidade dos serviços, esses bens precisam de proteção especial, portanto, estarão sujeitos ao regime público; para os demais vale o regime privado. Justificam esse tratamento especial: o princípio da continuidade dos serviços públicos; o fato de os bens serem decorrentes da transferência do ente que os criou; a cláusula de reversão ao ente público que lhes deu origem; e a possibilidade de a lei instituidora dar essa especialidade para esses bens. Ressalte-se ainda o dever de licitar dessas empresas, o que representa também o rigor do regime público. Em sentido contrário, encontram-se os demais bens das empresas públicas e as sociedades de economia mista, as quais, em razão da previsão do art. 173, § 1º, da CF, seguirão o regime próprio das empresas privadas, sendo, portanto, seus bens penhoráveis. (capítulo 3, item 5.6.3, p. 213)

Corrente 1.2: os bens das empresas estatais são privados, contudo, sofrem modulações de direito público no tocante à sua alienação e no caso das empresas estatais prestadoras de serviço público (impenhorabilidade dos bens destinados diretamente à execução do serviço). Os bens de quaisquer empresas estatais são usucapíveis

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O patrimônio das empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado, é constituído por bens privados, na forma do art. 98 do CC.

O regime jurídico aplicável aos bens das estatais é predominantemente privado, mas sofre modulações de direito público, especialmente no tocante à sua alienação, que depende do cumprimento das exigências

legais (arts. 49 e 50 da Lei 13.303/2016), e, no caso das estatais prestadoras de serviços públicos, à vedação de penhora de bens necessários à continuidade dos serviços. (capítulo 8, item 8.7, p. 251)

Os bens das empresas estatais econômicas podem ser penhorados, da mesma forma que podem sê-los os bens das empresas privadas, conforme exigência constitucional prevista no art. 173, § 1.º, II da CRFB.

Ao contrário, os bens das empresas estatais, prestadoras de serviços públicos, podem ser afastados, excepcionalmente, da penhora, quando estiverem afetados aos serviços públicos e forem necessários à sua continuidade, tendo em vista o princípio da continuidade dos serviços públicos. Caso a estatal não possua bens penhoráveis e patrimônio suficiente para arcar com as suas dívidas, haverá a responsabilidade subsidiária do Ente federado respectivo. (capítulo 8, item 8.7.1, p. 251)

Os bens privados das empresas estatais podem ser adquiridos por usucapião, não sendo aplicável a imprescritibilidade típica dos bens públicos.

A possibilidade de aquisição por usucapião de bens independe da atividade desenvolvida pela empresa (serviço público ou atividade econômica). Isto quer dizer que, ao contrário do que foi afirmado em relação à penhora, os bens, ainda que utilizados para a prestação de serviços públicos, podem ser adquiridos por usucapião, pois o requisito do tempo, necessário à consumação da prescrição aquisitiva, demonstra que o bem não é imprescindível à continuidade dos serviços.

Registre-se, contudo, que o tema não é imune à polêmica. Em sentido contrário à tese aqui defendida, há entendimento no sentido da impossibilidade de usucapião de bens das estatais afetados à prestação de serviços públicos, sob o fundamento de que, nesse caso, os bens seriam considerados públicos. (capítulo 8, item 8.7.2, p. 252)

Corrente 1.3: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são impenhoráveis e imprescritíveis quando se destinam diretamente à execução do serviço

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

A matéria de definição acerca dos bens públicos é divergente, haja vista o fato de que parte da doutrina entende que são bens públicos todos os bens das pessoas jurídicas de direito público e também os bens das pessoas jurídicas de direito privado que atuem na prestação de serviços públicos, desde que os bens estejam atrelados à execução destas atividades públicas.

Ocorre que, com a intenção de pacificar a controvérsia, o Código Civil, em seu art. 98 define que somente serão considerados bens públicos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, inclusive, José dos Santos Carvalho Filho dispõe que são bens públicos aqueles "de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, sejam da Administração descentralizada, com as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas".

Com efeito, esse entendimento é o adotado nesta obra de **que os bens das empresas estatais não ostentam a qualidade de bens públicos, no entanto, em relação aos bens que estejam atrelados à prestação de serviços públicos, se aplicam algumas prerrogativas inerentes aos bens públicos, como a imprescritibilidade e impenhorabilidade.**

No que tange às empresas estatais que atuam na exploração de atividades econômicas, não se pode entender da mesma forma, ou seja, seus bens não gozam de quaisquer garantias públicas e são bens privados para todos os efeitos, sendo, inclusive, possível a penhora e a oneração destes bens com direitos reais de garantia. Nesse sentido, o art. 173, §1º, da Constituição Federal dispõe acerca da "sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis". (capítulo 4, item 7.2, p. 220-221)

Corrente 1.4: os bens das empresas estatais destinados diretamente à prestação de serviço público são impenhoráveis

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Quanto às duas primeiras, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que têm, respectivamente, seu patrimônio parcial ou integralmente público, restam dúvidas se, à luz do art. 173, § 1.º, II, da Constituição, elas conservam os atributos de impenhorabilidade depois de desafetado, ou seja, depois de redestinadas para atuar, despidas de quaisquer privilégios, "sob o regime próprio das empresas privadas".

Com a evolução do tratamento constitucional dessas entidades, com vistas a proteger a confiabilidade do mercado e repudiar o abuso de posição vantajosa, o entendimento exegético mais consentâneo com a nova sistemática, é de que **só não serão passíveis de penhora os seus bens, que, como também ocorre com as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, estejam a eles afetados, caso em que a impenhorabilidade não decorrerá da natureza de bens públicos, pois que**

não mais o são, mas do princípio da continuidade dos serviços públicos.
(capítulo XI, item 76.5, p. 379)

Corrente 2: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são privados com destinação especial quando se destinam diretamente à execução do serviço; sendo penhoráveis e usucapíveis

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Os bens que passam a integrar, inicialmente, o patrimônio das empresas públicas e das sociedades de economia mista provêm geralmente da pessoa federativa instituidora. Esses bens, enquanto pertenciam a esta última, tinham a qualificação de bens públicos. **Quando, todavia, são transferidos ao patrimônio daquelas entidades, passam a caracterizar-se como bens privados**, sujeitos à sua própria administração. **Sendo bens privados, não são atribuídas a eles as prerrogativas próprias dos bens públicos, como a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a alienabilidade condicionada etc.**

Registre-se, entretanto, que alguns estudiosos advogam o entendimento de que são bens públicos de uso especial (ou com destinação especial) aqueles de que se socorrem essas entidades quando preordenadas à prestação de determinado serviço público. **Permitimo-nos, contudo, dissentir desse pensamento.** O fato de estarem alguns bens de tais entidades afetados à eventual prestação de serviços públicos não os converte em bens públicos, pois que nenhuma ressalva em tal sentido mereceu previsão legal. A situação é a mesma que ocorre com bens de concessionários e permissionários de serviços públicos. Podem, é certo, receber uma ou outra proteção especial em virtude de sua afetação, mas isso não os transforma em bens públicos. **Por isso, melhor é que, em semelhante situação, sejam classificados de bens privados com destinação especial. Quanto aos bens que não estejam diretamente a serviço do objetivo público da entidade, não há dúvida consistente: trata-se de bens privados. Idêntica classificação têm os bens de empresas públicas e sociedades de economia mista quando exploram atividade econômica.**

A questão da impenhorabilidade dos bens dessas entidades tem gerado profunda confusão e decisões divergentes. Anteriormente, o entendimento era o de que tais bens não poderiam ter semelhante privilégio, ante o disposto no art. 173, § 1º, II, da CF, ainda que lei anterior indevidamente o garantisse, sendo de considerar-se que a norma não teria sido recepcionada pela atual Constituição. Posteriormente, contudo, adotou-se entendimento diametralmente oposto, qual seja, o de que a Constituição teria recepcionado

dispositivos de lei anterior que continha o privilégio. **Concessa venia, ousamos discordar de semelhante pensamento. O sistema de precatório é aplicável apenas à Fazenda Pública (art. 100, CF), e no sentido desta evidentemente não se incluem pessoas administrativas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista.** A extensão da aplicabilidade do sistema a tais entidades provoca irreversível prejuízo aos seus credores, já que se trata de mecanismo injusto e anacrônico, ao mesmo tempo em que beneficia devedores paraestatais recalcitrantes. Provoca também inegável perplexidade na medida em que o devedor privilegiado é pessoa jurídica de direito privado... Não obstante, tal posição não é pacífica, havendo, inclusive, decisões judiciais em sentido contrário.

O Código Civil vigente – diga-se de passagem – dissipou quaisquer dúvidas a respeito, dispondo que são públicos os bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público e particulares todos os demais, seja qual for a pessoa a que pertencerem (art. 98). Por conseguinte, se aquelas entidades têm personalidade jurídica de direito privado, seu patrimônio há de caracterizar-se como privado. **Assim, bens de sociedade de economia mista são sujeitos a usucapião, como já se decidiu acertadamente.** Avulta notar, ainda, que o Estatuto (Lei nº 10.303/2016) nada dispôs em contrário, reforçando essa interpretação. (capítulo 9, item V, subitem 12, p. 931-932)

Corrente 3: os bens das empresas estatais são privados, contudo, os bens das empresas estatais que prestam serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade, são bens públicos de uso especial; e as empresas estatais exploradoras de atividade econômica poderão ser investidas na titularidade de bem público dominical

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A criação de uma empresa estatal exige a constituição de um patrimônio próprio, o que envolve a atribuição a ela do domínio sobre um conjunto de bens. **Esses bens, ao serem transferidos para a titularidade da empresa estatal, perdem a sua condição de bens públicos propriamente ditos.** A questão será mais bem examinada abaixo, no capítulo atinente aos bens públicos.

Os bens integrantes do patrimônio das empresas estatais não integram o domínio público.

Rigorosamente, são bens privados, ainda que exista jurisprudência do STF no sentido de que o patrimônio de algumas empresas estatais é impenhorável (tema que será examinado adiante). No entanto, existem instrumentos de controle próprios do direito público relativamente ao

patrimônio das empresas estatais. A questão se relaciona com o regime jurídico próprio das estatais. (p. 124)

A natureza privada acarreta a submissão das estatais às regras do direito privado inclusive no seu relacionamento com os credores. **Como regra, o pagamento das suas dívidas não se sujeita ao regime de precatórios (art. 100 da CF/1988) e seus bens são penhoráveis as exceções serão indicadas adiante, relativamente a empresas estatais prestadoras de serviço público.** Além disso, não são titulares de prerrogativas processuais especiais. (p. 124)

Enquadram-se como bens públicos aqueles que sejam de titularidade de uma pessoa estatal. Seguindo a definição do art. 98 do Código Civil, somente são qualificados como bens públicos aqueles de titularidade de uma pessoa jurídica de direito público.

Daí segue que os bens das empresas estatais seriam qualificáveis como privados. No entanto, o parágrafo único do art. 99 do Código Civil determina que, "Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado".

O dispositivo tem redação esdrúxula (já que uma pessoa jurídica estatal com estrutura de direito privado não é considerada como uma pessoa jurídica de direito público), tal como apontado no Capítulo 5 supra. De todo modo, **esse dispositivo propicia que sejam considerados como bens públicos também aqueles de titularidade dos sujeitos administrativos com personalidade jurídica de direito privado.** (p. 603)

É possível, senão necessário em alguns casos, que bens de uso especial sejam atribuídos a entidades da Administração indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado. Isso ocorrerá quando a entidade for destinada a atividade administrativa de suporte ou quando for uma prestadora de serviço público.

Adotou-se o entendimento de que a atribuição do serviço público a uma entidade da Administração indireta não altera sua natureza jurídica nem as condições de sua prestação. **Logo, uma das decorrências é a aquisição pela entidade prestadora do serviço público da titularidade de bens públicos de uso especial que são necessários ao desempenho de sua função.** (p. 661)

As entidades dotadas de personalidade de direito privado exploradoras de atividade econômica poderão ser investidas na titularidade de bem público dominical. Como já apontado acima, poderá até se configurar como obrigatória essa solução. Se a exploração do bem público dominical configurar atividade econômica em sentido próprio, as determinações do art. 173, §§ 1.º e 2.º, da CF/1988 acarretarão a constituição de uma pessoa dotada de personalidade jurídica de direito privado para tanto.

Daí não segue que o patrimônio das entidades administrativas com personalidade de direito privado seja integralmente composto por bens

públicos. No curso de sua atividade, essas entidades produzirão a aquisição de bens, sob regime de direito privado, os quais não serão subordinados ao regime de direito público. (p. 661)

Corrente 4: os bens das empresas estatais que prestam serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade, são bens públicos de uso especial

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Com relação às entidades da Administração Indireta com personalidade de direito privado, grande parte presta serviços públicos; desse modo, a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, tornando-os **inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da Administração Indireta afetados à realização de serviços públicos.**

É precisamente essa afetação que fundamenta a indisponibilidade desses bens, com todos os demais corolários.

[...]

É sabido que a Administração Pública está sujeita a uma série de princípios, dentre os quais o da continuidade dos serviços públicos. Se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende às necessidades essenciais da coletividade. **Daí a impossibilidade da sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico.**

Por isso mesmo, entende-se que, **se a entidade presta serviço público, os bens que estejam vinculados à prestação do serviço não podem ser objeto de penhora, ainda que a entidade tenha personalidade jurídica de direito privado.**

Também pela mesma razão, não podem as entidades prestadoras de serviços públicos alienar os seus bens afetados a essa finalidade, sem que haja a prévia desafetação; embora a Lei nº 8.666, de 21-6-93, só exija autorização legislativa para a alienação de bens imóveis das autarquias e fundações, encontra-se, às vezes, em leis esparsas concernentes à prestação de serviços públicos concedidos, norma expressa tornando inalienáveis os bens das empresas concessionárias, sem a prévia autorização do poder concedente.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido também que os bens das empresas estatais de direito privado prestadoras de serviços públicos são impenhoráveis, aplicando-se à entidade o regime dos precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal. [...]

Portanto, são bens públicos de uso especial não só os bens das autarquias e das fundações públicas, como também os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Revista da Procuradoria-Geral do Estado, 1988, v. 30:173-186). (capítulo 10, item 10.8, p. 1060, 1061, 1062 e 1063)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

É polêmica, no entanto, a caracterização do patrimônio da estatal prestadora de serviços públicos. De acordo com o art. 98 do Código Civil, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

José dos Santos Carvalho Filho entende que mesmo os bens de uma estatal prestadora de serviços públicos são considerados privados com destinação especial, ou seja, que “o fato de estarem alguns bens de tais entidades afetados à eventual prestação de serviços públicos não os converte em bens públicos”.

Neste ponto, no entanto, seguimos o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo o qual “são bens públicos de uso especial não só os bens das autarquias e fundações públicas, como também os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade”.

Esta foi também a orientação do STF em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública que presta serviços públicos, que reconheceu a aplicabilidade do “privilégio da impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços” e o regime de precatório.

O regime jurídico dos bens públicos é reconhecido sobretudo pelo fato de que eles estão afetados à realização de importantes funções, daí não poderem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, caso em que gerariam a interrupção do serviço público. (capítulo 10, item 10.5.4.1, p. 274)

Corrente 5: os bens das empresas estatais são públicos

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

As empresas públicas são dotadas de patrimônio próprio, sob sua gestão, que não se confunde com o patrimônio da Administração direta a que se vincula. Os bens dessas entidades, em geral oriundos da Administração direta por transferência inicial para formação do patrimônio e posteriores aumentos de capital, **sujeitam-se a regras similares aplicáveis àqueles geridos pelos órgãos públicos, quando forem prestadoras de serviços públicos ou de atividades monopolizadas**. Há controvérsias quanto ao regime dos bens integrantes do patrimônio das empresas públicas que explorem atividade econômica, como será exposto no capítulo dedicado aos bens públicos. (capítulo 5, item 5.4.2, p.79)

Dúvidas surgem no tocante aos bens das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, dotadas de personalidade jurídica privada. **A natureza jurídica de tais entidades poderia levar a concluir que os bens de seu acervo não são públicos**. É um dos entendimentos doutrinários. **Outra linha afirma que somente têm regime público os bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas que desenvolvem atividade em caráter de monopólio. Outra orientação inclui no regime público somente os bens dessas entidades vinculados à prestação de serviços públicos**. Para Hely Lopes Meirelles, são públicos os bens que originariamente integravam o patrimônio público e depois foram transferidos para as fundações públicas. Segundo o mesmo autor, os bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas apresentam-se como “bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para a consecução dos fins estatutários”; tal patrimônio, “embora incorporado a uma instituição de personalidade privada, continua vinculado ao serviço público; [...] lato sensu, é patrimônio público” (Direito administrativo brasileiro, 19. ed., 1994, p. 430-431).

O ordenamento brasileiro inclina-se à publicização do regime dos bens pertencentes a empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas pelo Poder Público. Menos suscetível de dúvidas é o caso das entidades que prestam serviços públicos e das entidades que desempenham atividades (mesmo econômicas) em regime de monopólio. Quanto às demais, a publicização se revela pelos seguintes pontos, principalmente: a) as normas de alienações de bens, contidas na Lei nº 8.666/93, aplicam-se a tais entidades (art. 17 c/c o inc. XI do art. 6º e parágrafo único do art. 1º); b) o Tribunal de Contas exerce fiscalização patrimonial sobre essas entidades (arts. 70 e 71, IV, da CF); c) a lesão ao patrimônio dessas entidades pode ser prevenida ou corrigida pela ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 1º); d) a lei sobre sanções por improbidade

administrativa – Lei nº 8.429/92 – abrange as condutas lesivas ao acervo patrimonial de todas as entidades da Administração indireta (inclusive fundações governamentais). (capítulo 12, item 12.5.3, p.246 e 247)

Corrente 6: os bens das empresas estatais prestadoras de serviço público são públicos. Os bens das empresas estatais exploradoras de atividade econômica são privados

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

As demais características das empresas públicas e sociedades de economia mista variam conforme a atuação preponderante da entidade.

Assim:

1) **Prestadoras de serviço público:** são imunes a impostos; **os bens são públicos**, respondem objetivamente (sem comprovação de culpa) pelos prejuízos causados; submetem-se a execução por precatórios; o Estado é responsável subsidiário pela quitação da condenação indenizatória; estão sujeitas à impetração de mandado de segurança e sofrem uma influência maior dos princípios e normas do Direito Administrativo. Exemplo: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

2) **Exploradoras de atividade econômica:** não têm imunidade tributária; **seus bens são privados**; respondem subjetivamente (com comprovação de culpa) pelos prejuízos causados; sofrem execução comum (sem precatório); o Estado não é responsável por garantir o pagamento da indenização, não se sujeitam à impetração de mandado de segurança contra atos relacionados à sua atividade-fim e sofrem menor influência do Direito Administrativo. Exemplos: Banco do Brasil e Petrobras. (capítulo 3, item 3.8.7, p. 387 e 388)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Quando se tratar de exploradoras de atividade econômica, então, a falência terá curso absolutamente normal, como se de outra entidade mercantil qualquer se tratara. É que, como dito, a Constituição, no art. 173, § 12, II, atribuiu-lhes sujeição "ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais(...)". Disto se deduz, também, que o Estado não poderia responder subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, pois se o fizesse, estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas.

Quando, pelo contrário, **forem prestadoras de serviço ou obra pública**, é bem de ver que **os bens afetados ao serviço e as obras em questão são bens**

públicos e não podem ser distraídos da correspondente finalidade, necessários que são ao cumprimento dos interesses públicos a que devem servir.

Com efeito, não faria sentido que interesses creditícios de terceiros preferissem aos interesses de toda a coletividade no regular prosseguimento de um serviço público. O mesmo se dirá em relação a obras servientes da coletividade. Assim, jamais caberia a venda destes bens em hasta pública, que seria o consectário natural da penhora e execução judicial em caso de falência. (capítulo IV, item III, p.210 e 211)

Corrente 7: não assume posicionamento em relação à natureza privada ou pública dos bens, porém sustenta serem impenhoráveis e insuscetíveis de usucapião àqueles destinados à execução de serviços públicos

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Analisemos, agora, três pontos importantes acerca do regime geral das estatais.

- Os bens recebidos para a formação de seu patrimônio são, para parte da doutrina, bens privados com as derrogações inerentes a uma entidade da Administração Indireta. Já HELY LOPES MEIRELLES sustenta serem bens públicos, com destinação especial e sob administração privada da estatal. **São, independentemente dessa discussão, usucapíveis e penhoráveis**, salvo, nesse aspecto, **os afetos a prestações de serviços públicos** (não pelo fato de ser estatal, mas pela prestação do serviço público, da mesma forma que uma concessionária de serviço público também tem os seus bens afetados ao serviço insuscetíveis de penhora). (capítulo V, item V.10.3, p.270)

Não aborda

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Conclusão

Natureza dos bens públicos das empresas estatais

Corrente 1: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são impenhoráveis

quando se destinam diretamente à execução do serviço ou quando essas empresas atuam em regime de monopólio (MA e VP)

Corrente 1.1: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens diretamente ligados à execução do serviço, estão sujeitos ao regime público, sendo, portanto, impenhoráveis (FM)

Corrente 1.2: os bens das empresas estatais são privados, contudo, sofrem modulações de direito público no tocante à sua alienação e no caso das empresas estatais prestadoras de serviço público (impenhorabilidade dos bens destinados diretamente à execução do serviço). Os bens de quaisquer empresas estatais são usucapíveis (RCRO)

Corrente 1.3: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são impenhoráveis e imprescritíveis quando se destinam diretamente à execução do serviço (MC)

Corrente 1.4: os bens das empresas estatais destinados diretamente à prestação de serviço público são impenhoráveis (DFMN)

Corrente 2: os bens das empresas estatais são privados, contudo, no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, seus bens são privados com destinação especial quando se destinam diretamente à execução do serviço; sendo penhoráveis e usucapíveis (JSCF)

Corrente 3: os bens das empresas estatais são privados. Contudo, os bens das empresas estatais que prestam serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade, são bens públicos de uso especial; e as empresas estatais exploradoras de atividade econômica poderão ser investidas na titularidade de bem público dominical (MJF)

Corrente 4: os bens das empresas estatais que prestam serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade, são bens públicos de uso especial (MSZDP; IPN)

Corrente 5: os bens das empresas estatais são públicos (OM)

Corrente 6: os bens das empresas estatais prestadoras de serviço público são públicos. Os bens das empresas estatais exploradoras de atividade econômica são privados (AM; CABM)

Corrente 7: não assume posicionamento em relação à natureza privada ou pública dos bens, porém sustenta serem impenhoráveis e insuscetíveis de usucapião àqueles destinados à execução de serviços públicos (ASA)

Não abordam (DCJ)

DIVERGÊNCIA 049 - Manutenção do regime simplificado de licitação da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC

Corrente 1: mantém-se o regime simplificado de licitação da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

O art. 22, xxvii, 1ª parte, preceitua que à união também competirá editar as normas gerais de licitações e contratações para as empresas públicas e sociedades de economia mista de todas as esferas da federação, só que nesse momento ressalva que tais normas deverão ser emitidas na forma do art. 173, § 1º, iii, cf, que prevê a existência de um estatuto destas entidades da administração indireta, que disporá sobre as suas licitações e contratações, observados os princípios da administração pública.

A legislação referida na 2ª parte do inciso xxvii do art. 22 ainda não foi editada, existindo apenas previsões legais específicas – para a petrobras, a empresa brasil de comunicação (ebc) e a eletrobras – de licitações simplificadas. essas leis setoriais pouco dispõem sobre o processo licitatório dito simplificado, transferindo a sua definição para decreto do chefe do executivo, o que, como veremos adiante, vem sendo impugnado pelo tribunal de contas da união, mas aceito pelo stf. (capítulo XII, item XII.2, p.553)

Não abordam

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Manutenção do regime simplificado de licitação da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC

Corrente 1: mantém-se o regime simplificado de licitação da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC (ASA)

Não abordam (RCRO; DFMN; MA e VP; JSCF; MSZDP; IPN; FM; MC; AM; DCJ; CABM; MJF; OM)

DIVERGÊNCIA 050 - Existência de responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais

Corrente 1: responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Caso as estatais não possuam bens suficientes para arcar com as suas dívidas, surgirá a responsabilidade subsidiária do respectivo Ente federado. Alguns autores sustentam que a responsabilidade subsidiária do Estado só existe em relação às estatais de serviços públicos, mas não se aplicaria às estatais econômicas, tendo em vista o art. 173, §1º, II, da CRFB, uma vez que a responsabilidade subsidiária, neste último caso, representaria uma garantia maior para os credores da estatal, colocando-a em desigualdade com as empresas concorrentes da iniciativa privada. **Entendemos, contudo, que existe responsabilidade subsidiária do Estado por danos causados por estatais econômicas e de serviços públicos, pois ambas são entidades integrantes da Administração Indireta e sujeitas ao controle estatal.** (capítulo 24, item 24.9.2.1, p. 1374)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Por último, cabe salientar que, seja qual for a natureza da sociedade de economia mista ou da empresa pública, o Estado, vale dizer, a pessoa federativa a que estão vinculadas as entidades, é sempre responsável subsidiário (não solidário!). Significa dizer que, somente se o patrimônio dessas entidades for insuficiente para solver os débitos, os credores terão o direito de postular os créditos remanescentes através de ação movida contra a pessoa política controladora. (capítulo 9, item V, subitem 15, p. 940)

Corrente 2: responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais prestadoras de serviços públicos

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Por fim, o autor explicita que, em relação às empresas estatais, o Estado tem responsabilidade subsidiária, o que torna impossível a realização do procedimento da falência nos moldes definidos na lei de gestão do instituto.

Ocorre que o art. 173, §1º, II, da Constituição Federal define que as empresas estatais que atuam na exploração de atividades econômicas se sujeitam ao mesmo regime aplicável às empresas privadas, no que tange às obrigações civis e comerciais. Desse modo, estaríamos diante de uma aparente incompatibilidade da lei com o texto constitucional, haja vista o regime falimentar das empresas particulares se configurar regramento comercial, devendo, portanto, ser estendido a estas entidades da Administração Pública.

[...]

Sendo assim, o entendimento mais razoável seria o de que o art. 2º, I da lei 11.101/05 deve sofrer interpretação conforme a Constituição Federal. Nesse sentido, passa-se a entender que a legislação, ao afastar a incidência do regime falimentar para as empresas estatais, **quis definir somente que tal regime não se aplica às empresas estatais que atuem na prestação de serviços públicos.**

Ainda se relembre, como forma de rebater o entendimento doutrinário contrário, que **a responsabilidade subsidiária do estado por danos causados pelos agentes das empresas estatais somente se configura em casos de entidades que atuam na prestação de serviços públicos. Em casos de exploração de atividade econômica, não há que se falar em responsabilização subsidiária do ente estatal.**

Logo, conforme esse entendimento, **a legislação de falências não se pode aplicar às empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos**, inclusive porque há impenhorabilidade dos bens atrelados à prestação do serviço, sendo impossível a concorrência de credores. **No entanto, no que tange às empresas estatais que exploram atividades econômicas, ser plenamente aplicável o regime de falências e recuperações, em observância ao disposto na Carta Magna.** (capítulo 4, item 8, p. 233 e 234)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Ademais, **para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se**, também, as demais pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, **inclusive de direito privado**, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, **desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação** explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou **implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito)**. Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente - ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural - se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano. (capítulo XX, item VIII, p. 1037)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Quanto à possibilidade de falência, também há certa divergência doutrinária. Para as prestadoras de serviços públicos, os seus bens afetados ao serviço público seguem regime de proteção especial e não podem ser desviados da sua finalidade, necessários que são ao cumprimento dos interesses públicos a que devem servir. **É óbvio que não se poderia admitir que os interesses creditícios de terceiros tivessem preferência em face dos interesses de toda a coletividade. Logo, para a maioria dos autores, essas pessoas não estariam sujeitas ao processo falimentar.**

No entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que, por tratar-se de empresas mercantis, estarão elas sujeitas à falência, sofrendo o seu procedimento algumas diferenciações acaso sejam prestadoras de serviços públicos ou exploradoras da atividade econômica. **Para as primeiras**, o procedimento falimentar não terá seu fim natural, visto que, quando arrecadados os bens para constituição da massa falida, aqueles que estiverem afetados aos serviços públicos ficarão de fora, só se admitindo hasta pública para os demais bens. **No caso de ser insuficiente o patrimônio para ressarcimento dos prejuízos, o Estado responderá subsidiariamente. Para as exploradoras da atividade econômica, a falência terá curso absolutamente normal.** (capítulo 3, item 5.6.3, p. 214)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

As empresas públicas e sociedades de economia mista não estão sujeitas à falência, conforme está expresso no artigo 2o da Lei no 11.101, de 9-2-05 (Lei de Falências). Essa lei deu tratamento diferente às empresas concessionárias e às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas). Estas últimas foram excluídas da abrangência da lei (art. 2º, I). A diferença de tratamento tem sua razão de ser: é que as empresas estatais fazem parte da Administração Pública indireta, administram patrimônio público, total ou parcialmente, dependem de receitas orçamentárias ou têm receita própria, conforme definido em lei, e correspondem a forma diversa de descentralização: enquanto as concessionárias exercem serviço público delegado por meio de contrato, as empresas estatais são criadas por lei e só podem ser extintas também por lei. Sendo criadas por lei, o Estado provê os recursos orçamentários necessários à execução de suas atividades, **além de responder subsidiariamente por suas obrigações.**

Só cabe fazer uma observação: **a lei falhou ao dar tratamento igual a todas as empresas estatais, sem distinguir as que prestam serviço público** (com fundamento no artigo 175 da Constituição) **e as que exercem atividade econômica a título de intervenção** (com base no artigo 173 da Constituição). **Estas últimas não podem ter tratamento privilegiado em relação às empresas do setor privado**, porque o referido dispositivo constitucional, no § 1º, II, determina que elas se sujeitem ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. (capítulo 10, item 10.6, p. 1057 e 1058)

Não abordam

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Conclusão

Existência de responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais

Corrente 1: responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público (RCRO; JSCF)

Corrente 2: responsabilidade subsidiária do ente controlador em relação às dívidas das empresas estatais prestadoras de serviços públicos (MC; CABM; FM; MSZDP)

Não abordam (AM; MA e VP; DCJ; MJF; IPN; OM; DFMN; ASA)

DIVERGÊNCIA 051 - Sigilo comercial pode ser alegado para não dar acesso à informação apenas por empresas estatais que atuam sob regime concorrencial

Corrente 1: o sigilo comercial pode ser alegado para não dar acesso à informação apenas por empresas estatais que atuam sob regime concorrencial

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O Decreto 7.724/2012 explicitamente determina que sejam divulgadas, em seção específica dos sítios na internet dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, informações, entre outras, sobre "remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada" (art. 7º, §3º, VI). **Exclui dessa regra, porém, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem no domínio econômico em regime de concorrência, sujeitas ao art. 173 da Constituição.** A divulgação de informações concernentes a essas entidades submete-se às normas da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários (art. 5º, §1º, e art. 7º, §5º). (capítulo 5, item 7.1, p. 212)

Corrente 2: restringe a divulgação das empresas estatais que atuam sob regime concorrencial às normas da CVM sobre divulgação de informações

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

O art. 5º, § 1º, do Dec. 7.724/2012 (que regulamenta a Lei 12.527/2011) determinou que **as empresas estatais federais que atuem em regime de concorrência sujeitam-se às normas da CVM sobre divulgação de informações.** A regra se aplica não apenas às empresas abertas (emitentes de valores mobiliários negociados em bolsas de valores). Trata-se de uma determinação destinada a ampliar a transparência e a governança corporativa das empresas estatais federais, inclusive para tutela dos interesses dos acionistas minoritários (quando houver). (p. 124)

Corrente 3: restringe a divulgação das empresas estatais como um todo, mas trata de um dever de prestar informações, mesmo que sigilosas, aos órgãos de controle interno e externo

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Nota-se preocupação do legislador com o **dever das empresas estatais de prestar informações, mesmo que sigilosas, aos órgãos de controle interno e externo**. O grau de confidencialidade é atribuído pela própria empresa estatal, não impedindo o seu exame pelos órgãos de controle, que ficam responsáveis pela manutenção do sigilo (art. 85, §2º).

Segundo o artigo 86, §5º, “os critérios para a definição do que deve ser considerado sigilo estratégico, comercial ou industrial serão estabelecidos em regulamento”. A esse respeito, cumpre ressaltar que o regulamento não pode contrariar normas expressas contidas na Lei de Acesso a Informações (Lei nº 12.527, de 18-11-11).

Em caso de sigilo bancário, estratégico, comercial ou industrial, as informações, ainda assim, terão que ser prestadas aos órgãos de controle, “respondendo o servidor administrativa, civil e penalmente pelos danos causados à empresa pública ou à sociedade de economia mista e a seus acionistas em razão de eventual divulgação indevida” (art. 86, §4º). (capítulo 10, item 10.5.3.11, p. 1045)

Não abordam

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Conclusão

Sigilo comercial pode ser alegado para não dar acesso à informação apenas por empresas estatais que atuam sob regime concorrencial

Corrente 1: o sigilo comercial pode ser alegado para não dar acesso à informação apenas por empresas estatais que atuam sob regime concorrencial (MA e VP)

Corrente 2: restringe a divulgação das empresas estatais que atuam sob regime concorrencial às normas da CVM sobre divulgação de informações (MJF)

Corrente 3: restringe a divulgação das empresas estatais como um todo, mas trata de um dever de prestar informações, mesmo que sigilosas, aos órgãos de controle interno e externo (MSZDP)

Não abordam (RCRO; IPN; DFMN; JSCF; ASA; CABM; MC; FM; OM; AM; DCJ)

DIVERGÊNCIA 052 - Prescrição de direito de terceiro perante as empresas estatais

Corrente 1: prescrição quinquenal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

De acordo com a redação do art. 1º C, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10.9.1997, pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001, **fica claro que a prescrição quinquenal também se aplica às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos**, conforme dispositivo que determina: “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização nos danos causados por agentes de pessoa jurídica de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. (capítulo 16, item 16.12, p. 374)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Quanto à prescrição, o artigo 1º-C, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10-9-97 pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-01, estabelece que “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização pelos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. **Vale dizer que a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública, nesse caso, estendeu-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos**, expressão que abrange não só as entidades integrantes da Administração indireta, como também as concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços públicos ou qualquer entidade privada que preste serviço público a qualquer título. (capítulo 13, item 13.8.1, p. 1528)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

A Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, acrescentou o art. 1º-C à Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, estabelecendo a **prescrição quinquenal do direito de obter indenização dos danos causados por agentes e pessoas jurídicas de direito público e pessoas**

jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (capítulo IX, item 56.1, p. 322)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Tradicionalmente, a prescrição para as ações de reparação civil contra o Estado ocorre em 5 anos, conforme o disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32 e art. 1º-C da Lei 9494/97. Esses diplomas criaram, quando de sua publicação, um benefício ao Estado, porquanto o Código Civil de 1916 estabelecia o prazo de 10 anos, para as reparações civis, em geral. Sendo assim, enquanto um particular ficava sujeito a uma ação contra si pelo prazo de 10 anos, a mesma ação em face do ente público deveria ser proposta em um prazo máximo de 5 anos.

Ocorre que, com o advento do Novo Código Civil, em 2002, no seu art. 206, §3º,V estabeleceu-se que a ação de reparação civil prescreve em 3 anos. Logo, com a nova regra, o Estado ficou prejudicado em face do particular e, automaticamente, alguns autores passaram a admitir o prazo de 3 anos para reparação do Estado, nos moldes do Código Civil, por ser norma mais benéfica. Nesse sentido, ensina José dos Santos Carvalho Filho ao definir que "a prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal"

Logo, com base no Código Civil e confirmado por parte da jurisprudência, o prazo de reparação civil contra o Estado seria de 3 anos, haja vista ser mais benéfico para Fazenda Pública e ser o que melhor se compatibiliza com o ordenamento jurídico atual. **Todavia, não é o posicionamento que adotamos nesta obra.**

[...]

Portanto, a questão ainda não se encontra pacificada na doutrina, no entanto, para fins de provas de concursos, **melhor seguir o entendimento de que o prazo prescricional é de 5 anos, com base em lei específica, por ser o entendimento jurisprudencial mais aceito. Esse, inclusive, é o posicionamento adotado nesta obra.** (capítulo 6, item 3.7, p. 374 e 375)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Também há expressa menção ao **prazo de cinco anos para propositura de ação objetivando indenização por danos causados por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos**, no art. 1º-C da Lei 9.494, de 10.9.1997, artigo, este, que lhe foi incluído pela

inconstitucional MP 1.984-16, de 6.4.2000 (hoje, 2.180-35, de 24.8.2001).(capítulo XXI, item III, p. 1086)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

É de **cinco anos** o prazo de prescrição da ação de reparação ou seja, o prazo que o terceiro lesado tem para intentar a ação judicial contra a pessoa jurídica, visando a obter a indenização dos danos causados pela atuação dos agentes dela. **Esse prazo prescricional se aplica às ações ajuizadas em face das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviços públicos** (incluídas as delegatárias de serviço público, não integrantes da administração pública formal), consoante estabelece a Lei 9.494/1997, no seu art. 1º-C – dispositivo que se encontra em pleno vigor e já foi declarado perfeitamente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (capítulo 12, item 10, p. 926)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

O Dec.-Lei 4.597/1942 renovou a regra geral da prescrição quinquenal para as ações contra a Fazenda Pública, estendendo-a explicitamente para as autarquias e "entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições (...)" (art. 2.º). O art. 1.º C da Lei 9.494/1997 editou norma específica no sentido de que **"Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos"**. (capítulo 18, item 18.7.2.2, p. 840)

Corrente 2: prescrição trienal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

O vigente Código Civil, no entanto, introduziu várias alterações na disciplina da prescrição, algumas de inegável importância. Uma delas diz respeito ao prazo genérico da prescrição, que passou de vinte (específica para direitos pessoais) para dez anos (art. 205). Outra é a que fixa o prazo de três anos para a prescrição da pretensão de reparação civil. **Vale dizer: se alguém sofre dano por ato ilícito de terceiro, deve exercer a pretensão reparatória (ou**

indenizatória) no prazo de três anos, pena de ficar prescrita e não poder mais ser deflagrada.

Como o texto se refere à reparação civil de forma genérica, será forçoso reconhecer que a redução do prazo beneficiará tanto as pessoas públicas como as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Desse modo, ficarão derogados os diplomas acima no que concerne à reparação civil. Contudo, as demais pretensões pessoais contra a Fazenda continuam sujeitas à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/1932. (capítulo 10, item VII, subitem 3, p. 1067 e 1068)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Para as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que prestadoras de serviços públicos, é clara a orientação quanto à aplicação do Código Civil, reconhecendo-se a prescrição trienal. [...]

No que tange à Fazenda Pública, a situação é um pouco mais delicada.

Em que pese não se ter adotado inicialmente a **prescrição trienal também para a Fazenda Pública, hoje é o posicionamento que melhor se compatibiliza com o atual ordenamento jurídico**, a que se soma ser o mais benéfico para o Estado, como se percebe nas seguintes razões de convencimento.

[...]

Portanto, não resta dúvida que, **existindo uma regra mais benéfica para a Fazenda Pública quanto prescrição, é essa que deve prevalecer. E hoje a regra mais benéfica é o art. 206, §3º, inciso V com o prazo prescricional de 3 anos.** (capítulo 13, item 9, p. 1007 e 1008)

Corrente 2.1: defende que seja aplicada a prescrição trienal, mas reconhece a aplicação da prescrição quinquenal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A prescrição acarreta a extinção da pretensão de ressarcimento do lesado em razão da sua inércia pelo período de tempo fixado em lei. **Tradicionalmente, o ordenamento jurídico consagra o prazo de cinco anos para a prescrição das ações pessoais propostas em face das pessoas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos** (art. 1.º do Decreto 20.910/1932, art. 2.º do Decreto-lei 4.597/1942 e art. 1.º-C da Lei 9.494/1997).

No entanto, com a vigência do Código Civil de 2002, que estabeleceu o prazo prescricional de três anos para toda e qualquer pretensão de reparação civil (art. 206, § 3.º, V), surgiu grande controvérsia sobre a sua aplicação às ações propostas em face do Estado e a eventual derrogação da legislação anterior. Sobre o tema existem dois entendimentos:

Primeira posição: prescrição quinquenal das pretensões de ressarcimento em face do Estado, tendo em vista a aplicação do critério da especialidade para resolver o conflito normativo (lei especial prevalece e não é revogada pela lei geral): o Decreto 20.910/1932, recepcionado pela Constituição com status de lei ordinária, e a Lei 9.494/1997 são normas especiais que não foram revogadas pelo Código Civil, norma geral. Nesse sentido: Marçal Justen Filho, Odete Medauar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Rui Stoco.

Segunda posição: prescrição trienal, em razão de dois argumentos:

[...]

Entendemos que o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3.º, V, do CC/2002, deveria ser aplicado às pretensões formuladas em face da Fazenda Pública. Além dos sólidos argumentos mencionados pela segunda corrente, é forçoso reconhecer que a aplicação de prazo prescricional menor para as pretensões entre particulares e de prazo maior para as ações pessoais propostas em face da Fazenda Pública ofenderia a razoabilidade ao conceder maior segurança jurídica aos interesses privados, e não aos interesses públicos. Vale ressaltar que, em razão da redução do prazo prescricional, deve ser observado o art. 2.028 do CC/2002 que determina a aplicação do prazo anterior (cinco anos) se, na data de entrada em vigor do Código, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Contudo, a 1.ª Seção do STJ, após decisões divergentes da 1.ª e da 2.ª Turma, definiu que a prescrição das pretensões de reparação civil em face da Fazenda Pública é quinquenal, em virtude do caráter especial do art. 1.º do Decreto 20.910/1932 que prevalece sobre o Código Civil (lei geral). **Igualmente, o prazo quinquenal é aplicado às ações indenizatórias propostas em face das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, com fundamento no art. 1.º-C da Lei 9.494/1997.** (capítulo 24, item 24.12, p. 1384 e 1385)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

O prazo prescricional geral para a propositura de ações judiciais contra o Estado, em todas as esferas da Federação, ponto que mais interessa para o tema objeto do presente capítulo, é de cinco anos a partir do ato ou fato que tiver dado origem à pretensão – o prazo quinquenal das ações contra a

Fazenda Pública –, **conforme disciplinado pelo Decreto n. 20.910/32 e pelo Decreto- Lei n. 4.597/42**, que é um decreto com força passiva de lei ordinária. (capítulo XX, item XX.4, p.1115)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

De acordo com o disposto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, o prazo prescricional para propositura da ação indenizatória é de três anos contados da ocorrência do evento danoso.

No mesmo sentido vinha se posicionando o STJ (no julgamento do REsp 698.195/DF). Entretanto, em radical mudança de orientação, o Superior Tribunal de Justiça passou a sustentar, desde 23-5-2012, a aplicação do prazo de 5 anos para ações indenizatórias propostas contra o Estado, previsto no Decreto n. 20.910/32, aos argumentos de que: 1) sendo o Código Civil uma lei de direito privado, não poderia ser aplicada a relações jurídicas de direito público; 2) pelo critério da especialidade, a regra prevista no Decreto n. 20.910/32 derroga o prazo trienal do Código Civil. (AgRg/ER Esp 1.200.764/AC). (capítulo 6, item 6.12.2, p. 719)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Surgiram controvérsias relativas à incidência do Decreto nº 20.910/32 sobre alguns casos, com entrada em vigor do Código Civil de 2002, cujo art. 206, §3º, IV e V, indica o prazo prescricional de 3 (três) anos para ressarcimento de enriquecimento sem causa e para reparação civil. A jurisprudência mostrase oscilante na matéria, ora acatando o prazo de 3 anos, ora o de 5 anos. Deve-se lembrar que o Decreto nº 20.910/1932 contém norma especial sobre a prescrição de ações pessoais contra a Fazenda Pública, recaindo, portanto, sobre relações jurídicas envolvendo esta, enquanto o Código Civil diz respeito, em essência, à prescrição nas relações de particulares. (capítulo 18, item 18.7.6, p.397)

Conclusão

Prescrição de direito de terceiro perante as empresas estatais

Corrente 1: prescrição quinquenal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos (IPN; MSZDP; DFMN; MC; CABM; MA e VP; MJF)

Corrente 2: prescrição trienal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos (JSCE; FM)

Corrente 2.1: defende que seja aplicada a prescrição trienal, mas reconhece a aplicação da prescrição quinquenal de direito de terceiro perante as empresas estatais prestadoras de serviços públicos (RCRO)

Não abordam (ASA; DCJ; OM; AM)

DIVERGÊNCIA 053 - Aplicabilidade do regime de recuperação judicial e do regime falimentar das empresas estatais

Corrente 1: aplicável o regime de falências e recuperação judicial somente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Sendo assim, o entendimento mais razoável seria o de que o art. 2º, I da lei 11.101/05 deve sofrer interpretação conforme a Constituição Federal. Nesse sentido, **passa-se a entender que a legislação, ao afastar a incidência do regime falimentar para as empresas estatais, quis definir somente que tal regime não se aplica às empresas estatais que atuem na prestação de serviços públicos.**

Ainda se relembre, como forma de rebater o entendimento doutrinário contrário, que a responsabilidade subsidiária do estado por danos causados pelos agentes das empresas estatais somente se configura em casos de entidades que atuam na prestação de serviços públicos. Em casos de exploração de atividade econômica, não há que se falar em responsabilização subsidiária do ente estatal.

Logo, conforme esse entendimento, a legislação de falências não se pode aplicar às empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, inclusive porque há impenhorabilidade dos bens atrelados à prestação do serviço, sendo impossível a concorrência de credores. **No entanto, no que tange às empresas estatais que exploram atividades econômicas, ser plenamente aplicável o regime de falências e recuperações, em observância ao disposto na Carta Magna.** (capítulo 4, item 8, p. 234)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Para as exploradoras da atividade econômica, a falência terá curso absolutamente normal. [...]

Nesse sentido, surgem também inúmeras críticas, apontando a inconstitucionalidade da regra devido à incompatibilidade com o art. 173, §1º, que equipara essas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) às empresas privadas, inclusive no que se refere ao direito comercial (art. 173, §1º, II), disciplina e que está inserida a nova lei de falência. **Parece um grande contrassenso aplicar falência às empresas**

privadas e não admiti-la para as estatais que, segundo a Constituição, merecem o mesmo tratamento. (capítulo 3, item 5.6.3, p. 214 e 215)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Falência das empresas estatais - Uma vez que empresas públicas e sociedades de economia mista tem sua criação autorizada por lei, simetricamente, só podem ser extintas por lei ou na forma da lei.

A Lei de Falências (Lei 11.101, de 9.2.2005), em seu art. 22, declara não se aplicar a empresas públicas e sociedades de economia mista - isto é, às empresas estatais. Sem embargo, este dispositivo há de ser recebido *cum grano salis*. É que - como observou o eminente e sempre atilado Prof. José dos Santos Carvalho Filho -, se o art. 173, §12, II, da Constituição as equiparou às empresas privadas, aludindo expressamente ao Direito Comercial, a Lei Falimentar não poderia estabelecer tal discriminação excludente sem incidir em inconstitucionalidade. Sem embargo, cumpre dizer que **o dispositivo constitucional mencionado se refere expressamente às "exploradoras de atividade econômica". Logo, a exclusão não pode alcançar estas últimas, mas pode, sem incidir em inconstitucionalidade, atingir as "prestadoras de serviço público" obra pública ou atividades públicas em geral.** (capítulo IV, item III, p. 210)

Corrente 2: inaplicável o regime de falências e recuperação judicial às empresas estatais

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A possibilidade de falência merece um comentário especial. As sociedades de economia mista, como sociedades anônimas que são, sujeitam-se à Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), que inclusive possui um capítulo específico a elas dedicado (capítulo XIX, compreendendo os arts. 235 a 240). O art. 242 da Lei das S.A., que foi revogado pela Lei n. 10.303/01, dispunha que as sociedades de economia mista não estavam sujeitas à falência, respondendo o Estado subsidiariamente (em caso de esgotamento do patrimônio) por suas dívidas, o que muitos autores entendiam ser inconstitucional, por violação ao art. 173, § 1º, CF: seria um benefício não previsto constitucionalmente. Grande parte da doutrina admitia, contudo, a constitucionalidade do dispositivo legal, vendo nele uma forma de assegurar o cumprimento da finalidade legal para a qual a sociedade de economia mista foi criada, razão pela qual, segundo esses autores, as empresas públicas também não seriam sujeitas à falência independentemente de qualquer

previsão legal nesse sentido. **A revogação do art. 242 retirou a peculiaridade da discussão em relação às sociedades de economia mista. Hoje temos o art. 2º, II, da Lei n. 11.101/05 (Lei de Falência e Recuperação de Empresas), que expressamente exclui do seu âmbito tanto as sociedades de economia mista como as empresas públicas.** (capítulo V, item V.10.3, p.273 e 274)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Com o advento da Lei nº 11.101, de 9.2.2005, que regula a falência e a recuperação judicial, a matéria, ao menos em termos de direito positivo, ficou definida. Dispõe o art. 2º, I, que a lei não se aplica a empresas públicas e sociedades de economia mista. Tendo silenciado o referido diploma, é de interpretar-se que não distinguiu os objetivos das entidades, levando o intérprete a inferir que **a inaplicabilidade atinge tanto as que exploram atividades econômicas, quanto as que prestam serviços públicos.** (capítulo 9, item V, subitem 14.1, p. 936 e 937)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Entendemos que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não podem falir, tendo em vista a inadequação do processo falimentar às entidades administrativas. As estatais são criadas por autorização legal para atender relevante interesse social ou imperativo de segurança nacional, interesses que não poderiam ser afastados pelo Judiciário para satisfação de interesses privados (econômicos) de credores. Em caso de impossibilidade de cumprimento das obrigações por parte da estatal, haverá a responsabilidade subsidiária do Ente federado controlador. (capítulo 8, item 8.12, p. 257)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Ambas as espécies exigem lei específica autorizando sua instituição (e extinção – conforme o princípio do paralelismo, ou simetria, das formas) e têm, conforme dito, personalidade jurídica de direito privado. **Já que são, não obstante, estatais, isto é, o controle acionário delas é do Estado, que as constituiu, elas sofrem algumas derrogações de direito público, como, por exemplo:** exigência de concurso público para a contratação de seus empregados públicos (art. 37, II, da Constituição); submissão à licitação com regras próprias, não sendo obrigatória a licitação, como regra geral, para as

atividades-fim; “cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista e empresa pública” (Súmula 333/STJ), porquanto contra atos administrativos das estatais cabe a impetração da medida; os empregados públicos são considerados “funcionários públicos” para fins penais (art. 327 do Código Penal), ou seja, eles respondem pela prática de crimes contra a Administração Pública; os empregados públicos são agentes públicos, portanto, respondem pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 1º da Lei nº 8.429/92); é vedada a acumulação de cargos, empregos e funções públicos (art. 37, XVII, da Constituição); se a estatal receber recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal e para custeio em geral, a ela se aplica o teto constitucional de remuneração do inciso XI do art. 37 (art. 37, § 9º, da Constituição); sujeitam-se ao princípio da especialidade e, consequentemente, ao controle de tutela, dentro dos limites legais; **e não se sujeitam à falência, de acordo com o polêmico teor do art. 2º, I, da Lei nº 11.101/2005.** (capítulo 10, item 10.5.4, p. 273)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Dá-se o nome de empresas estatais às pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Pública Indireta, a saber: empresas públicas e sociedades de economia mista. Em que pese a personalidade de direito privado, **empresas públicas e sociedades de economia mista têm em comum as seguintes características:**

[...]

h) impossibilidade de falência (art. 2º, I, da Lei n. 11.101/2005). (capítulo 3, item 3.8.6, p. 381 e 382)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

A Lei 11.101/2005 ("Lei de Falências"), sem fazer qualquer distinção quanto ao objeto da entidade, estabelece, de forma categórica, que as suas disposições não se aplicam a empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 2º, I). Assim, independentemente das considerações aqui expostas, certo é que, atualmente, **empresas públicas e sociedades de economia mista seja qual for o seu objeto, não estão sujeitas à falência.**(capítulo 2, item 4.7.3.6.8, p. 110)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Outra característica comum às estatais é a não submissão à falência, o que deriva de diversos fatores jurídicos. A falência é uma causa de dissolução da empresa derivada da insolvência, visando à liquidação de seu patrimônio, ao pagamento de seus credores em situação de igualdade e à posterior extinção. (p. 124)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Havia distinção entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista no que toca à falência. Antes, somente a empresa pública podia falir, enquanto a sociedade de economia mista não, em face do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, segundo o qual as sociedades de economia mista não se sujeitavam a falência. Todavia, a Lei 10.303/01 alterou esta situação, revogando tal dispositivo. **Com isso, tem entendido boa parte da doutrina que tanto a empresa pública como a sociedade de economia mista podem falir.** Contudo, se elas são prestadoras de serviço público, a doutrina vem ressaltando que os bens aplicados no serviço público passarão para a entidade estatal que as instituiu, a qual garantirá os débitos contratuais até o valor dos bens recebidos ou assegurará o dano decorrente da própria prestação do público até o montante da indenização. (capítulo IV, item 4.5, p.177 e 178)

Corrente 2.1: inaplicável o regime de falências e recuperação judicial às empresas estatais; crítica a lei pelo tratamento igual a todas as empresas estatais

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

As empresas públicas e sociedades de economia mista não estão sujeitas à falência, conforme está expresso no artigo 2º da Lei nº 11.101, de 9-2-05 (Lei de Falências). Essa lei deu tratamento diferente às empresas concessionárias e às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas). **Estas últimas foram excluídas da abrangência da lei** (art. 2º, I). A diferença de tratamento tem sua razão de ser: é que as empresas estatais fazem parte da Administração Pública indireta, administram patrimônio público, total ou parcialmente, dependem de receitas orçamentárias ou têm receita própria, conforme definido em lei, e correspondem a forma diversa de descentralização: enquanto as

concessionárias exercem serviço público delegado por meio de contrato, as empresas estatais são criadas por lei e só podem ser extintas também por lei. Sendo criadas por lei, o Estado provê os recursos orçamentários necessários à execução de suas atividades, além de responder subsidiariamente por suas obrigações.

Só cabe fazer uma observação: **a lei falhou ao dar tratamento igual a todas as empresas estatais, sem distinguir as que prestam serviço público** (com fundamento no artigo 175 da Constituição) **e as que exercem atividade econômica a título de intervenção** (com base no artigo 173 da Constituição). Estas últimas não podem ter tratamento privilegiado em relação às empresas do setor privado, porque o referido dispositivo constitucional, no § 1º, II, determina que elas se sujeitem ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. (capítulo 10, item 10.6, p. 1057-1058)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Conclusão

Aplicabilidade do regime de recuperação judicial e do regime falimentar das empresas estatais

Corrente 1: aplicável o regime de falências e recuperação judicial somente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica (MC; FM; CABM)

Corrente 2: inaplicável o regime de falências e recuperação judicial às empresas estatais (ASA; JSCF; RCRO; IPN; AM; MA e VP; MJF; DCJ)

Corrente 2.1: inaplicável o regime de falências e recuperação judicial às empresas estatais; critica a lei pelo tratamento igual a todas as empresas estatais (MSZDP)

Não abordam (OM; DFMN)

DIVERGÊNCIA 054 - Natureza jurídica das fundações públicas

Corrente 1: pessoa jurídica de direito privado

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Fundações públicas são as entidades paraestatais que revestem a forma fundacional civil, portanto, **pessoas jurídicas de direito privado** nas quais recursos, que podem ser total ou parcialmente públicos, são personificados e afetados a atividades específicas impróprias do Estado, notadamente no campo do ordenamento social, por delegação da lei que as institui. (capítulo XI, item 76.4, p. 378)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Não parece haver dúvida de que o legislador tinha em mente a já consolidada ideia relativa às **fundações instituídas pelo Poder Público, como pessoas jurídicas de direito privado**, dotada de muitos pontos de assemelhação com as fundações criadas pela iniciativa privada, inclusive quanto à aquisição da personalidade jurídica através do registro do ato constitutivo. **Desse modo, é indiscutível que as entidades introduzidas na Administração Indireta se caracterizam como fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado** e com sua configuração estrutural básica regulada pelo Direito Civil. (capítulo 9, item VI, subitem 2.1, p. 976)

Corrente 2: pessoa jurídica de direito público

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Fundações públicas são **pessoas jurídicas de direito público interno**, instituídas por lei específica mediante a afetação de um acervo patrimonial do Estado a uma dada finalidade pública. Exemplos: Funai, Funasa, IBGE, Funarte e Fundação Biblioteca Nacional. (capítulo 3, item 3.8.2, p. 353 e 354)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

É absolutamente incorreta a afirmação normativa de que **as fundações públicas** são pessoas de Direito Privado. Na verdade, **são pessoas de Direito Público**, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contido. Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa ser de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada. (capítulo IV, item II, p. 188)

Corrente 3: pessoa jurídica de direito público ou privado

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o Poder Público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil de 1916 continha entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associação e sociedade, de um lado, e fundação, de outro; a distinção se mantém no novo Código Civil. (capítulo 10, item 10.4.1, p. 981)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Admitindo, portanto, que a regra se refere à fundação pública, vale definir se o regime aplicável a ela é o público ou o privado. Hoje, doutrina e jurisprudência majoritárias admitem que a fundação pública pode submeter-se a qualquer dos regimes. **Assim, o Poder Público poderá instituir uma fundação e dar a ela o regime público ou o regime privado.**[...] (capítulo 3, item 5.1, p. 153)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

De nossa parte, conceituamos fundação pública como a entidade da administração indireta instituída pelo poder público mediante a personificação de um patrimônio que, dependendo da forma de criação, **adquire personalidade jurídica de direito público ou personalidade jurídica de direito privado** à qual a lei atribui competências administrativas específicas, observadas as áreas de atuação a serem definidas em lei complementar (a vocação teórica das fundações públicas são atividades de interesse social). (capítulo 2, item 4.7 .2.1, p. 73)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

As locuções “fundação de direito público” e “fundação de direito privado” aparecem com frequência. Na verdade, **as fundações criadas pelo Poder Público ou são qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado (a maioria) ou como pessoas jurídicas de direito público. O ordenamento pode atribuir tanto a personalidade jurídica privada como a personalidade jurídica pública.** Mesmo dotada da natureza de pessoa jurídica privada, se for criada pelo Poder Público e integrar a Administração indireta, norteia-se por grande carga de normas do direito público. (capítulo 5, item 5.3.2, p. 72)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

A maior parte da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores admite que haja fundação pública de direito privado, isto é, fundação instituída pelo Poder Público mas que tenha natureza jurídica privada. Trata-se, assim como no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, de ente criado pelo Estado com regime privado, mas, pelo fato de ser formado de patrimônio público, o seu regime jurídico sofre algumas derrogações de caráter público. (capítulo 10, item 10.5.3.3, p. 270) **Se as fundações públicas forem reconhecidas como de direito público,** aplicam-se-lhes todas as normas decorrentes do regime jurídico da autarquia (expostas de forma pormenorizada no item anterior), sobretudo quanto a: atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, servidores públicos, responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais. (capítulo 10, item 10.5.3.4, p 272)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Essa posição doutrinária de que as fundações podem ser instituídas sob regime de direito público ou privado, conforme seja definido em sua lei específica, é o entendimento majoritária que será, inclusive, adotado nesta obra. Sendo assim, é a entidade pública instituidora que definirá, mediante lei, a natureza jurídica aplicada à entidade. (capítulo 4, item 6.1, p. 210)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A maioria da doutrina, entretanto, em posição com a qual concordamos, acha que **as fundações públicas podem ser de direito privado ou de direito público**, mas, nesse último caso – fundações públicas de direito público –, estaríamos diante de espécies de autarquias (autarquias fundacionais ou fundações autárquicas). (capítulo V, item V.10.2, p. 261)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Quanto à natureza jurídica das funções governamentais, prevalece na doutrina o entendimento, haurido de autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogenes Gasparini, José Cretella Júnior, Geraldo Ataliba, entre outros, de que **as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público podem possuir natureza jurídica de direito público ou de direito privado**. Ambas são instituídas pelo Estado, mas com regimes jurídicos diferenciados: se a fundação pública submete-se ao regime jurídico integralmente de direito público (o regime jurídico-administrativo), ela é uma fundação de direito público; se, por outro lado, a fundação pública sujeita-se a regime jurídico de direito privado, ela é uma fundação de direito privado. (capítulo IV, item 4.2, p.168)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Uma questão problemática, inclusive em virtude da terminologia, envolve as fundações mantidas com recursos públicos. Há a possibilidade jurídica de tais fundações serem dotadas de personalidade jurídica de direito público ou **de se submeterem ao regime de direito privado hipótese em que a lei lhes atribui a denominação "função pública"**. Portanto, é necessário

distinguir as "fundações de direito público" e as "fundações públicas". (p. 117)

A primeira consideração é que, embora denominada fundação pública, trata-se de uma pessoa jurídica de direito privado. Sua atuação se submete aos controles inerentes às entidades administrativas, ainda que se faça sob a égide do direito privado. (capítulo 5, item 5.15.1.1)

Como exposto acima, **a fundação pública não se identifica com a fundação de direito público.**

Aquela é uma pessoa de direito privado, que desempenha atividades sob regime de direito privado e que é mantida, total ou parcialmente, com recursos públicos. **Já a fundação de direito público é dotada de personalidade jurídica de direito público** e investida em funções privativas do Estado, sendo mantida exclusivamente com recursos públicos. (capítulo 5, item 5.15.2.1)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

As fundações podem ser instituídas por particulares ou pelo Estado. No primeiro caso, temos a fundação privada, regida pelo Código Civil (art. 44, III, e arts. 62 a 69 do CC). **No segundo caso, a hipótese é de fundação estatal (também denominada de governamental ou pública), integrante da Administração Pública Indireta** (art. 37, XIX, da CRFB e art. 4.º, II, “d”, do DL 200/1967).

Há enorme divergência em relação à natureza jurídica das fundações estatais:

1.º entendimento: as fundações estatais são pessoas de direito público, pois o texto constitucional confere tratamento jurídico similar às fundações estatais e às demais pessoas de direito público da Administração (ex.: arts. 37, XI, 38 e 39 da CRFB). Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello.

2.º entendimento: as fundações estatais são pessoas de direito privado. Nesse sentido: Marçal Justen Filho e Marcos Juruena Villela Souto.

3.º entendimento (majoritário): as fundações estatais podem ser de direito público ou de direito privado. A personalidade jurídica, pública ou privada, dependerá da opção legislativa e da presença (ou não) das prerrogativas públicas (poder de império). Nesse sentido: STF, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini.

Entendemos que as fundações estatais devem ser consideradas como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta, tendo em vista os seguintes argumentos: [...]

Todavia, em razão do entendimento consolidado no STF, trataremos das fundações estatais a partir da dicotomia: **fundações estatais de direito público** (ex.: Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, cujo estatuto foi aprovado pelo Decreto 8.932/2016) e **fundações estatais de direito privado** (ex.: Fundação Nacional do Índio – FUNAI, cuja instituição foi autorizada

pela Lei 5.371/1967, e Fundação Nacional de Arte – FUNARTE, na forma da Lei 6.312/1975).

As fundações estatais podem ser conceituadas como entidades administrativas de direito público, quando necessário o exercício de poder de autoridade, **ou de direito privado**, nas demais hipóteses, integrantes da Administração Indireta e instituídas para o exercício de atividades sociais, sem intuito lucrativo. (capítulo 9, item 9.1, p. 272, 273 e 274)

Conclusão

Natureza jurídica das fundações públicas

Corrente 1: pessoa jurídica de direito privado (DFMN; JSCF)

Corrente 2: pessoa jurídica de direito público (AM; CABM)

Corrente 3: pessoa jurídica de direito público ou privado (MSZDP; FM; MA e VP; OM; IPN; MC; ASA; DCJ; RCRO; MJF)

DIVERGÊNCIA 055 - Exigência de lei complementar para definição do objeto das fundações públicas

Corrente 1: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas de direito privado

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Em relação ao objeto das fundações estatais, o tema depende da interpretação conferida ao art. 37, XIX, da CRFB, que exige lei específica para instituir autarquia e autorizar “a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. **Entendemos que a exigência de lei complementar para definição do objeto das fundações aplica-se apenas às fundações estatais de direito privado**, em razão da expressão “nesse último caso”, mas não compreende as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e **fundações estatais de direito público, cujo objeto pode ser definido por lei ordinária**.

A lei complementar, no caso das fundações estatais de direito privado, e a lei ordinária, na hipótese de fundações estatais de direito público, que definirão o objeto das fundações, são de competência de cada Ente federado. No entanto, a ausência da lei complementar não impede a instituição das fundações estatais de direito privado para o desempenho de atividades socialmente relevantes, pois o art. 37, XIX, da CRFB, nessa parte, deve ser interpretado como norma de eficácia contida. (capítulo 9, item 9.3, p. 275)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Apesar da natureza privada, a fundação pública não tem fins lucrativos e sua área de atuação obedece ao disposto na lei complementar a que se refere o inciso XIX do art. 37 da Constituição. Note-se que, conforme dito, geralmente se considera que a obtenção de recursos pela entidade, em decorrência da exploração econômica do patrimônio, da venda de bens, da prestação de serviços ou de outras atividades não descaracteriza seus fins não lucrativos, desde que o resultado das atividades seja integralmente aplicado na realização de seus objetivos. (capítulo 10, item 10.5.3.3, p. 270)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Por estas razões, o Estado tem optado por administrar certos interesses da sociedade a seu cargo valendo-se de **entidades dotadas de personalidade de direito privado de sua própria criação**, daí o conceito doutrinário da administração indireta por delegação.

No caso, essa modalidade de delegação paraestatal não prescinde de assento legal, que, por sua vez, **se deve conter no âmbito da lei complementar que definirá as áreas de atuação e o conteúdo da lei ordinária que autorizará a criação das entidades da administração indireta** (CF, art. 37, XIX e XX). (capítulo XI, item 75)

Fundações públicas são as entidades paraestatais que revestem a forma fundacional civil, portanto, **pessoas jurídicas de direito privado** nas quais recursos, que podem ser total ou parcialmente públicos, são personificados e afetados a atividades específicas impróprias do Estado, notadamente no campo do ordenamento social, por delegação da lei que as institui. (capítulo XI, item 76.4, p. 373)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Frente à divergência doutrinária, **reconhecida a possibilidade de fundação instituída e mantida pelo Poder Público, mas com personalidade jurídica de direito privado, utiliza-se a terminologia “ fundação governamental”** para distingui-la das fundações públicas de direito público. A doutrina utiliza como respaldo legal o Decreto-Lei n. 200/67, alterado pela Lei n. 7.596/87, dispositivo já citado.

Para essas pessoas jurídicas, apesar da personalidade privada, o regime não é inteiramente privado, obedecendo às regras de direito público, quanto à fiscalização financeira e orçamentária, estando sujeita a controle externo e interno, além de outras regras públicas. Nesse diapasão, a doutrina reconhece para essas pessoas o tratamento igual ao da empresa pública e da sociedade de economia mista, ou seja, um regime híbrido, que será visto a seguir.

Quanto à criação, aplica-se o disposto no art. 37, XIX, da Constituição, que exige lei específica para autorizar a sua criação, **ficando para a lei complementar a definição de suas possíveis finalidades**. (capítulo 3, item 5.4.4, p. 192)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Um maior detalhamento normativo sobre as formas de atuação das **fundações governamentais de direito privado** tornou-se imprescindível para esclarecimento das incertezas em torno do polêmico instituto. Nesse sentido, a própria redação do art. 37, XIX, da Constituição Federal faz referência à **necessidade de promulgação de lei complementar para definir as áreas de sua atuação**. (capítulo 3, item 3.8.8, p. 392)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Conforme definido no Decreto Lei 200/67, **as fundações públicas poderão ser instituídas com personalidade jurídica de direito privado**, para execução de atividades de interesse social. Ressalte-se que não se confundem com as fundações privadas, haja vista serem formadas pela destinação de patrimônio público, indicados para sua formação. Com efeito, por serem criadas mediante a destinação de patrimônio estatal, **essas entidades são designadas como fundações governamentais de direito privado**.

[...]

Ademais, o art. 37, XIX estabelece que a criação destas entidades se dá por meio de autorização legal específica, **ficando as suas áreas de atuação dependendo da edição de lei complementar que disporá acerca da matéria**. (capítulo 4, item 6.1.1, p. 210)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

O art. 37, XIX, da CF, com a redação da EC nº 19/1998, criou inovação quanto às fundações. Reza o dispositivo que somente por lei específica pode ser autorizada a instituição de “empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. O mandamento, ao mencionar a autorização por lei, só pode ter-se referido às fundações governamentais de direito privado, e isso pela óbvia razão de que as fundações de direito público são diretamente instituídas por lei, espécies que são do gênero autarquias, como já deixamos anotado anteriormente. Quis o Constituinte, então, **atribuir à lei complementar a tarefa de fixar quais os setores aos quais poderão dedicar-se as fundações públicas de direito privado**; significa, a contrario sensu, que não poderá ser autorizada a criação desse tipo de fundação fora das áreas indicadas no aludido diploma.

No que concerne a tal previsão, alguns intérpretes advogam o entendimento de que, sem tal lei, não haveria ensejo para as fundações governamentais de direito privado. Discordamos, contudo, dessa linha de opinião: embora de algum tempo para cá esteja havendo uma certa “publicização” das fundações, ainda existem algumas que se caracterizam como entidades privadas, com fisionomia mais aproximada àquelas fundações do setor privado. **A lei complementar, certamente, definirá, além das áreas de atuação,** o regime jurídico básico a ser aplicado, diferenciando-o mais precisamente do que incide sobre as fundações de natureza autárquica – regime esse tipicamente de direito público. (capítulo 9, item VI, subitem 5, p. 980 e 981)

Corrente 2: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas de direito privado e de direito público

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

De nossa parte, conceituamos **fundação pública** como a entidade da administração indireta instituída pelo poder público mediante a personificação de um patrimônio que, **dependendo da forma de criação, adquire personalidade jurídica de direito público ou personalidade jurídica de direito privado**, à qual a lei atribui competências administrativas específicas, observadas as **áreas de atuação a serem definidas em lei complementar** (a vocação teórica das fundações públicas são atividades de interesse social).

[...]

Com a edição da EC 19/1998, passou a estar previsto no texto constitucional que seja editada lei complementar com o escopo de definir as áreas em que as fundações públicas podem atuar. (capítulo 2, item 4.7.2.1, p. 63)

A partir da EC 19/1998, o inciso XIX do art. 37 da Constituição passou a determinar, em sua parte final, que **lei complementar estabeleça as áreas em que poderão atuar as fundações públicas (tanto as que tenham personalidade de direito público quanto as dotadas de personalidade jurídica de direito privado)**. Essa lei complementar deverá ser editada pela União, e terá caráter nacional -isto é, todos os entes da Federação estarão obrigados a observá-la. (capítulo 2, item 4.7.2.2, p. 73)

Corrente 3: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas (não distingue se de direito público ou privado)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Outro aspecto do regime geral das entidades da Administração indireta é a exigência de lei específica para a criação de autarquia e para a autorização de instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, conforme prevê o inc. XIX do art. 37 da CF, nos seguintes termos: “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Por lei específica deve-se entender a lei decorrente de projeto elaborado somente com a finalidade de criar a entidade. É possível considerar-se lei específica aquela que diz respeito à reestruturação de órgãos e entidades da Administração Pública. **A parte final do referido inc. XIX suscita dúvidas quanto a alcançar só a fundação pública ou também empresa pública e sociedade de economia mista; e mostra-se incoerente ao prever lei complementar para indicar a área de atuação de entidades, cuja instituição foi autorizada por lei ordinária.** Também, depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias dessas entidades e a participação de qualquer delas em empresa privada, segundo exige o inc. XX do mesmo art. 37. O termo “subsidiárias” guarda pertinência sobretudo com empresas vinculadas a empresas públicas e sociedades de economia mista. (capítulo 5, item 5.1, p. 61)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Contudo, como qualquer pessoa jurídica da Administração Indireta, **as fundações públicas de direito privado** se submetem às normas da CF asseguradoras da igualdade e da moralidade na Administração Pública, especialmente aos arts. 37 e seguintes, e à necessidade de autorização legislativa para a sua criação (art. 37, XIX, CF – a criação propriamente dita, como no caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, dar-se-á com o registro dos atos constitutivos no registro das pessoas jurídicas), vedação de acumulação de cargos, controle pelo Tribunal de Contas, submissão de seus agentes ao teto remuneratório, vedação de publicidade que configure promoção pessoal etc.

A previsão do art. 37, XIX, CF, de que o âmbito de atuação das fundações públicas será definido em Lei Complementar, ainda não foi

atendida, não podendo o Código Civil, que é lei ordinária, servir para esse escopo. (capítulo V, item V.10.2, p.263)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Conclusão

Exigência de lei complementar para definição do objeto das fundações públicas

Corrente 1: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas de direito privado (RCRO; IPN; DFMN; FM; AM; MC; JSCF)

Corrente 2: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas de direito privado e de direito público (MA e VP)

Corrente 3: exige-se lei complementar para definição do objeto das fundações públicas (não distingue se de direito público ou privado) (OM; ASA)

Não abordam (CABM; DCJ; MJF; MSZDP)

DIVERGÊNCIA 056 - Natureza jurídica do contrato de concessão de serviço público

Corrente 1: a concessão é um contrato bilateral que produz efeitos trilaterais

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Existem várias correntes doutrinárias que explicam de maneira diversa a natureza jurídica da concessão; essas correntes foram sistematizadas por José Cretella Júnior da seguinte maneira (1986:403-406):

1. teorias unilaterais, que se subdividem em dois grupos:

[...]

2. **teorias bilaterais**, que também se subdividem:

a) a concessão é um contrato de direito privado; essa corrente é adotada por autores que, apegados ao direito civil, negam que exista, na concessão, um acordo de vontades; ele não difere de outros contratos regidos pelo direito comum;

b) a concessão é um contrato de direito público, vale dizer, submetido a regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum;

c) a concessão é um contrato de direito misto, porque sujeito parcialmente ao direito público e parcialmente ao direito privado;

3. teoria mista: vê na concessão um ato unilateral do Poder Público, estabelecendo as condições da concessão, ou seja, as cláusulas regulamentares, e um contrato concernente ao equilíbrio econômico-financeiro; o ato unilateral é um ato administrativo, regido pelo direito público; e o contrato é de direito privado.

Colocamo-nos entre os que atribuem à concessão a natureza jurídica de contrato administrativo, sujeito a regime jurídico de direito público, pelas razões já expostas no item 8.3. (capítulo 8, item 8.8.1.2, p. 625 e 626)

Sendo a concessão patrocinada uma concessão de serviços públicos, inúmeros são os **pontos comuns** com a modalidade disciplinada pela Lei nº 8.987.

[...]

h) **efeitos trilaterais da concessão**: sobre o poder concedente, o parceiro privado e os usuários. (capítulo 8, item 8.8.1.4.3, p. 653)

A empreitada produz efeitos bilaterais entre poder público e empreiteira, enquanto **a concessão produz efeitos trilaterais**, porque alcança o usuário do serviço público, que, **embora não sendo parte no contrato**, assume direitos e obrigações, conforme artigos 7º e 7º-A, da Lei nº 8.987/95. (capítulo 8, item 8.8.2.1, p. 696)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

É, pois, com absoluto acerto que CAIO TÁCITO anota que, embora o vínculo principal seja o que liga o concedente ao concessionário, há outros existentes nesse negócio típico de direito público: “Na concessão de serviço público há situações jurídicas sucessivas, que lhe imprimem um caráter triangular.” Com efeito, se, de um lado, o negócio se inicia pelo ajuste entre o Poder Público e o concessionário, de outro dele decorrem outras relações jurídicas, como as que vinculam o concedente ao usuário e este ao concessionário. Importante é saber que **na concessão de serviço público há uma tríplice participação de sujeitos: o concedente, o concessionário e o usuário.** (capítulo 8, item III, subitem 2.1, p. 706 e 707)

O contrato de concessão é bilateral, visto que gera obrigações para ambos os contratantes; comutativo, porque não existe álea, ou seja, são equivalentes e previamente identificadas as obrigações das partes; intuito personae, eis que o concessionário não pode ceder suas obrigações, e, sobretudo, o serviço que lhe foi delegado, a terceiros, sem prévio assentimento do concedente; e formal, já que necessária é a formalização das vontades e o mais detalhado lineamento das obrigações cominadas aos contratantes. (capítulo 8, item III, subitem 5, p. 715)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

A concessão pode ser conceituada como um contrato administrativo através do qual a execução de serviços de utilidade pública é delegada a particulares, sob regime misto: público e privado.

Como o destinatário da concessão é o público usuário, a concessão guarda certa semelhança com o instituto privado da estipulação em favor de terceiros. Existem, em comum, nos dois instrumentos, três partes na relação negocial que se trava, sendo que, na concessão, elas se denominam: Poder Concedente, o que delega o serviço; concessionário, o que irá executá-lo; e usuário, o beneficiário da prestação.

Poder Concedente e concessionário são contratualmente solidários na prestação pública em face do usuário do serviço, que é a parte indeterminada, mas determinável, na **tríplice relação** estabelecida e a favor de quem se erige um direito subjetivo público, indistintamente contra ambos, de exigir a execução do serviço. (capítulo XVI, item 135.2, p. 579)

A concessão, como contrato administrativo, tem por características: a imperatividade, apenas em potencial e para casos extremos; a validade, construída sobre as presunções de veracidade e de juridicidade dos pressupostos fáticos e jurídicos sobre os quais foi acordado; a eficácia

decorrente de sua presumida validade; a exequibilidade, abrindo a possibilidade de operação imediata; a executóriedade, própria dos atos em que a Administração deve zelar pela integridade do interesse público a seu cargo; **a bilateralidade**, referida à produção dos efeitos desejados; a comutatividade, que se expressa na equivalência das prestações recíprocas; a onerosidade, dada a existência de obrigações de valor econômico; e a instabilidade, que se refere tanto ao conteúdo obrigacional de interesse público quanto à própria permanência da relação contratual. (capítulo XVI, item 135.3, p. 579 e 580)

Corrente 2: a concessão é um contrato bilateral, sem mencionar nada quanto aos efeitos

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Em decorrência de sua natureza contratual, é incontroverso que as concessões e as permissões de serviços públicos revestem as mesmas características gerais dos contratos administrativos apontadas pela doutrina: elas são **contratos bilaterais**, formais, de adesão e celebrados intuitu personae. (capítulo 11, item 7.1, p. 835)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Existem diversas teorias sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público.

É possível agrupar as várias concepções em três classes diferentes:

- a) teorias unilaterais: alguns autores entendem que a concessão de serviço público é um ato unilateral. Para outros, seria composta por dois atos unilaterais distintos, um de império e outro referente aos dispositivos sobre remuneração do contratado, revestido de natureza particular e regido pelo direito privado;
- b) teorias bilaterais: de acordo com os defensores desta concepção, a concessão possui natureza contratual pressupondo a conjugação de vontades entre a Administração e o particular concessionário. Entre os bilateralistas, há quem defenda tratar-se a concessão de: b1) contrato de direito privado; b2) contrato de direito público (visão majoritária), dotado de regime jurídico derogatório das regras contratuais do direito privado; b3) contrato de direito público e privado: combinando regras publicísticas com normas aplicáveis aos contratos privados;
- c) teoria mista: considera a concessão de serviço público um complexo de relações jurídicas distintas e heterogêneas ligadas em torno da delegação da

execução de serviço público a particulares. É a posição sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a concessão seria uma relação jurídica complexa composta por um ato regulamentar, um ato-condição (aceitação do particular em participar do vínculo contratual) e um contrato envolvendo as cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro.

Em que pese a controvérsia doutrinária quanto à natureza jurídica do instituto, a Constituição Federal (art. 175, parágrafo único, I) e a Lei n. 8.987/95 (art. 23) claramente consideram a concessão de serviço público como um **contrato administrativo bilateral**. (capítulo 8, item 8.12.4.1.2, p. 895 e 896)

Corrente 3: a concessão é um contrato plurilateral

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento. (capítulo 12, item 12.12.1, p. 359)

O contrato de concessão é pactuado entre três partes, que são (a) o "poder concedente" (o ente federativo titular da competência para prestar o serviço), (b) a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade, e (c) o particular (concessionário).

Daí não se infere que todas as partes sejam titulares de posições jurídicas homogêneas, nem que Estado e sociedade compartilhem poderes, direitos e deveres idênticos. Por isso, **a triangularidade da concessão** não significa que as competências reservadas ao poder concedente apenas possam ser exercitadas em conjunto com a sociedade. Nem traduz a concepção de que a sociedade seja uma espécie de "curadora" do Estado. A validade dos atos praticados pelo Estado não depende de nenhuma ratificação social. A extensão dos efeitos da triangularidade será exposta adiante. (capítulo 12, item 12.12.1.1, p. 359 e 360)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Conclusão

Natureza jurídica do contrato de concessão de serviço público

Corrente 1: a concessão é um contrato bilateral que produz efeitos trilaterais (MSZDP; JSCF; DFMN)

Corrente 2: a concessão é um contrato bilateral, sem mencionar nada quanto aos efeitos (MA e VP; AM)

Corrente 3: a concessão é um contrato plurilateral (MJF)

Não abordam (ASA; CABM; RCRO; FM; IPN; OM; DCJ; MC)

DIVERGÊNCIA 057 - Natureza do vínculo que liga o concessionário ao usuário

Corrente 1: apenas cita a divergência entre os doutrinadores sobre a natureza do vínculo que liga o concessionário ao usuário. Esse vínculo pode ser qualificado como de direito privado, de direito público, contrato de adesão ou estatutário

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Como bem observa SAYAGUÉS LASO, **não há unanimidade entre os estudiosos sobre a natureza do vínculo que liga o concessionário ao usuário**. Independentemente disso, porém, ao usuário se reconhecem certos direitos, quer em face do concessionário, quer em face do próprio Poder concedente.

[...]

Há dois grupos de conjuntos normativos que regulam os direitos dos usuários: o primeiro está na Lei no 8.078/1990 – o Código de Defesa do Consumidor; o segundo se encontra na Lei no 8.987/1995 – o Estatuto das Concessões. São os direitos relacionados neste último diploma que comentaremos adiante.

[...]

Mas não apenas direitos são atribuídos aos usuários. A lei lhes atribui também obrigações, na medida em que, apesar de serem os destinatários da atividade, têm o dever de colaborar com o Poder Público para a melhoria e regularidade dos serviços. (capítulo 8, item III, subitem 15, p. 750, 751 e 752) 87. Tratado de derecho administrativo, t. II, p. 23. **O autor mostra que alguns qualificam o vínculo como de direito privado (ZANOBINI), outros como de direito público (BUTTGENBACH), outros como contrato de adesão (BIELSA e GRECA), e outros consideram o usuário como numa situação objetiva e estatutária por força de condições estabelecidas pelo concedente (DUGUIT, DUEZ Y DEBEYRE, GARCIA OVIEDO).** (p. 831)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Conclusão

Natureza do vínculo que liga o concessionário ao usuário

Corrente 1: apenas cita a divergência entre os doutrinadores sobre a natureza do vínculo que liga o concessionário ao usuário. Esse vínculo pode ser qualificado como de direito privado, de direito público, contrato de adesão ou estatutário (JSCF)

Não abordam (DCJ; ASA; AM; CABM; OM; MSZDP; IPN; MJF; DFMN; MC; RCRO; FM; MA e VP)

DIVERGÊNCIA 058 - Natureza da prestação de serviços públicos por consórcios públicos

Corrente 1: a prestação de serviços públicos por consórcios públicos tem natureza direta

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Adota-se o entendimento de que somente existe concessão de serviço público em sentido próprio quando a delegação for feita a um particular. A delegação em prol das entidades da Administração direta não configura uma concessão propriamente dita, podendo-se no máximo aludir a uma concessão imprópria. Essa orientação foi legislativamente recebida pela Lei 11.107/2005, que disciplinou os consórcios públicos e previu que a prestação de serviços de modo integrado entre diversos entes administrativos, quando envolver a contratação de uma entidade administrativa integrante da órbita de um dos entes políticos interessados, deve ser formalizada preponderantemente por meio do chamado contrato de programa (figura examinada no Capítulo 8).

No entanto, continuam a existir avenças pactuadas anteriormente, que tinham sido denominadas de concessão de serviço público. Apesar da denominação, essas figuras nunca tiveram natureza própria de concessão. A prática adotada anteriormente envolvia duas espécies de concessões impróprias, que podem ser referidas como concessão-descentralização e concessão-convênio. (capítulo 12, item 12.12.3, p. 363)

Uma situação distinta se verifica nos casos em que existiam interesses comuns a diversos entes federados e a prestação era atribuída a um ente da Administração indireta de um deles.

Nessas situações, não se configura vínculo de controle entre o titular da competência para prestação do serviço e a entidade que os desempenha. Todos os sujeitos pertencem à Administração Pública, mas não integram a mesma órbita federativa. Mas isso não elimina o cabimento de convênios entre os entes estatais, por via do qual se promove a conjugação de esforços e recursos visando ao desempenho de atividades de interesse comum.

Não existia concessão em sentido próprio porque os sujeitos associados eram entes federativos. Não se aplicava o regime próprio da concessão, incompatível com a condição jurídica dos entes políticos. Essa ponderação se impunha mesmo nas hipóteses em que o convênio envolvesse a participação de uma entidade integrante da Administração indireta de um ente político. Tal como exposto a propósito da concessão-descentralização, o serviço público continuava a ser prestado com recursos estatais, mediante

uma pessoa administrativa que está sob controle público e que pode ser extinta a qualquer tempo.

Também nessa hipótese não há incidência do regime da concessão de serviço público, o que exclui a necessidade de prévia licitação.

A ausência de configuração de uma concessão em sentido próprio nas hipóteses referidas foi reconhecida legislativamente. A Lei 11.107/2005 instituiu os consórcios públicos, que podem assumir personalidade jurídica de direito público ou privado, sendo produzidos pela conjugação de esforços e recursos de diversos entes federativos. Uma das destinações típicas da existência de consórcios públicos é a prestação integrada de serviços públicos.

O diploma dispôs sobre a figura do contrato-programa, previsto para existir "(...) no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados" (art. 4.º, XI, d). **Isso significa que a atribuição para um ente integrante da Administração indireta da prestação do serviço de interesse de diversas pessoas políticas não configura concessão de serviço público.**

[...]

Essas disposições legais evidenciam que somente se configura a concessão quando houver a delegação dos serviços públicos para a iniciativa privada. A atribuição da prestação do serviço para uma entidade sob controle estatal, como regra geral, descaracteriza uma concessão. (capítulo 12, item 12.12.3.2, p. 364 e 365)

Corrente 2: a prestação de serviços públicos por consórcios públicos tem natureza indireta complexa

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Distinguem-se, instrumentalmente, **cinco formas de prestação indireta**: a autárquica, a paraestatal, a contratual, a unilateral e a **complexa**. (capítulo XVI, item 134.2, p. 573)

A modalidade de prestação complexa de serviços públicos é aquela em que pessoas se associam para realizar a mesma prestação, tendo, ao menos uma delas, competência administrativa para fazê-lo, comportando delegações complexas recíprocas.

Resulta da celebração de um ato administrativo complexo, daí as categorizações que poderão adotar, tais como: prestação por convênio, **por consórcio** ou por acordo de programa. Como ficou esclarecido, quanto à natureza dos referidos institutos, na Parte Geral, Capítulo VII, o ato complexo, segundo lição acolhida, se situa a meio caminho entre o negócio

jurídico unilateral e o contrato, sendo, também, um pacto e, portanto, um negócio jurídico.

Adaptados os conceitos já expendidos ao tema agora em exame – que é a prestação subjetivamente complexa de serviços públicos – e centrando o critério diferencial entre suas modalidades na titularidade da competência, pode-se conceituá-las como se segue.

[...]

O consórcio, como um ato administrativo complexo, celebrado entre dois ou mais entes administrativos da mesma natureza, para executar um serviço público, de competência comum.

[...]

As modalidades de prestação complexa de serviços públicos comportam, ainda, a execução através de uma terceira entidade, criada ou não pelas partes acordantes, o que permite uma combinação entre elas e as modalidades autárquicas, paraestatais, contratuais e unilaterais, acima estudadas. Esta terceira entidade terá que ser instituída por uma ou várias das partes conveniadas interessadas, sempre que exigida a eventual criação de uma sociedade de fins específicos para atuar como operadora do ajuste.

São exemplos recentes, no direito positivo brasileiro, o contrato de risco, o contrato de gestão com organizações sociais (Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998) e o termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999) e **a modalidade de consórcios públicos** (Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005), que é outro exemplo de acordo indevidamente “contratualizado” pela União a fim de submetê-lo a suas normas gerais, o que gera dúvidas e perplexidades até mesmo sobre a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos. (capítulo XVI, item 134.2.4, p. 575)

Não abordam

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Natureza da prestação de serviços públicos por consórcios públicos

Corrente 1: a prestação de serviços públicos por consórcios públicos tem natureza direta (MJF)

Corrente 2: a prestação de serviços públicos por consórcios públicos tem natureza indireta complexa (DFMN)

Não abordam (MA e VP; DCJ; IPN; AM; ASA; RCRO; MSZDP; CABM; FM; OM; JSCF; MC)

DIVERGÊNCIA 059 - Possibilidade de celebração de contratos de concessão de serviços públicos por empresas estatais

Corrente 1: impossibilidade de empresas estatais cuja criação tenha sido autorizada em lei para a prestação de determinado serviço público serem concessionárias ou permissionárias desse mesmo serviço público

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

A consequência do entendimento descrito no parágrafo precedente – que não é consensual na doutrina - **é não ser cabível cogitar a celebração de um contrato de concessão ou de permissão de determinado serviço público em que seja concessionária ou permissionária uma empresa pública ou sociedade de economia mista cuja criação tenha sido autorizada em lei exatamente para a prestação desse serviço público.**

[...]

Em síntese, entendemos que as empresas públicas e sociedades de economia mista cuja criação tenha sido autorizada em lei para a prestação de determinado serviço público são titulares dessa atividade e têm competência para exercê-la, sem que, para tanto, caiba cogitar a necessidade de qualquer outro instrumento. Elas não são, nem podem ser, concessionárias ou permissionárias desse mesmo serviço público. (capítulo 2, item 4.7.3.6.3, p. 103 e 104)

Corrente 2: possibilidade apenas se a entidade seja criada com capital de mais de um ente federativo, qualquer um deles pode transferir a execução dos serviços públicos mediante a celebração de contratos de concessão ou permissão

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

No que tange à prestação de serviços públicos, a doutrina é divergente. Consoante entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, as empresas estatais seriam, em todos os casos, concessionárias de serviços públicos, e executando atividade de prestação de serviços em razão da relação contratual com o Estado.

Esse entendimento não é acompanhado pela maioria da doutrina que dispõe que, nos casos da empresa estatal ser criada com recursos

integralmente de um único ente estatal, a delegação de serviços seria feita por lei, sem a necessidade de celebração de contrato de concessão ou permissão de serviço público. Sendo assim, a própria lei específica responsável pela criação da entidade transfere a ela a execução do serviço. Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que "considerar tais situações como configuradoras de uma concessão de serviço público não faz sentido algum e só propicia confusões".

Sendo assim, o entendimento majoritário, adotado inclusive nesta obra, é o de que **as empresas estatais criadas por uma entidade pública, com recursos exclusivamente dela decorrentes poderá atuar na prestação de serviços públicos, mediante delegação legal, ou seja, a lei específica de criação destas entidades transfere a elas o poder de executar a atividade pública que configura sua finalidade essencial.**

Em outras situações, **caso a entidade seja criada com capital de mais de um ente federativo, qualquer um deles pode transferir a execução dos serviços públicos mediante a celebração de contratos de concessão ou permissão, nos moldes definidos no art. 175 da Constituição Federal e regulado pela legislação pertinente.** (capítulo 4, item 7.1, p. 216)

Corrente 3: serão concessionárias de serviço público as empresas públicas formadas pela conjugação de recursos oriundos de entidades da esfera federal associados a recursos provenientes de entidades de órbita diversa; e as sociedades de economia mista formadas por capitais particulares em associação com capitais advindos de entidade governamental

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Portanto, para retratar o quadro referido, distinguindo entre empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, pode-se dizer o seguinte: **dentre as empresas públicas, não serão concessionárias as formadas por capital exclusivamente da União ou por capital dela em conjugação com o de pessoas de sua Administração indireta. Pelo contrário, sê-lo-ão se a empresa pública for formada pela conjugação de recursos oriundos de entidades da esfera federal associados a recursos provenientes de entidades da esfera estadual, distrital ou municipal.**

Já, as sociedades de economia mista em que haja, de veras – e não apenas simbolicamente-, capitais particulares em associação com capitais advindos de entidade governamental serão sempre concessionárias de serviço público. (Capítulo IV, item III, p.205)

Corrente 4: possibilidade apenas na celebração de contrato de concessão entre um ente federativo e uma entidade estatal vinculada a ente federativo diverso

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

De algum tempo para cá, porém, o Estado tem admitido a figura anômala de firmar concessões a empresas estatais, misturando, de certo modo, as noções de gestão dos serviços públicos por delegação legal e negocial. A vigente Constituição, a princípio, referia-se expressamente a esse mecanismo, dispondo no art. 25, § 2º: Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado. Outro exemplo era o do art. 21, XI, que previa esse mesmo tipo de concessão no tocante a serviços telefônicos, telegráficos e outros serviços de telecomunicações.

Trata-se, em nosso entender, de distorção no sistema clássico de concessões, pois que, na verdade, se afigura como um contrato entre duas pessoas estatais, a que titulariza o serviço e a que o executa, sendo esta obviamente vinculada àquela. **Se a empresa é estatal, tendo resultado de processo de delegação legal, a própria lei já definiria seu perfil institucional, bem como a tarefa que deveria desempenhar, desnecessário, desse modo, falar-se em concessão**, instrumento, como visto, de delegação negocial. Tal sistema ocasiona a perda da grande vantagem da concessão, qual seja, a prestação de serviços públicos sem custos para o Estado. **Por tal razão, várias têm sido as críticas a essa contratação. Considerando sua natureza, o ajuste configura-se mais propriamente, segundo alguns, como concessão-convênio.**

A única hipótese em relação à qual pode dizer-se que não há distorção consiste na celebração de contrato de concessão entre um ente federativo e uma entidade estatal (rectius: paraestatal) vinculada a ente federativo diverso. Como suposição, pode imaginar-se que a União Federal firme contrato de concessão com certa sociedade de economia mista vinculada a certo Estado-membro para a prestação do serviço de energia elétrica. Nesse caso, entretanto, a entidade governamental estará exercendo atividade tipicamente empresarial e atuando no mundo jurídico nos mesmos moldes que uma empresa da iniciativa privada, de modo que, para lograr a contratação, deverá ter competido em licitação prévia com outras empresas do gênero, observado o princípio da igualdade dos licitantes, e vencido o certame pelo oferecimento da melhor proposta. A anomalia seria visível (e aí estaria a distorção) se a União contratasse com empresa estatal federal a concessão do mesmo serviço. (capítulo 8, item III, subitem 8, p. 717 e 718)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O art. 175 da Constituição estipula que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por licitação, a prestação de serviços públicos. Pergunta-se: como no caso da prestação de serviços públicos pelas estatais não será a Administração Direta que desenvolverá a atividade (diretamente), mas sim ente da Administração Indireta (empresas públicas ou sociedades de economia mista), seria necessária delegação contratual, como acontece para os casos de concessão e permissão, para a execução do serviço público?

A resposta é negativa. A lei que autoriza a criação da estatal transfere por outorga a titularidade de serviço público (descentralização por serviço), desde que seja atribuição constitucional do ente criador, não sendo, via de regra, necessária a transferência do serviço por contrato, como ocorre nas concessões e permissões de serviços públicos (descentralização por colaboração).

Neste sentido, pode-se estender o significado do termo diretamente, na forma da lei, do art. 175 da Constituição para abarcar também os entes da Administração Indireta prestadores de serviços públicos.

Essa circunstância é excepcionada, como observa Edmir Netto de Araújo, para as hipóteses de estatais criadas para desempenhar serviços cuja titularidade não seja da pessoa política criadora:

como, por exemplo, a Sabesp, criada para executar serviços de competência regular dos municípios [...]. Opta-se ou por instrumento contratual de concessão, ou pela celebração de convênio, ou ainda, como já se fez, a pessoa política titular outorga legalmente tais serviços à estatal de pessoa política diversa. (capítulo 10, item 10.5.4.1, p. 274)

Corrente 5: não há concessão em sentido próprio às empresas estatais. Quando a prestação dos serviços é atribuída a uma empresa estatal, tem-se uma concessão de serviço público imprópria (concessão-descentralização)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Essa regra acarreta a vedação da chamada **concessão de serviço público imprópria, em que a prestação dos serviços é atribuída a uma pessoa integrante da Administração indireta**. O tema será analisado com maior profundidade no Capítulo 12. (capítulo 8, item 8.3.4.3.3, p. 215)

A concessão-descentralização se verificava nos casos em que o ente federado titular do serviço público instituía uma entidade dotada de

personalidade jurídica de direito privado para assumir o desempenho dele.

O Estado dispõe da competência para organizar seus recursos para prestação direta do serviço público. Os encargos correspondentes podem ser atribuídos a uma repartição pública destituída de personalidade própria. Também podem ser atribuídos a autarquias.

Eventualmente, são criadas entidades administrativas, dotadas de personalidade de direito privado, para a prestação dos serviços. Em todos esses casos, não há delegação da prestação do serviço para um terceiro.

Nos casos em que o ente estatal responsável pela prestação do serviço era titular de personalidade jurídica própria, surgiu o costume de qualificá-lo como concessionário, o que não produz efeito jurídico relevante. A entidade administrativa sob controle estatal não disporá, em muitos casos, de interesses próprios e a sua autonomia de atuação será bastante restrita. **Assim se passará, de modo especial, no tocante às autarquias e às empresas públicas. Mesmo no tocante a sociedades de economia mista tal ocorrerá.** O tema passou a despertar atenção em vista do art. 175 da CF/1988, que impôs a obrigatoriedade da licitação como requisito para a outorga de concessões de serviço público. **Daí o tema começou a ser reexaminado e se constatou que nem havia concessão em sentido próprio, nem cabia licitação prévia.**

Pode até ter existido um ato administrativo formal, qualificando a atribuição do serviço à entidade descentralizada como concessão de serviço público. Isso não altera a natureza jurídica do vínculo. **Continua a existir prestação direta do serviço pela Administração Pública, o que justifica a ausência de prévia licitação.**

A descentralização administrativa não configura a concessão do serviço, já que os recursos aplicados continuam a ter origem pública, o regime jurídico não se altera e não se transfere a prestação do serviço para órbita estranha à da Administração Pública. Essa opinião tem sido perfilhada pelos mais influentes setores da doutrina. Geraldo Ataliba se manifestara precursoramente sobre o tema. No mesmo sentido posicionaram-se Eros Grau, Adilson Abreu Dallari, José Afonso da Silva e Torquato Jardim. (capítulo 12, item 12.12.3.1, p. 363 e 364)

Corrente 6: empresas estatais somente podem ser concessionárias mediante contrato

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Em um e outro caso, a concessão há de ser feita por contrato. **Embora a concessão, por lei, a empresas estatais seja uma realidade brasileira, não compartilhamos da opinião dos que a aceitam como válida.** A concessão de serviço público, de um lado, e as empresas públicas e sociedades de economia mista, de outro, correspondem a formas bem diversas de descentralização de serviços públicos.

A primeira é feita por contrato, em que o poder público transfere apenas a execução do serviço e conserva a sua titularidade; em decorrência disso, mantém a plena disponibilidade sobre o mesmo, alterando as cláusulas regulamentares, retomando a execução do serviço por meio de encampação, fiscalizando e punindo, administrativamente, o concessionário em caso de inadimplemento.

As empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei e adquirem o direito à prestação do serviço, direito esse oponível até mesmo à pessoa jurídica que as criou, pois esta somente pode interferir na vida da empresa nos limites previstos em lei.

Quando a lei cria empresa e a ela atribui a prestação de um serviço público que a Constituição exige seja prestado diretamente ou mediante concessão, além de haver ofensa à Constituição, está tirando da Administração aquelas prerrogativas de que só é detentor o poder concedente, pela via contratual. **Esse entendimento se reforça pelo fato de a atual Constituição, no artigo 175, parágrafo único, inciso I, deixar claro que a concessão tem que ser feita por contrato.** (capítulo 8, item 8.8.1.3.1, p. 629)

Não se posicionam

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Quanto à prestação dos serviços públicos, há divergência doutrinária.

Para alguns autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essas empresas seguem o disposto no art. 175 da CF, segundo o qual o Poder Público prestará os serviços públicos diretamente ou por meio do regime de concessão ou permissão, sempre precedidos de licitação, formalizando-se com um contrato administrativo. Nesse contexto, as empresas estatais que prestam serviços públicos não passam de

concessionárias de serviços públicos, mas que recebem essa prestação por meio de lei, e não por contrato.

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello faz um alerta, esclarecendo que, normalmente, as prestadoras de serviços públicos são concessionárias, porém essa regra não é absoluta. Segundo o autor, citando os ensinamentos de Geraldo Ataliba, seria “forçado considerá-las como concessionárias, quando forem formadas exclusivamente por recursos oriundos da mesma esfera governamental que as criou com o fito de secundá-las na prestação de serviço público de sua própria alçada”.

O citado autor aponta alguns requisitos para que a empresa seja definida como concessionária, sendo possível a caracterização dessa hipótese quando existir um verdadeiro concurso de capitais particulares na formação do capital da sociedade ou, ainda, quando se tratar de capitais públicos provenientes de órbita governamental diversa da órbita da pessoa que possui a competência constitucional para prestá-lo. Sendo assim, não serão concessionárias as empresas públicas constituídas por capital exclusivamente da União ou das entidades da Administração Indireta Federal quando os serviços forem de sua órbita de competência. Em contrapartida, poderão ser incluídas nesse conceito quando formadas por Estados federados para a prestação do mesmo serviço.

Todavia, parece que a doutrina é mais tranquila, quando se fala da titularidade desse serviço. Seja a empresa pública ou sociedade de economia mista, concessionária ou não, ela não será titular do serviço público, recebendo somente a descentralização para a sua execução, conservando, o ente político, a titularidade do serviço. (capítulo 3, item 5.6.2, p. 195 e 196)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

17. É importante notar que, normalmente, não há tecnicamente concessão e permissão de serviço público para as entidades da Administração Indireta, pois tais entidades são criadas por lei ou têm a sua criação autorizada pela lei que já define o seu objeto de atuação. As concessões e permissões são formalizadas por contratos administrativos. Nada impede, todavia, que as estatais sejam concessionárias quando partes em contratos de concessão de serviço público. Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 407-408. Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que “a empresa estatal que desempenha serviço público é concessionária de serviço público” (DI PIETRO, Maria Sylvia

Zanella Direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 413). (nota de rodapé 17, p.252 pdf)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Conclusão

Possibilidade de celebração de contratos de concessão de serviços públicos por empresas estatais

Corrente 1: impossibilidade de empresas estatais cuja criação tenha sido autorizada em lei para a prestação de determinado serviço público serem concessionárias ou permissionárias desse mesmo serviço público (MA e VP)

Corrente 2: possibilidade apenas se a entidade seja criada com capital de mais de um ente federativo, qualquer um deles pode transferir a execução dos serviços públicos mediante a celebração de contratos de concessão ou permissão (MC)

Corrente 3: serão concessionárias de serviço público as empresas públicas formadas pela conjugação de recursos oriundos de entidades da esfera federal associados a recursos provenientes de entidades de órbita diversa; e as sociedades de economia mista formadas por capitais particulares em associação com capitais advindos de entidade governamental (CABM)

Corrente 4: possibilidade apenas na celebração de contrato de concessão entre um ente federativo e uma entidade estatal vinculada a ente federativo diverso (JSCF; IPN)

Corrente 5: não há concessão em sentido próprio às empresas estatais. Quando a prestação dos serviços é atribuída a uma empresa estatal, tem-se uma concessão de serviço público imprópria (concessão-descentralização) (MJF)

Corrente 6: empresas estatais somente podem ser concessionárias mediante contrato (MSZDP)

Não se posicionam (FM; RCRO)

Não abordam (ASA; DCJ; AM; OM; DFMN)

DIVERGÊNCIA 060 - Natureza jurídica da permissão de serviço público

Corrente 1: natureza jurídica de contrato administrativo

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

V - Permissão de serviços públicos: a permissão de serviços públicos, assim como a permissão de uso de bens públicos surgiu no ordenamento jurídico mediante a formalização de ato administrativo unilateral, discricionário e precário. **Ocorre que, o art. 175 da Constituição Federal trata a permissão de serviço público como contrato administrativo e, seguindo esta orientação, a lei 8.987/95, em seu art. 40, conceitua a permissão de serviços públicos como contrato de adesão (característica comum a todos os contratos administrativos)** por meio do qual se transfere a particular a prestação de serviços públicos, por sua conta e risco, mediante remuneração por tarifas dos usuários, a título precário. Por óbvio, a precariedade é afastada pela natureza contratual do instituto.

Dessa forma, diferentemente do que ocorre com a permissão de uso de bens públicos que se mantém como ato unilateral, **a permissão de serviço público se configura como contrato administrativo** que pode ser celebrado, mediante procedimento licitatório, com pessoas físicas ou jurídicas para prestação de serviços públicos.(capítulo 9, item 16, p. 597)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Atualmente, no entanto, a distinção entre as duas modalidades de delegação de serviços públicos, nos moldes acima citados, não pode subsistir, especialmente pela **contratualização da permissão de serviço público**. O art. 175, caput e parágrafo único, inciso I, da CRFB exige a realização de licitação para formalização da concessão e permissão de serviços públicos e afirma o caráter contratual da delegação. **O caráter contratual da permissão de serviço público foi corroborado pelo art. 40 da Lei 8.987/1995, que define a permissão “contrato de adesão”.**

[...]

Verifica-se, no entanto, que as diferenças formais, retiradas da interpretação literal da Lei de Concessões, não são suficientes para estabelecer a distinção entre concessão e **permissão**, especialmente pelas **características comuns** desses institutos jurídicos: a) **são formalizados por contratos administrativos**; b) servem para o mesmo fim: delegação de serviços públicos; e c) submetem-se ao mesmo regime jurídico (o art. 40, parágrafo

único, da Lei 8.987/1995 prevê a aplicação das normas, que tratam das concessões, às permissões). (capítulo 11, item 11.2.3, p. 316 e 317)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

O art. 175 da Constituição Federal alterou o conceito doutrinário de permissão de serviço público, tornando esta sempre vinculada e dependente de licitação. Segundo a Lei 8.987/95, art. 40, **a permissão de serviço público é contrato administrativo**, formalizado como contrato de adesão. (capítulo III, item 9.2, p. 122)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão; a lei expressamente se refere "à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente" (art. 40).

[...]

Não se deve olvidar, acima de tudo, que, por expressa imposição constitucional, **tanto as permissões quanto as concessões de serviços públicos são contratos administrativos** (art. 175, parágrafo único, I). Quanto a esse aspecto, a Lei 8.987/1995 nada mais fez do que observar o disposto em nossa Carta Política. Aliás, também a Lei 8.666/1993 - nossa lei de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos - explicitamente se refere às concessões e permissões de serviços públicos como contratos, e determina, de forma expressa, que a elas sejam aplicados os seus dispositivos "que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto" (art. 124).

Em decorrência de sua natureza contratual, é incontroverso que as concessões e as permissões de serviços públicos revestem as mesmas características gerais dos contratos administrativos apontadas pela doutrina: elas são contratos bilaterais, formais, de adesão e celebrados intuitu personae. (capítulo 11, item 7.1, p. 834 e 835)

Corrente 1.1: natureza jurídica de contrato administrativo de adesão

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Outra diferença era extraída do modo de expressão das duas figuras: a concessão se exteriorizava por contrato; a permissão, classicamente, se expressava por ato administrativo, discricionário, precário, revogável, em

princípio, a qualquer tempo. Daí se estabelecer outra diferença entre as duas figuras, com base no tempo de duração: inerente à concessão era a longa duração; inerente à permissão era a precariedade; a permissão, por ser ato administrativo, não se sujeitava à licitação. No entanto, a Constituição Federal, no art. 175, estabeleceu a exigência de licitação para ambas, o que levava a aproximar **a permissão da natureza de contrato. Essa é a natureza que lhe confere a Lei nº 8.987/95, ao determinar sua formalização mediante contrato de adesão**, observada a precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente (art. 40). Assim, **para veicular a permissão de serviço público foi criado o contrato administrativo de adesão**. Além do mais, o mesmo art. 40 determina a aplicação, às permissões, do disposto na lei, sem ressalvas. (capítulo 14, item 14.7, p.327)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A permissão, em toda a doutrina clássica, sempre teve a natureza jurídica de ato administrativo, indicando o consentimento que a Administração dispensava a determinada pessoa física ou jurídica para executar serviço público de forma descentralizada. Essa era, aliás, a marca que a distinguiu da concessão de serviço público, qualificada como contrato administrativo.

[...]

Para alguns intérpretes, teria havido impropriedade da lei, porque, a considerar-se ambas como contrato, desapareceria fatalmente a única distinção de relevo entre os dois institutos. Outros, entretanto, numa visão mais literal do mandamento constitucional, preferiram advogar o entendimento de que, a partir da Constituição de 1988, a permissão de serviço público haveria de ter a natureza jurídica de contrato administrativo.

Regulamentando a norma constitucional, a Lei no 8.987/1995 dispôs que a permissão deveria ser formalizada mediante contrato de adesão (art. 40), realçando, assim, o aspecto da bilateralidade do

instituto, própria da figura do contrato. A opção se nos afigurou infeliz e só aumentou a confusão entre os estudiosos e administradores públicos, porque, na prática, desapareceu a diferença entre tais delegações. Como já foi dito, outrora qualificamos a permissão como ato administrativo, mas, tendo em vista o absurdo adotado pela lei, somos forçados a nos render à caracterização nela estabelecida, qual seja, a de contrato administrativo de adesão. O direito é lógica e precisão científica, e nada lhe é mais devastador do que a incongruência e a irrazoabilidade.

Em suma, temos que a natureza jurídica da permissão de serviço público, ex vi legis, é a de contrato administrativo de adesão. (capítulo 8, item IV, subitem 2, p. 774 e 775)

Corrente 1.2: natureza jurídica de contrato de adesão

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Até uns 20 anos, a doutrina costumava definir permissão como “ato unilateral, discricionário, pelo qual se faculta, a título precário, ao particular a execução de obras e serviços de utilidade pública, ou o uso excepcional de bem público, ou a prática de ato jurídico de ofício público”. **Contudo, de ato administrativo precário, a Constituição (e a legislação infraconstitucional) acabou conferindo tratamento jurídico de contrato.** [...]

Também o art. 40 dispõe que **a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão**, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Conforme já exposto, apesar de a lei ter mencionado que a concessão observaria uma pretensa precariedade, **houve também alusão à sua natureza contratual**, na esteira do parágrafo único do art. 175 da Constituição. Este menciona o caráter especial do contrato e de sua prorrogação, ou seja, assim, não há como negar que a permissão deva obedecer também um prazo determinado.

Antigamente, fazia-se a distinção entre permissão simples, isto é, aquela estabelecida sem prazo, e permissão condicionada, na qual, entre outras condições, havia a fixação de prazo, o que garantia ao permissionário mais direitos. **Atualmente, como a Constituição e a Lei de Concessões e Permissões atribuíram natureza contratual ao ajuste**, não há mais como sustentar o posicionamento de que ela tem natureza jurídica de ato administrativo precário.

Em suma, permissão tem natureza jurídica de contrato de adesão, sendo-lhe aplicável o mesmo tratamento jurídico dado pela lei às concessões de serviços públicos. A execução do serviço público é remunerada por tarifa ou preço público pago pelo usuário do serviço, sendo ele desempenhado por conta e risco do permissionário. (capítulo 8, item 8.8.3, p. 234 e 235)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

A doutrina tradicional definia a permissão de serviço público como ato administrativo de características discricionárias e precárias, pelo qual a Administração delegava a particulares a prestação de serviços de utilidade pública; distintamente, portanto, do instituto afim da concessão de serviço

público, como acima estudada, que tem natureza contratual. A Constituição de 1988 tratou, porém, da **permissão de serviço público** no seu art. 175, submetendo-o, do mesmo modo que a concessão de serviços públicos, a uma indispensável licitação e, estranhamente, **a um regime contratual**.

Havia, entretanto, uma perplexidade, no inciso I do parágrafo único do referido artigo 175 da Constituição, criada pela menção ao contrato, que, à época, diante do que parecia ser uma deficiência técnica da redação, incluiria a permissão. Ora, se tanto a concessão como a permissão fossem, ambas, modalidades contratuais, não haveria distinção alguma a ser feita, e o legislador constitucional teria sido superfetatório. A única exegese constitucional razoável seria, portanto, aquela que preservasse a autonomia do instituto, enquanto ato unilateral da Administração.

Porém, toda essa construção, destinada a resgatar o instituto da permissão originária, com suas características doutrinárias tradicionais, perdeu sua razão de ser com o advento da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que, em lacônico e impreciso dispositivo (art. 40), **caracterizou-a como um “contrato de adesão”**, confirmando, assim, a sua submissão à mesma disciplina constitucional prevista para as concessões.

Não obstante a nitidez da investida, empreendida pelo legislador federal, sobre a autonomia das unidades políticas da Federação, ao forcejar a ampliação do conceito de contratação para a administração pública (CF, art. 22, XXVII), para incluir **as permissões de serviços públicos entre os contratos**, e, assim, poder submetê-las às suas normas gerais, somente uma declaração de inconstitucionalidade lograria corrigir essa situação. (capítulo XVI, item 136, p. 590)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

A permissão de serviço público está conceituada na Lei n. 8.987/95 e consiste também numa forma de delegação, instrumento por meio do qual o Poder Público, que detém a titularidade do serviço, transfere a sua prestação ao particular, que pode ser pessoa física ou jurídica, desde que demonstre capacidade para exercê-lo por sua conta e risco. Essa transferência realiza-se a título precário, **formaliza-se por contrato de adesão** e depende de prévio procedimento licitatório, não tendo modalidade específica, o que será selecionado em razão do valor do contrato (art. 2º, IV, e art. 40, ambos da Lei n. 8.987/95). (capítulo 9, item 5.3.1, p. 627-628)

Atualmente, **o ordenamento jurídico exige a sua formalização por meio de contrato**, tendo como fundamento a disposição do art. 175 da CF, que define os instrumentos de delegação de serviços e dispõe: “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” e, em seu parágrafo único, o Constituinte completa, dizendo que a “lei disporá

sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado” (grifos da autora).

[...]

Dessa forma, não resta dúvida quanto à necessidade de formalização, via instrumento de contrato, mais especificamente de contrato de adesão, que é considerado aquele em que uma das partes tem o monopólio da situação, no caso a Administração, não se admitindo à outra a discussão de cláusula contratual, esta aceita se quiser.

A celebração de um contrato administrativo exige prazo determinado de duração (art. 57, § 3º, da Lei n. 8.666/93), o que também conflita com a natureza do instituto da permissão, que ocorria sem prazo.

[...]

Dessa forma, conclui-se que, em razão da previsão legal, **não é possível desconsiderar a natureza de contrato adotada para o instituto da permissão**, devendo a avença ter prazo determinado, todavia, se caracterizado o interesse público, a Administração poderá retomar o serviço, embora não esteja dispensado do dever de indenizar. (capítulo 9, item 5.3.2., p. 628, 629 e 630)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A permissão de serviço público é referida nos arts. 21, XI e XII, e 175 da CF, que a tratam como espécie de delegação de serviços públicos. Na Lei n. 8.987/95, a permissão de serviço público mereceu apenas dois dispositivos – os arts. 2º, IV, e 40 –, aplicando-se, no mais, a disciplina da concessão.

As peculiaridades que esses dispositivos da Lei n. 8.987/05 fixam para as permissões de serviços públicos em comparação com as concessões são as seguintes: (a) o permissionário pode ser pessoa física; (b) não há referência expressa à necessidade de possuir prazo determinado; (c) não demanda necessariamente a modalidade licitatória da concorrência, devendo o procedimento cabível ser determinado nos termos da escala de valores do art. 23 da Lei n. 8.666/93; (d) **são qualificadas como contratos de adesão**; (e) são precárias e revogáveis unilateralmente; (f) não há previsão de permissões de obras públicas.

Após a promulgação da CF/88, antes mesmo da Lei n. 8.987/95, consolidou-se a opinião, contrariando a doutrina clássica, que a permissão de serviço público não seria mais um ato administrativo, **mas sim um contrato**, já que o art. 175 da Constituição trata as concessões e permissões de serviços públicos indiscriminadamente, dentro da mesma acepção contratual. **Com isso a permissão teria passado a ser, tal como a concessão, um contrato.**

O art. 2º, IV, da Lei n. 8.987/95, todavia, ao invés de aproveitar a intermediação legislativa para encerrar as discussões sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público, acabou por agravá-las ao **conceituá-la como “contrato de adesão”** precário e revogável.

Na realidade, **todo contrato administrativo já é, de certa forma, de adesão**, pois a quase totalidade das suas cláusulas não são negociadas com o particular, mas sim prefixadas na minuta contratual anexa ao edital de licitação.

[...]

A precariedade e consequente revogabilidade de alguns atos administrativos se distinguem da possibilidade de rescisão unilateral dos contratos administrativos em razão de, naqueles casos, não haver direito à indenização.

O caráter não precário dos contratos administrativos não decorre de uma suposta impossibilidade de extinção administrativa unilateral do vínculo por razões de interesse público, possibilidade presente tanto nos atos administrativos como nos contratos. (capítulo XV, item XV.4, p. 835 a 837)

Corrente 2: natureza jurídica de ato administrativo unilateral

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Segundo a doutrina, **a permissão de serviço público é o ato administrativo unilateral**, discricionário, intuitu personae e precário que realiza, mediante prévia licitação, a delegação temporária da prestação do serviço público. (capítulo 8, item 8.12.5, p. 913)

A maioria da doutrina considera a permissão de serviço público um ato administrativo unilateral. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Trata-se da orientação mais coerente** levando em consideração a natureza precária da permissão e a ausência de significativos, direitos do permissionário em face do Poder Público.

Entretanto, após a Constituição de 1988 o direito positivo brasileiro passou a tratar, **equivocadamente**, da permissão como um contrato de adesão.

[...]

Todavia, **lamentando o erro cometido pelo legislador**, autores como José dos Santos Carvalho Filho vêm admitindo que a permissão de serviço público tem natureza de contrato administrativo de adesão. É a mesma orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.491/98.

Desse modo, parece mais seguro, **para o fim específico de obter aprovação em concurso público**, seguir a visão baseada na literalidade de nossos textos normativos, e abonada pelo STF, segundo a qual a permissão de serviço

público é contrato administrativo de adesão. (capítulo 8, item 8.12.5.1, p. 913, 914 e 915)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Vale notar que o parágrafo único deste artigo, ao estabelecer que "a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação(...)", pode levar pessoas menos habilitadas em Direito a supor que ambas as figuras têm natureza contratual. O intérprete assisado, entretanto, percebe, de imediato, que o constituinte simplesmente expressou-se com impropriedade, incidindo, por descuido redacional, em erro grosseiro. E dizer: **vê-se, de logo, que não pode ter pretendido atribuir à permissão de serviço público - ato unilateral que é - o caráter de contrato**. Com efeito: **se a permissão fosse um contrato, desapareceria como figura autônoma. Seria pura e simplesmente uma concessão de serviço público!** (capítulo IX, item I, p.537, nota de rodapé 1)

Corrente 3: natureza jurídica de ato administrativo unilateral ou de contrato

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Permissão, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público.

O seu objeto é a utilização privativa de bem público por particular ou a execução de serviço público.

Contudo, há que se ter presente que o artigo 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal permite a interpretação de que tanto a concessão como a permissão de serviços públicos são contratos; e a Lei no 8.987, de 13-2-95 (que regula as concessões e permissões de serviços públicos) faz referência à permissão como contrato de adesão, com o traço da precariedade. Paralelamente, algumas leis ainda falam em permissão de serviço público como ato administrativo e não como contrato; é o caso, por exemplo, do artigo 118, parágrafo único, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei no 9.472, de 26-12-96). **Vale dizer que, pela legislação atualmente em vigor, a permissão de serviço público aparece ora como ato unilateral, ora como contrato**. Assim sendo, o conceito de permissão adotado neste item limita-se às hipóteses em que a permissão de serviço público constitui ato unilateral.

A permissão de serviço público como contrato administrativo é tratada no Capítulo 8.” (capítulo 7, item 7.10.1.4, p. 518)

Importa, em primeiro lugar, distinguir concessão e **permissão, podendo-se adiantar que esta, doutrinariamente, não tem natureza contratual**, sendo tratada neste capítulo para permitir a adequada diferenciação dos institutos e **pelo fato de o artigo 175 da Constituição Federal ter uma redação que permitiu a conclusão de tratar-se de contrato; como tal, foi a permissão tratada na Lei nº 8.987/95.**

A permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.

[...]

Relativamente à permissão de serviço público, as suas características assim se resumem:

1. **é contrato de adesão**, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (em conformidade com o art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição, e do art. 40 da Lei nº 8.987/95), embora tradicionalmente seja tratada pela doutrina como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, intuitu personae.

[...]

Daí as permissões com prazo, que desnaturam o instituto; e daí, também, o fato de já haver quem impugne o caráter de permissão de determinados atos que a lei assim denomina (cf. Meirelles Teixeira, in RDP 6/100 e 7/114) e até quem pregue, por sua inutilidade, a extinção do instituto (cf.

Ivan Barbosa Rigolin, 1988:639-644). Talvez por isso **a Constituição, no artigo 175, parágrafo único, inciso I, refira-se à permissão como contrato**, embora com uma redação que enseja dúvidas de interpretação.

A Lei nº 8.987/95 referiu-se à permissão em apenas dois dispositivos: no artigo 2º, inciso IV, e no artigo 40, pelos quais se verifica que **a permissão é definida como contrato de adesão**, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (**melhor seria que, em vez de falar em revogação, que se refere a atos unilaterais, o legislador tivesse falado em rescisão, esta sim referente a contratos; o emprego errôneo do vocábulo bem revela as incertezas quanto à natureza da permissão.**)

[...]

A forma pela qual foi disciplinada a permissão (se é que se pode dizer que ela foi disciplinada) pode tornar bastante problemática a utilização do instituto ou, pelo menos, possibilitar abusos, por ensejar o uso de meios outros de licitação, que não a concorrência, sob pretexto de precariedade da delegação, em situações em que essa precariedade não se justifique. (capítulo 8, item 8.8.1.3.3, p. 643, 644, 645 e 646)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A definição padece de inúmeros defeitos. Prefere-se afirmar que **permissão é o contrato administrativo** de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimento amortizáveis em prazo mínimo de tempo. (p. 412)

A disputa não comporta solução satisfatória. **Haverá casos em que a permissão de serviço público será um ato administrativo unilateral. Em outras situações, terá natureza contratual.** A identificação da existência ou não de um contrato depende do exame da disciplina normativa adotada em concreto para cada caso. Haverá contrato quando existir a participação da vontade privada na formação do ato jurídico de permissão. Em outros casos, o conteúdo do ato de permissão será determinado exclusivamente pela Administração Pública ainda que possa ser necessária uma manifestação de vontade própria do particular em momento posterior, como requisito de aperfeiçoamento da relação jurídica.

A natureza contratual da permissão se evidencia, de modo específico, pela obrigatoriedade de uma licitação para sua outorga. Isso significa, usualmente, que o conteúdo da permissão será determinado pela proposta selecionada como vencedora. Quando assim se passar, o ato jurídico resultante terá natureza contratual, precisamente porque terá existido uma "proposta" do particular, que foi "aceita" pela Administração. Em suma, o ato jurídico final será o resultado da conjugação de vontades entre Administração e particular tal como se passa, aliás, nos contratos administrativos em geral (cujo conteúdo é resultado de um procedimento licitatório similar). (p. 412)

Conclusão

Natureza jurídica da permissão de serviço público

Corrente 1: natureza jurídica de contrato administrativo (MC; RCRO; DCJ; MA e VP)

Corrente 1.1: natureza jurídica de contrato administrativo de adesão (OM; JSCF)

Corrente 1.2: natureza jurídica de contrato de adesão (IPN; DFMN; FM; ASA)

Corrente 2: natureza jurídica de ato administrativo unilateral (AM; CABM)

Corrente 3: natureza jurídica de ato administrativo unilateral ou de contrato (MSZDP; MJF)

DIVERGÊNCIA 061 - Existência de distinções entre permissão e concessão de serviço público

Corrente 1: aponta a existência de distinções entre permissão e concessão de serviço público

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Em face disto, será necessário digredir um pouco sobre tal instituto, antes de examinar o tratamento grotesco, teratológico, que lhe dispensou a Lei 8 .987. [...]

Dita precariedade significa, a final, que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-la, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público o aconselhem, sem obrigação de indenizar o permissionário. **Esta última característica, aliás, é apontada como grande ponto de antagonismo entre a permissão e a concessão de serviço público**, na qual o Poder Público também pode, por igual fundamento, alterar ou eliminar o vínculo que travara com o concessionário, ficando, todavia, assujeitado a indenizá-lo pelos agravos econômicos que destarte lhe cause.

Ocorreu, entretanto, que, conforme reiteradamente averbamos em edições anteriores deste livro e tal como já o havíamos feito em trabalho monográfico mais antigo, o **uso da permissão, entre nós, vem sendo desnaturado**.

[...]

Sem embargo, ao invés de encaminhar-se para esta solução natural, o Poder Público ou manteve a permissão com suas características típicas, em despeito (ou até por causa) dos malefícios aludidos, ou, então, para evitá-los, trilhou, algumas vezes, o esdrúxulo caminho de simplesmente fixar um prazo para as sobreditas permissões, retirando do instituto sua característica nuclear. **Esta contradição, evidentemente, só pode existir quando se faz uso impróprio da permissão** e bem revela que se trata de instituto prestante apenas para situações efêmeras, transitórias ou enfrentáveis a título precário para acudir eventualidades contingentes, até regular solução delas.

Justamente em face de tal realidade, muitos doutrinadores ressaltam que pode ocorrer de surgirem atos denominados como permissões, porém concedidos a prazo certo ou com condicionamentos à faculdade de revogação. Diante de hipóteses do gênero, os estudiosos dividem-se nas seguintes orientações:

a) Uns entendem que, em tais casos, da designação permissão não se pode depreender precariedade, pois tratar-se-á de um contrato, como o disse o eminente José Horácio Meirelles Teixeira, ou consideram que, **em havendo**

prazo, é imprópria a designação adotada para a relação jurídica e os efeitos do ato irão equiparar-se ou quase equiparar-se aos de uma concessão, opinião sustentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **opinião de que também compartilhamos.**
[...]

Para complicar, ainda mais, um quadro jurídico já confuso, desde a Constituição de 1988, intérpretes desavisados passaram a entender que a permissão de serviços públicos adquiriu natureza contratual, circunstância, esta, que, naturalmente, **viria a engendrar uma identificação entre tal instituto e a concessão de serviços públicos no que cada qual tem de mais significativo.**

Dita conclusão rebarbativa foi extraída da defeituosa redação do art. 175, I, no qual a palavra "contrato" é utilizada indistintamente, de modo a abranger ambos os institutos. Esta linguagem infeliz não pode ter sido senão uma impropriedade redacional, **pois, se o texto nominou dois institutos, é claro que os acolheu como entidades jurídicas distintas.**

Logo, não se pode reputar embutido em tal texto o propósito de parificá-los justamente naquilo que tem sido proposto como determinante de suas recíprocas contraposições e apresentado como da essência de cada qual: a unilateralidade e precariedade da permissão e, inversamente, na concessão, a contratualidade, que traz consigo, conaturalmente, a oferta de segurança patrimonial ao concessionário no atinente aos investimentos, amortização deles e auferimento da remuneração do capital invertido. Onde, afirmada a contratualidade de ambos, disto teria de advir, inevitavelmente, sua parificação no que concerne ao teor da vinculação recíproca entre o Poder Público e sua contraparte, pena de a expressão "contrato" converter-se em um flatus vocis.

Pois bem, foi perante este panorama confrangedor e à vista de tantos desconcertos que a Lei 8.987, ao invés de tomar uma posição clara e definida em relação ao instituto da permissão, atribuindo-lhe uma caracterização certa-isto é, como ato unilateral e precário, ou, inversamente, como contrato-, **optou por tentar conciliar o inconciliável e instaurou o caos mais absoluto.**

[...]

Dada a irremissível contradição existente no dispositivo sub examine, **estamos em que a solução há de ser a que deriva da natureza do instituto; aquela que lhe é tradicionalmente reconhecida, isto é, a de ato unilateral e precário,** significando este último qualificativo que, em sendo encerrada a permissão por decisão do permitente, não há direito à indenização.

Outro não poderia ser seu significado, pois, quanto à possibilidade de **extinção prematura de um vínculo, o mesmo se passa com a concessão de serviço público e nem por isto é qualificável como precária.** Por outro lado, entretanto, ato administrativo algum pode ser praticado senão tendo por fundamento um interesse público real que o supedaneie. E o mesmo, portanto, se passará com a permissão. Fora daí, o ato extintivo será nulo.

O parágrafo único do dispositivo em causa indica que à permissão aplica-se o disposto na lei; lei, esta, que rege basicamente a concessão. **Se fora para em tudo e por tudo igualar-se à concessão, não haveria dois institutos, mas um só.** Assim, haver-se-á de entender que o que há de errado no art. 40 é a menção a contrato – sobretudo com este ridículo apêndice: "de adesão" –, e não a referência ao seu caráter precário. Segue-se que não pode haver espaço para permissões a prazo, pois, fixado este, nos casos de encerramento prematuro do vínculo sem que o permissionário haja dado causa ao ato extintivo, irromperá inevitavelmente o direito à indenização.

Esta é, segundo nos parece, a solução de direito.

[...]

De fora parte estes aspectos discutidos e que se radicam precisamente nos pontos diferenciais entre concessão e permissão, no mais, consoante dispõe o precitado parágrafo único do art. 40 da Lei 8.987, à permissão aplicam-se as normas da referida lei; com uma ou outra adaptação correspondente a estes mesmos pontos diacríticos. (capítulo XII, item XII, p. 782 a 793)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Permissão e concessão sempre foram conceitos distintos perante legislação, doutrina e jurisprudência. **Tradicionalmente, afirmava-se que a permissão consiste em ato unilateral, precário e revogável a qualquer tempo, praticado no desempenho de competência discricionária. Já a concessão seria ato bilateral, gerando direitos e obrigações para ambas as partes.**

[...]

Isso não significa que concessão e permissão tenham-se tornado institutos idênticos. Continuam a existir diferenças marcantes e nítidas entre as duas figuras. (p. 412)

Corrente 1.1: aponta a existência de duas distinções entre permissão e concessão de serviço público

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Ante a Lei nº 8.987/95, a diferença entre concessão e permissão de serviço público situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da

concessionária; **a permissão supõe média ou curta duração.** (capítulo 14, item 14.7, p. 327)

Corrente 1.2: aponta a existência de três distinções entre permissão e concessão de serviço público

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Considera-se concessão de serviço público, de acordo com a definição encontrada no art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95:

- 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.** (capítulo 8, item 8.8.2, p. 224)

Atualmente, permissão de serviço público é, em definição contida no art. 2º, IV, da Lei nº 8.987/95:

- a delegação, **a título precário**;
- mediante licitação;
- da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente; e
- **à pessoa física** ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Em comparação com definição do mesmo artigo de concessão, pode-se observar **que no conceito de permissão não é especificada a modalidade de licitação cabível**, concluindo-se que ela admite qualquer das modalidades, desde que sejam adequadas ao perfil do serviço que se queira delegar; **há a possibilidade de transferência do exercício do serviço à pessoa física**, além da jurídica; **e a lei não fala, neste caso, em prazo determinado**, muito embora ele esteja pressuposto em outras passagens. (capítulo 8, item 8.8.3, p. 234)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Importa, em primeiro lugar, **distinguir concessão e permissão, podendo-se adiantar que esta, doutrinariamente, não tem natureza contratual**, sendo tratada neste capítulo para permitir a adequada diferenciação dos institutos e pelo fato de o artigo 175 da Constituição Federal ter uma redação que permitiu a conclusão de tratar-se de contrato; como tal, foi a permissão tratada na Lei nº 8.987/95.

[...]

A diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; **e na precariedade** existente na permissão e não na concessão.

[...]

Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trata de permissão de uso de bem público (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará, sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com prazo estabelecido.

[...]

A Lei nº 8.987/95 referiu-se à permissão em apenas dois dispositivos: no artigo 2º, inciso IV, e no artigo 40, pelos quais se verifica que **a permissão é definida como contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente** (melhor seria que, em vez de falar em revogação, que se refere a atos unilaterais, o legislador tivesse falado em rescisão, esta sim referente a contratos; o emprego errôneo do vocábulo bem revela as incertezas quanto à natureza da permissão).

A primeira e a última características apontadas não servem para distinguir a permissão da concessão, porque todos os contratos administrativos são de adesão e passíveis de rescisão unilateral pela Administração Pública. **A precariedade poderá servir para distinguir a permissão da concessão, desde que seja entendida como contrato sem prazo estabelecido.** Trata-se de exceção à regra do artigo 57, § 3º, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, que veda os contratos com prazo de vigência indeterminado (v. Di Pietro, 1999:118-122).

Outra distinção é que a lei no inciso IV do artigo 2º, ao definir a permissão, **não fez referência à concorrência como modalidade de licitação obrigatória**, ao contrário do que ocorre no inciso II, relativo à concessão.

Ainda outra distinção: **a concessão de serviço público só pode ser feita a pessoa jurídica** (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95), **enquanto a permissão de serviço público pode ser feita a pessoa física ou jurídica** (inciso IV do mesmo dispositivo legal). (capítulo 8, item 8.8.1.3.3, 634, 643, 645 e 646)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Seguindo o entendimento majoritário da doutrina acerca da matéria, no sentido de que a permissão de serviços tem natureza contratual e que, nos termos da lei, devem-lhe ser aplicadas, no que couber, as regras atinentes à concessão de serviços públicos, deve-se analisar quais as diferenças entre a concessão de serviços públicos e permissão de serviços públicos.

Neste sentido, são apontadas pela doutrina 3 (três) diferenças a serem observadas entre os contratos regidos pela lei 8987/95 que podem ser resumidas no quadro sinóptico abaixo. (capítulo 10, item 8, p. 713-714)

1. Modalidade Licitatória	A concessão de serviços públicos deverá ser precedida de licitação, na modalidade concorrência e a permissão admite outras modalidades de licitação, dependendo do valor contratado.
2. Contratado	A concessão somente é celebrada com Pessoas Jurídicas ou com consórcios de empresas, ao passo que a permissão de serviços públicos pode ser celebrada com Pessoa Física ou Pessoa Jurídica.
3. Autorização Legislativa	A concessão depende de autorização legislativa expressa para sua celebração e a permissão dispensa lei específica, salvo algumas permissões de natureza especial.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Com efeito, a concessão comum é **contrato administrativo** de concessão de serviços públicos ou de obras públicas, por meio do qual a Administração Pública delega, **por prazo determinado**, a prestação de serviços públicos, mediante licitação, **na modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica **ou consórcio de empresas** que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, mediante remuneração paga, em regra e sob a forma de tarifa, pelo usuário. (capítulo VI, item 6.1, p. 231)

Permissão de serviço público é um contrato, formalizado como **contrato de adesão**, através do qual a Administração delega, **a título precário e**

revogável, e mediante licitação, a prestação de serviços públicos à **pessoa física** ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. (capítulo VI, item 6.2, p. 232)

Corrente 1.3: aponta a existência de quatro distinções entre permissão e concessão de serviço público

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Concessão	Permissão
Caráter mais estável.	Caráter mais precário (ainda que não exista na prática em razão da formalização por contrato, mas na lei o termo é expresso).
Exige autorização legislativa.	Não exige autorização legislativa, em regra.
Licitação só por concorrência.	Licitação por qualquer modalidade.
Para pessoas jurídicas ou consórcio de empresas.	Para pessoas jurídicas ou físicas.

Apesar dessas diferenças formais apresentadas, e em razão dos problemas na previsão legal, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em sede de cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1.491, em que se discute a questão relativa à forma de delegação do serviço móvel celular, prevista na Lei n. 9.295/96, decidindo pela não suspensão da norma, pelo indeferimento da liminar, com maioria de seis votos a cinco, no sentido de que o art. 175, parágrafo único, da CF, **afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual.**

Assim, o STF, apesar de toda divergência existente sobre o assunto, considerou que atualmente a concessão e a permissão de serviços públicos têm a mesma natureza jurídica: o contrato administrativo (Informativo 117 do STF). (capítulo 9, item 5.3.3, 630-631)

Corrente 1.4: aponta a existência de seis distinções entre permissão e concessão de serviço público

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

As peculiaridades que esses dispositivos da Lei n. 8.987/05 fixam para as permissões de serviços públicos em comparação com as concessões são as seguintes: (a) **o permissionário pode ser pessoa física**; (b) **não há referência expressa à necessidade de possuir prazo determinado**; (c) **não demanda necessariamente a modalidade licitatória da concorrência**, devendo o procedimento cabível ser determinado nos termos da escala de valores do art. 23 da Lei n. 8.666/93; (d) **são qualificadas como contratos de adesão**; (e) **são precárias e revogáveis unilateralmente**; (f) **não há previsão de permissões de obras públicas**. (capítulo XV, item XV.4, p.835 e 836)

Corrente 1.5: aponta a existência de sete distinções entre permissão e concessão de serviço público

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Como se nota, a comparação entre os institutos da concessão e da permissão de serviço público é uma preocupação permanente da doutrina. As diferenças mais notáveis são:

- a) **quanto à natureza jurídica: a concessão é contrato bilateral; a permissão é unilateral;**
- b) **quanto aos beneficiários: a concessão só beneficia pessoas jurídicas; a permissão pode favorecer pessoas físicas ou jurídicas;**
- c) **quanto ao capital: a concessão pressupõe maior aporte de capital; a permissão exige menor investimento;**
- d) **quanto à constituição de direitos: a concessão constitui o concessionário em direitos contra o poder concedente; a permissão não produz esse efeito;**
- e) **quanto à extinção unilateral: sendo extinta antecipadamente, a concessão enseja direito à indenização para o concessionário; a permissão, devido ao caráter precário, autoriza o Poder Público a extinguir unilateralmente o vínculo, sem ocasionar ao permissionário direito à indenização;**

- f) quanto à licitação: a concessão depende de licitação na modalidade concorrência pública; a permissão pode ser outorgada mediante licitação em qualquer modalidade;
- g) quanto à forma de outorga: a concessão de serviço público se dá por meio de lei específica; a permissão depende de simples autorização legislativa. (capítulo 8, item 8.12.5.2, 916-917)

Corrente 2: aponta a inexistência de distinções entre permissão e concessão de serviço público

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Entretanto, a Lei nº 8.987/1995, de modo surpreendente e equivocado, atribuiu à permissão de serviço público a natureza de contrato de adesão (art. 40), provocando justificável confusão sobre essa forma de delegação. **Com essa fisionomia, atualmente inexistente, na prática, distinção entre a concessão e a permissão de serviço público.** De qualquer modo, mencionaremos os frágeis pontos distintivos ao comentarmos adiante a natureza das permissões. Parece-nos ter sido infeliz a qualificação da permissão como contrato, feita pelo art. 175, parágrafo único, I, da CF, e pela Lei nº 8.987/1995. De um lado, inexistiu razão plausível para tanto e, de outro, porque, ao invés de elucidar, veio a criar enorme e injustificável confusão, o que atrita com o caráter científico do direito. (capítulo 8, item III, subitem 4.2, p. 714-715)

Com o advento da Lei nº 8.987/1995, porém, ficou quase impossível identificar qualquer diferença entre os institutos. Analisando o art. 40 da Lei, que atribuiu à permissão o caráter de contrato de adesão, muitos autores se insurgiram contra tal caracterização, considerando-a um equívoco e uma contradição do legislador.¹³⁷ Seja como for, a lei foi peremptória quanto à natureza jurídica da permissão, de modo que, com toda a sua errônea e as críticas que merece, não há como deixar de considerá-la de caráter contratual. [...]

Perpassando o texto legal relativo às definições dos institutos (art. 2º, II e IV), **deparamo-nos com dois pequenos (e insignificantes) pontos distintivos, mas únicos, segundo nos parece**, para traçar a linha demarcatória.

Primeiramente, enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica. Extraí-se, portanto, que não há concessão com pessoa física, nem permissão com consórcio de empresas. A diferença, pois, se encontra na natureza do delegatário, o que, deve registrar-se, é de uma irrelevância a toda a prova.

Em segundo lugar, consta no conceito de permissão (art. 2º, IV) que esse ajuste estampa delegação a título precário, ressalva que não se encontra na definição do negócio concessional (art. 2º, II). Parece, assim, que o legislador considerou a permissão (mas não a concessão) como dotada de precariedade, qualidade, aliás, que também consta do art. 40 da Lei. Mas, o que será essa precariedade, não existente para a concessão e atribuída somente à permissão? A resposta é praticamente impossível. Precariedade é um atributo indicativo de que o particular que firmou ajuste com a Administração está sujeito ao livre desfazimento por parte desta, sem que se lhe assista direito à indenização por eventuais prejuízos.

Não cremos que essa seja a situação jurídica do permissionário diante do contrato que celebrou com o Poder Público visando à execução de serviço público. A conclusão, diga-se de passagem, emana do próprio art. 40, parágrafo único, da Lei, que admite a incidência na permissão de regras inerentes à concessão. Ora, como em relação a esta, o desfazimento unilateral do contrato pela Administração por razões de interesse público a obriga a indenizar o concessionário, o mesmo é de se esperar que ocorra com o permissionário, que, afinal, está prestando o mesmo serviço público que o concessionário poderia executar. Portanto, não está na ausência do direito indenizatório a precariedade apontada na lei.

[...]

Por conseguinte, a ressalva “a título precário” não traduz marca distintiva convincente.

Poder-se-ia objetar com o fato de que a lei considerou a permissão contrato de adesão, o que não fez em relação ao pacto concessional. Mas a objeção não seria aceitável. O contrato de adesão se caracteriza pelo fato de que uma das partes já apresenta à outra previamente a completa pactuação do ajuste, impedindo a existência da pré-negociabilidade entre elas. Ora, a adesão, de fato, incide tanto para o concessionário quanto para o permissionário, vez que, no curso da licitação, já estarão predefinidas várias cláusulas do futuro contrato, não somente no edital, como na própria minuta do contrato, disponível ao momento do procedimento licitatório. E a tais cláusulas prefixadas não resta ao concessionário ou permissionário senão aderir.

Por tudo quanto foi exposto, não fica difícil concluir como estão mal disciplinados os institutos. **Tão difícil quanto identificar alguma diferença de relevo entre eles.** Até mesmo o sentido adotado anteriormente, de que a concessão se destinaria a serviços públicos que implicassem investimentos mais vultosos, enquanto a permissão seria apropriada para delegação de serviços menos dispendiosos – até mesmo essa anterior distinção, repita-se, fica hoje comprometida diante da disciplina normativa vigente.

Realmente, como concluiu o mais alto Pretório, é mais lógico admitir-se que entre a permissão e a concessão não mais se vislumbrem diferenças do que tentar identificar pontos distintivos

incongruentes, inócuos e não convincentes. (capítulo 8, item IV, subitem 3, p. 776, 777, 778 e 779)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Atualmente, no entanto, a distinção entre as duas modalidades de delegação de serviços públicos, nos moldes acima citados, não pode subsistir, especialmente pela contratualização da permissão de serviço público. O art. 175, caput e parágrafo único, inciso I, da CRFB exige a realização de licitação para formalização da concessão e permissão de serviços públicos e afirma o caráter contratual da delegação. O caráter contratual da permissão de serviço público foi corroborado pelo art. 40 da Lei 8.987/1995, que define a permissão “contrato de adesão”.

[...]

Verifica-se, no entanto, que as diferenças formais, retiradas da interpretação literal da Lei de Concessões, não são suficientes para estabelecer a distinção entre concessão e permissão, especialmente pelas características comuns desses institutos jurídicos: a) são formalizados por contratos administrativos; b) servem para o mesmo fim: delegação de serviços públicos; e c) submetem-se ao mesmo regime jurídico (o art. 40, parágrafo único, da Lei 8.987/1995 prevê a aplicação das normas, que tratam das concessões, às permissões).

[...]

Entendemos que a precariedade não pode ser um critério diferenciador entre a concessão e a permissão. A extinção dos negócios jurídicos antes do termo final pode suscitar o direito à indenização do particular, ainda que não existam bens reversíveis, tendo em vista os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da confiança legítima. **Por esta razão, não existem diferenças substanciais entre a concessão e a permissão de serviços públicos.** (capítulo 11, item 11.2.3, p. 316 e 317)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Em face desse quadro normativo, **é acertado asseverar que, atualmente, o regramento jurídico aplicável às permissões de serviços públicos é praticamente o mesmo a que se submetem as concessões. As poucas diferenças são, em sua maioria, meramente acadêmicas, sem repercussão efetiva no respectivo regime jurídico.** Aliás, em determinada oportunidade, o Supremo Tribunal Federal chegou ao ponto de afirmar, de passagem, que a Constituição de 1988, por força do inciso I do parágrafo único do seu art. 175, “afastou qualquer distinção conceitual entre

permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta”.

Por essa razão - estarem as concessões e permissões de serviços públicos sujeitas a regimes jurídicos em quase tudo igualados -, **quando fizermos referência, neste capítulo, a "concessões", será ela extensiva às permissões de serviços públicos**, a menos que explicitemos eventual ressalva.

[...]

Abaixo, apresentamos quadro comparativo com as principais características das concessões e das permissões de serviços públicos, conforme descritas na Lei 8.987/1995. (capítulo 11, item 7.1, p. 833 e 836)

Delegação da prestação de serviço público permanecendo a titularidade com o poder público (descentralização por colaboração).	Delegação da prestação de serviço público permanecendo a titularidade com o poder público (descentralização por colaboração).
Prestação do serviço por conta e risco da permissionária, sob fiscalização do poder concedente. Obrigação de prestar serviço adequado, sob pena de intervenção, aplicação de penalidades administrativas ou extinção por caducidade.	Prestação do serviço por conta e risco da permissionária, sob fiscalização do poder concedente. Obrigação de prestar serviço adequado, sob pena de intervenção, aplicação de penalidades administrativas ou extinção por caducidade.
Sempre precedida de licitação, na modalidade concorrência.	Sempre precedida de licitação. Não há determinação legal de modalidade específica.
Natureza contratual.	Natureza contratual; a lei explicita tratar-se de contrato de adesão.
Prazo determinado, podendo o contrato prever sua prorrogação, nas condições nele estipuladas.	Prazo determinado, podendo o contrato prever sua prorrogação, nas condições nele estipuladas.
Celebração com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, mas não com pessoa física.	Celebração com pessoa física ou jurídica; não prevista permissão a consórcio de empresas.
Não há precariedade.	Delegação a título precário.
Não é cabível revogação do contrato.	Revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Com a Constituição de 1988, o direito positivo desligou-se da tradição doutrinária e, exorbitantemente, **assimilou a permissão de serviços públicos à concessão** (CF, art. 175, parágrafo único, I), mantendo-se, todavia, parcialmente intacta a permissão, enquanto ato unilateral hábil para instrumentar a transferência precária da utilização de bens públicos. (capítulo XI, item 80.1.3, p. 388)

Havia, entretanto, uma perplexidade, no inciso I do parágrafo único do referido artigo 175 da Constituição, criada pela menção ao contrato, que, à época, diante do que parecia ser uma deficiência técnica da redação, incluiria a permissão. **Ora, se tanto a concessão como a permissão fossem, ambas, modalidades contratuais, não haveria distinção alguma a ser feita**, e o legislador constitucional teria sido superfetatório. A única exegese constitucional razoável seria, portanto, aquela que preservasse a autonomia do instituto, enquanto ato unilateral da Administração.

Porém, toda essa construção, destinada a resgatar o instituto da permissão originária, com suas características doutrinárias tradicionais, perdeu sua razão de ser com o advento da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que, em lacônico e impreciso dispositivo (art. 40), caracterizou-a como um “contrato de adesão”, **confirmando, assim, a sua submissão à mesma disciplina constitucional prevista para as concessões.**

[...]

Ainda assim, a violenta investida à tradicional doutrina felizmente foi parcial, atingindo apenas as permissões de serviços públicos; remanescendo, portanto, intocadas, com sua natureza tradicional de atos administrativos precários, as modalidades tradicionais da permissão de obra pública e da permissão de uso de bem público, sob as definições e regramentos que lhes atribuírem os legisladores estaduais e municipais da Federação. (capítulo XVI, item 136, p. 590 e 591)

Conclusão

Existência de distinções entre permissão e concessão de serviço público

Corrente 1: aponta a existência de distinções entre permissão e concessão de serviço público (CABM; MJF)

Corrente 1.1: aponta a existência de duas distinções entre permissão e concessão de serviço público (OM)

Corrente 1.2: aponta a existência de três distinções entre permissão e concessão de serviço público (IPN; MSZDP; MC; DCJ)

Corrente 1.3: aponta a existência de quatro distinções entre permissão e concessão de serviço público (FM)

Corrente 1.4: aponta a existência de seis distinções entre permissão e concessão de serviço público (ASA)

Corrente 1.5: aponta a existência de sete distinções entre permissão e concessão de serviço público (AM)

Corrente 2: aponta a inexistência de distinções entre permissão e concessão de serviço público (JSCF; RCRO; MA e VP; DFMN)

DIVERGÊNCIA 062 - Possibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público

Corrente 1: possibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Relativamente à permissão de serviço público, as suas características assim se resumem:

[...]

7.não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, **tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo**, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles (2003:382) denomina de permissão condicionada e Cretella Júnior (1972:112-113) de permissão qualificada.

Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trata de permissão de uso de bem público (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará, sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com prazo estabelecido. (capítulo 8, item 8.8.1.3.3, p. 644 e 645)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A Lei n. 8.987/95, **ao conceituar a permissão** (art. 2º, IV), não alude expressamente, ao contrário do que faz com as concessões, ao prazo determinado. **Mas a fixação de prazo constitui exigência da natureza pública do serviço** (que pressupõe a possibilidade do seu futuro retorno ao Estado) e do próprio Estado Democrático de Direito e dos princípios da Administração Pública, que republicanamente vedam que sejam conferidos a particulares benefícios contratuais que possam ser perpétuos. Ou seja, deve sempre haver um limite temporal para a permissão, finda a qual deverá se

inaugurar uma nova licitação caso a Administração não deseje prestar o serviço diretamente. (capítulo XV, item XV.4, p.839)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Outra questão a merecer nota é que, comparando as definições apresentadas pela Lei 8.987/1995, constata-se que foi textualmente averbado que as concessões de serviço público são celebradas "por prazo determinado" (art. 2º, II), ao passo que nada foi dito acerca do prazo do contrato na definição de permissão de serviços públicos (art. 2.º, IV).

Em que pese a omissão do legislador (evidentemente intencional), a verdade é que tanto os contratos de concessão quanto **os de permissão de serviços públicos devem, obrigatoriamente ser celebrados por prazo determinado**. Detalharemos essa matéria adiante, em tópico próprio. (capítulo 11, item 7.1, p. 835-836)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A questão do prazo: Também se tornou superada a distinção entre permissão e concessão fundada no aspecto do prazo. **A imposição de prazo determinado para a permissão** não altera o cenário. A extinção antecipada da concessão, por motivo de conveniência, atribui ao concessionário direito de indenização. O permissionário não tem direito a ser indenizado, como regra, se houver a extinção antecipada. Portanto, **o prazo da permissão corresponde ao limite máximo de sua vigência**, não a uma garantia de prazo mínimo. (p. 413)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Dessa forma, conclui-se que, em razão da previsão legal, não é possível desconsiderar a natureza de contrato adotada para o instituto da permissão, **devendo a avença ter prazo determinado**, todavia, se caracterizado o interesse público, a Administração poderá retomar o serviço, embora não esteja dispensado do dever de indenizar. (capítulo 9, item 5.3.2, p. 630)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A permissão pode ter prazo determinado. Não se trata evidentemente da permissão simples, mas sim da permissão condicionada, pois que o Estado, embora não obrigado, admite o exercício da atividade permitida por tempo determinado, que, em princípio, promete respeitar. É, como já dito, cláusula de autolimitação do poder permanente. Não custa lembrar, entretanto, que, mesmo tendo prazo certo, a permissão pode ser extinta antes do final, quando, por exemplo, o permitente decide retomar o serviço; nesse caso, observar-se-ão as mesmas regras aplicáveis às concessões. (capítulo 8, item IV, subitem 8.1, p. 783)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Tradicionalmente, a concessão e a permissão representavam duas hipóteses distintas de delegação negocial de serviços públicos. A doutrina e a jurisprudência costumavam apontar as seguintes distinções:

[...]

b) prazo e indenização: **a concessão, como ocorre em qualquer contrato administrativo, deveria ter prazo determinado** e a sua extinção, antes do termo final e sem culpa do concessionário, geraria direito à indenização do particular; **ao revés, a permissão não possuía, em regra, prazo determinado** e a sua revogação não gerava indenização;

[...]

Atualmente, no entanto, a distinção entre as duas modalidades de delegação de serviços públicos, nos moldes acima citados, não pode subsistir, especialmente pela contratualização da permissão de serviço público. O art. 175, caput e parágrafo único, inciso I, da CRFB exige a realização de licitação para formalização da concessão e permissão de serviços públicos e afirma o caráter contratual da delegação. O caráter contratual da permissão de serviço público foi corroborado pelo art. 40 da Lei 8.987/1995, que define a permissão “contrato de adesão”. (capítulo 11, item 11.2.3, p. 315 e 316)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Fogem também à aplicação do prazo do art. 57, caput, os contratos de concessão e o **contrato de adesão formalizador da permissão de serviço público**, pois não ensejam dispêndio financeiro por parte do Poder Público. **Aplica-se-lhes, no entanto, a proibição de prazo indeterminado** (art. 57,

§3º). A Lei nº 8.987/1995 não fixa prazo máximo de duração dos contratos de concessão e permissão de serviço.

A questão do prazo contratual deve ser vista com certa flexibilidade. Há casos que não se enquadram exatamente nas exceções, mas a aplicação rígida do caput do art. 57 poderá redundar em ônus e prejuízos para a Administração, além de afugentar licitantes e contratados. Havendo previsão de recursos financeiros e plena explicitação das consequências danosas da aplicação rígida do caput do art. 57 ao caso concreto, deve ser admitido entendimento flexível a respeito, em nome dos princípios da razoabilidade, economicidade e atendimento do interesse público. (capítulo 11, item 11.5, p.223)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Em comparação com definição do mesmo artigo de concessão, pode-se observar que no conceito de permissão não é especificada a modalidade de licitação cabível, concluindo-se que ela admite qualquer das modalidades, desde que sejam adequadas ao perfil do serviço que se queira delegar; há a possibilidade de transferência do exercício do serviço à pessoa física, além da jurídica; **e a lei não fala, neste caso, em prazo determinado, muito embora ele esteja pressuposto em outras passagens.**

Apesar da ausência de previsão de limite de prazo, a permissão deve ter prazo razoável. Neste sentido, enfatiza Egon Bockmann Moreira que as permissões não podem nem ser ad eternum, nem ter pouca ou nenhuma estabilidade. Elas devem ter “quando menos um limite fixo expressado em fórmulas de fechamento cronológico (até x anos, prorrogáveis por mais y; prazo máximo de x anos, sem ultrapassar o ano x)”. (capítulo 8, item 8.8.3, p. 234)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (MC)

Sendo assim, o prazo de sua duração, normalmente, é mais longo, inclusive com o intuito de remunerar os gastos da concessionária de serviços públicos. Ressalte-se que a desvinculação ao art. 57 da lei 8.666/93 não significa celebração do contrato de concessão de serviços por prazo indeterminado. Afinal, **a lei supramencionada determina que todo contrato administrativo tem prazo determinado.** (capítulo 10, item 6.7, p. 692)

Seguindo o entendimento majoritário da doutrina acerca da matéria, no sentido de que a permissão de serviços tem natureza contratual e que, nos termos da lei, devem-lhe ser aplicadas, no que couber, as regras atinentes à concessão de serviços públicos, deve-se analisar quais as

diferenças entre a concessão de serviços públicos e permissão de serviços públicos.

Neste sentido, são apontadas pela doutrina 3 (três) diferenças a serem observadas entre os contratos regidos pela lei 8987/95 que podem ser resumidas no quadro sinóptico abaixo. (capítulo 10, item 8, p. 613-614)

1. Modalidade Licitatória	A concessão de serviços públicos deverá ser precedida de licitação, na modalidade concorrência e a permissão admite outras modalidades de licitação, dependendo do valor contratado.
2. Contratado	A concessão somente é celebrada com Pessoas Jurídicas ou com consórcios de empresas, ao passo que a permissão de serviços públicos pode ser celebrada com Pessoa Física ou Pessoa Jurídica.
3. Autorização Legislativa	A concessão depende de autorização legislativa expressa para sua celebração e a permissão dispensa lei específica, salvo algumas permissões de natureza especial.

Corrente 2: impossibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

O parágrafo único do dispositivo em causa indica que à permissão aplica-se o disposto na lei; lei, esta, que rege basicamente a concessão. Se fora para em tudo e por tudo igualar-se à concessão, não haveria dois institutos, mas um só. Assim, haver-se-á de entender que o que há de errado no art. 40 é a menção a contrato – sobretudo com este ridículo apêndice: "de adesão" -, e não a referência ao seu caráter precário. **Segue-se que não pode haver espaço para permissões a prazo**, pois, fixado este, nos casos de encerramento prematuro do vínculo sem que o permissionário haja dado causa ao ato extintivo, irromperá inevitavelmente o direito à indenização. (capítulo XII, item XII, p. 791)

Não abordam

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Diferenças entre concessão, permissão e autorização			
	Concessão	Permissão	Autorização
Quanto à natureza	Ato bilateral (contrato administrativo)	Ato unilateral, discricionário e precário	Ato unilateral, discricionário, constitutivo e precário.
Quanto aos beneficiários	Só pessoas jurídicas	Pessoas físicas e pessoas jurídicas	Pessoas físicas e Pessoas jurídicas
Exige prévia	Exige prévia	Exige licitação em qualquer modalidade	Exige licitação em qualquer modalidade
Quanto ao prazo	Determinado	Pode ter prazo indeterminado	Pode ter prazo indeterminado
Quanto à forma de outorga	Lei específica	Autorização legislativa	Autorização legislativa
Dica especial	Na concorrência que antecede a concessão, a fase do julgamento antecede a habilitação.	É outorgada no interesse predominante da coletividade (interesse público)	É outorgada no interesse predominante do particular
Exemplos	Rodovias, telefonia fixa,	Transporte de passageiros e taxistas	Instalação de mesas de bar em calçada

	rádio, TV e empresas aéreas		

(capítulo 4, item 4.14.3, p. 584-585)

Conclusão

Possibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público

Corrente 1: possibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público (MSZDP; ASA; MA e VP; MJF; FM; JSCF; RCRO; OM; IPN; MC)

Corrente 2: impossibilidade de fixação de prazo na permissão de serviço público (CABM)

Não abordam (DCJ; DFMN; AM)

DIVERGÊNCIA 063 - Possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização

Corrente 1: possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Autorização de serviço público é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, por meio do qual a Administração Pública **faculta ao terceiro interessado a prestação de serviços públicos**. (capítulo VI, item 6.3, p. 232)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

b) autorização: **ato unilateral, discricionário, constitutivo e precário expedido para a realização de serviços** ou a utilização de bens públicos no interesse predominante do particular. Exemplos: porte de arma, mesas de bar em calçadas, bancas de jornal e autorização para exploração de jazida mineral. O art. 131 da Lei n. 9.472/97 define caso raríssimo de autorização vinculada na hipótese de autorização de serviço de telecomunicação; (capítulo 4, item 4.14.3, p. 536-537)

Nesse breve relato do processo de surgimento de um serviço público merecem destaque dois pontos fundamentais:

2) na medida em que o ordenamento jurídico define uma tarefa como serviço público, retirando-a do domínio econômico, seu exercício passa a ser vedado à livre iniciativa dos particulares, exceto se o próprio Estado delegar a prestação pelos instrumentos da concessão, permissão e **autorização de serviços públicos**. (capítulo 17, item 17.1, p. 1596)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Classicamente, mediante a permissão e **a autorização** também a Administração **transfere a execução de serviços públicos a particulares**. [...]

Quanto à autorização, de regra, permanece sua formalização por ato administrativo discricionário e precário. Em geral, pela autorização se transferem ao particular serviços de fácil execução, de regra sem

remuneração por tarifas; é o caso da autorização para conservação de praças, jardins o canteiros de avenidas, em troca da afixação de placa com o nome da empresa. **A autorização de serviço não é objeto da Lei nº 8.987/95, havendo controvérsias doutrinárias sobre seu cabimento para a transferência, a particulares, da execução de serviços públicos.** A Lei nº 12.815 de 5.6.2013 – Lei dos Portos – prevê a autorização destinada à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão (v., por exemplo, o art. 2º, XII, desta lei), o que atribui a natureza de contrato a esta hipótese de autorização. Por sua vez, a Lei nº 10.233, de 5.6.2001, com as alterações da Lei nº 12.996, de 18.6.2014, dispõe que a prestação regular de serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros deverá ser efetuada mediante autorização (art. 13, V, e), portanto, não mais no regime de permissão. (capítulo 14, item 14.7, p. 327 e 328)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Com relação à autorização de serviço público, constitui ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício. Exemplo típico é o da autorização dos serviços de energia elétrica previstos no artigo 7º da Lei nº 9.074, de 7-7-95, com redação dada pela Lei nº 13.360, de 17-7-16. (capítulo 8, item 8.8.1.3.3, p. 646-647)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Dada esta explicação, podem-se caracterizar **os autorizados de serviços públicos como os entes privados que, através de ato administrativo unilateral e precário, prestam serviços públicos**, o que geralmente ocorre quando o parceiro privado não necessita arcar com grandes desembolsos financeiros ou, como lembra Hely Lopes Meirelles, quando se trate de atender interesses “instáveis” ou “transitórios”. (capítulo XI, item 80.2.1, p. 393)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O instituto da autorização de serviços públicos é efetivado na realização de um interesse particular, não podendo, de forma alguma, prejudicar o

interesse coletivo. Formaliza-se por ato unilateral do Poder Público, discricionário e a título precário.

A doutrina é divergente sobre o assunto, pois alguns defendem a sua impossibilidade, em decorrência do interesse que protege, que é exclusivo do autorizatório, enquanto outros reconhecem a sua possibilidade, desde que utilizado em caráter excepcional, para situações de urgência ou pequenos serviços. **Essa aplicação é coerente com o atual texto constitucional, que prevê, como forma de delegação de serviços públicos, a autorização**, ao lado da concessão e da permissão. (capítulo 9, item 5.4, p. 631)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Por fim, sintetizando o que foi expendido neste tópico, julgamos ser possível **definir autorização de serviço público** como o ato administrativo discricionário mediante o qual é **delegada a um particular, em caráter precário, a prestação de serviço público** que não exija elevado grau de especialização técnica, nem vultoso aporte de capital. É modalidade de delegação para cuja outorga não se exige licitação, e sua utilização é adequada, regra geral, em casos de emergência ou em situações transitórias ou especiais, ou, ainda, quando o serviço seja prestado a usuários restritos em benefício exclusivo ou principal do próprio particular autorizado. (capítulo 11, item 9, p. 896)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Pelos paradigmas clássicos da doutrina administrativista brasileira, há três acepções para o termo “autorização” em geral (não apenas de serviços públicos):

[...]

3) Autorização de serviço público: o art. 175 não coloca a autorização como uma das espécies de delegação de serviços públicos, mas o art. 21, XI e XII, CF (competência material da União), e vários dispositivos infraconstitucionais (ex.: art. 7º, Lei n. 9.074/95) se referem a ela como uma condição da prestação de determinados serviços.

Será sobre essa última acepção – as “autorizações de serviços públicos” – que deitaremos nossa análise. A doutrina tradicional, anterior ao processo de desestatização da década de 1990, via a hipótese em basicamente três situações:

[...]

Quando leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa, pode haver duas circunstâncias: ou a atividade

em questão integra o setor, mas não é serviço público (ex.: serviços de telefonia móvel, autogeração de energia), e a autorização será então um ato de poder de polícia; ou, **caso recaia realmente sobre serviço público**, recebendo inclusive uma estrutura contratual, possivelmente com cláusulas exorbitantes, em razão da titularidade estatal da atividade,

estaremos materialmente diante, não de uma autorização, mas de uma delegação de serviço público (concessão caso haja bens reversíveis, ou, caso não os haja, permissão – cf. tópico anterior), **com o que teremos uma autorização em sentido apenas nominal, uma “autorização” contratual.**

O importante é identificar a atividade regulada: se serviço público, o consentimento da Administração Pública será concessão ou permissão, dependendo da existência ou não de bens reversíveis, respectivamente; se atividade privada, ainda que integrante de um setor onde também há serviços públicos, será autorização. **Não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a “autorização” que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público** (ou monopólio público) para ser uma atividade privada. Se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal, o instrumento que legitima a sua prestação por particulares terá necessariamente natureza contratual. É a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não vice-versa. (capítulo XV, item XV.5, p.842 e 843)

Corrente 1.1: possibilidade de prestação excepcional de serviços públicos por meio de autorização

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Já a expressão “autorização”, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

[...]

b) outra, a **de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão.** Por isto mesmo, a palavra “autorização” está utilizada também no art. 223 da Constituição. (capítulo XI, item VI, p. 715)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Não se outorga autorização de serviço público, ressalvadas hipóteses anômalas e transitórias. Admite-se tradicionalmente que o Estado edite

autorização para que particulares "desempenhem" atividades de serviço público, em tais situações. O exemplo típico é a greve ou a calamidade, em que seja necessário recorrer a particulares para o atendimento de necessidades coletivas. Por exemplo, um particular pode ser autorizado, de modo excepcional e precário, a transportar pessoas para suprir as deficiências do serviço público de transporte coletivo.

Mas essa é uma situação tão excepcional que não faria maior sentido que a Constituição a ela se referisse. Tanto é assim que o art. 175, ao disciplinar os serviços públicos, alude apenas às alternativas de prestação direta pelo Estado ou de delegação a particulares mediante concessão ou permissão. Não há referência alguma, naquela regra específica, à figura da autorização. (p. 341-342)

Corrente 2: impossibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Para parte da doutrina, somente são admitidas duas hipóteses de autorização, quais sejam a autorização de uso de bem público, sempre que um particular tiver interesse em utilizar um determinado bem público de forma especial, bem como a autorização de polícia, praticada para permitir a particulares o exercício de atividades materiais que dependem de fiscalização estatal, como ocorre, por exemplo, com a autorização para porte de arma de fogo. **Sendo assim, a autorização de serviço público não teria base constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive porque o art. 175 da Carta Magna, ao tratar da delegação de serviços públicos, o fez por meio de concessão e- permissão de serviços, somente.**

[...]

Não obstante **essa obra siga a doutrina no sentido de não haver autorização de serviços públicos no ordenamento constitucional vigente**, cumpre ressaltar que alguns doutrinadores como Helly Lopes Meirelles, admitem a delegação por autorização para serviços não essenciais, como é o caso de serviços de transportes de Vans ou táxis, mediante cobrança de tarifas dos usuários, sem ensejar, no entanto, qualquer garantia ao particular que presta o serviço dada a natureza precária do ato de delegação. (capítulo 10, item 9, p. 714)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

É certo que pode haver equívoco na rotulação dos consentimentos estatais. Cumpre, entretanto averiguar a sua verdadeira essência. **Ainda que rotulada de autorização, o ato será de permissão se alvejar o desempenho de serviço público;** ou, ao contrário, se rotulado de permissão, será de autorização se o consentimento se destinar à atividade de interesse do particular.

Além disso, há o argumento que consideramos definitivo: a Constituição Federal, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175). Parece-nos, pois, que hoje a questão está definitivamente resolvida, **no sentido de que o ato de autorização não pode consentir o desempenho de serviços públicos.**

A conclusão, desse modo, é a de considerar inaceitável a noção dos denominados serviços públicos autorizados. A atividade, quando for autorizada, há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas. (capítulo 8, item VI, p. 819)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Em nossa opinião, a autorização não representa instrumento hábil para delegação de serviços públicos, em razão dos seguintes argumentos:

- a) os instrumentos específicos de delegação de serviços públicos são a concessão e a permissão, mencionadas especificamente no art. 175 da CRFB;
- b) o art. 21, XI e XII, da CRFB elenca serviços públicos, sujeitos à concessão e à permissão, e serviços privados de interesse coletivo, prestados no interesse predominante do prestador, sujeitos à autorização;
- c) é inconcebível a afirmação de que determinado serviço público seja prestado no interesse primordial do próprio prestador, pois a noção de serviço público pressupõe benefícios para coletividade;
- d) a autorização para prestação de atividades privadas de interesse coletivo possui natureza jurídica de consentimento de polícia por se tratar de condicionamento ao exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CRFB). (capítulo 11, item 11.4, p. 558-559)

Não se posiciona

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Trata-se de categoria muito controvertida na doutrina. Dos doutrinadores que a aceitam, há apenas o consenso de que é ato

administrativo discricionário e precário. Assim, por ser ato unilateral, não demanda prévia realização da licitação. Há também uma certa tendência a admitir-se que o serviço será autorizado para que seja desempenhado no interesse do particular.

Note-se que a Lei nº 8.987/95, que regulamenta a hipótese de delegação de serviços públicos, apenas dispõe sobre “concessão” e “permissão” de serviços públicos, porquanto o dispositivo constante do art. 175 da Constituição Federal por ela disciplinado enuncia 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”.

Até o objeto e o regime do controle efetivado pelo Poder Público são controvertidos, sendo que enquanto Hely Lopes Meirelles entende que são exemplos de objeto de autorização de serviços públicos: os serviços de táxi, de despachante, de pavimentação de rua por conta dos moradores e de guarda particular de estabelecimentos e residências e justifica que o Poder Público deve conhecer e credenciar os executores, sendo a contratação do serviço uma relação de direito privado, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro não aceita que as atividades exemplificadas por Meirelles sejam serviços públicos**, pois expõe que são atividades, em face da lei, consideradas particulares, tendo em comum com os serviços públicos apenas o fato de atenderem interesses gerais.

Di Pietro não aceitava, até a 18ª edição de sua obra, a possibilidade de delegação de serviço prestado ao público, pois se tratava de hipótese de serviço prestado “no interesse exclusivo do autorizatário”. **Mas passou a admitir a delegação do serviço para a execução em benefício do autorizatário**, “que não deixa de ser também de interesse público”. Na realidade, é por vezes tênue, como observa José dos Santos Carvalho Filho, a linha que divide um serviço de utilidade pública de uma atividade meramente privada.

Outro motivo justificador da decisão de acatar a modalidade pautou-se também em argumento distinto do utilizado por Meirelles: os dispositivos constantes dos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição mencionam exploração de serviços de competência da União, diretamente ou mediante “autorização, concessão ou permissão”.

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, é doutrinador que não aceita tal argumento, pois considera que as atividades contidas nos incisos XI e XII nem sempre são típicos serviços públicos. Entende que, se uma atividade é serviço público, ela deve ser prestada à coletividade por concessão ou permissão, sendo o direito público o seu regime (e não o privado, diferentemente do entendimento de Meirelles).

Para Carvalho Filho, não há autorização de serviço público, mas apenas autorização para o desempenho da atividade no interesse exclusivo ou predominante do autorizatário, ainda que traga comodidade a determinado grupo de pessoas. (capítulo 8, item 8.8.4, p. 235)

Conclusão

Possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização

Corrente 1: possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização (DCJ; AM; OM; MSZDP; DFMN; FM; MA e VP; ASA)

Corrente 1.1: possibilidade de prestação excepcional de serviços públicos por meio de autorização (CABM; MJF)

Corrente 2: impossibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorização (MC; JSCF; RCRO)

Não se posiciona (IPN)

DIVERGÊNCIA 064 - Natureza da autorização de serviço público

Corrente 1: ato administrativo unilateral, discricionário e precário

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Autorização de serviço público é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, por meio do qual a Administração Pública faculta ao terceiro interessado a prestação de serviços públicos. (capítulo VI, item 6.3, p. 232)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Com relação à autorização de serviço público, constitui ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício. Exemplo típico é o da autorização dos serviços de energia elétrica previstos no artigo 7º da Lei nº 9.074, de 7-7-95, com redação dada pela Lei nº 13.360, de 17-7-16. (capítulo 8, item 8.8.1.3, p. 646-647)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O instituto da autorização de serviços públicos é efetivado na realização de um interesse particular, não podendo, de forma alguma, prejudicar o interesse coletivo. **Formaliza-se por ato unilateral do Poder Público, discricionário e a título precário.**

A doutrina é divergente sobre o assunto, pois alguns defendem a sua impossibilidade, em decorrência do interesse que protege, que é exclusivo do autorizatório, enquanto outros reconhecem a sua possibilidade, desde que utilizado em caráter excepcional, para situações de urgência ou pequenos serviços. **Essa aplicação é coerente com o atual texto constitucional, que prevê, como forma de delegação de serviços públicos, a autorização**, ao lado da concessão e da permissão. (capítulo 9, item 5.4, p. 631)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Dada esta explicação, podem-se caracterizar **os autorizados de serviços públicos como os entes privados que, através de ato administrativo unilateral e precário, prestam serviços públicos**, o que geralmente ocorre quando o parceiro privado não necessita arcar com grandes desembolsos financeiros ou, como lembra Hely Lopes Meirelles, quando se trate de atender interesses “instáveis” ou “transitórios”. (capítulo XI, item 80.2.1, p. 393)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A autorização também é utilizada para indicar o **ato administrativo unilateral e precário** editado no exercício de competência **discrecionária** que faculta a um particular a prestação de serviço público ou o uso temporário de bem público. (p. 190)

Não se outorga autorização de serviço público, ressalvadas hipóteses anômalas e transitórias. Admite-se tradicionalmente que o Estado edite autorização para que particulares “desempenhem” atividades de serviço público, em tais situações. O exemplo típico é a greve ou a calamidade, em que seja necessário recorrer a particulares para o atendimento de necessidades coletivas. Por exemplo, um particular pode ser **autorizado, de modo excepcional e precário**, a transportar pessoas para suprir as deficiências do serviço público de transporte coletivo.

Mas essa é uma situação tão excepcional que não faria maior sentido que a Constituição a ela se referisse. Tanto é assim que o art. 175, ao disciplinar os serviços públicos, alude apenas às alternativas de prestação direta pelo Estado ou de delegação a particulares mediante concessão ou permissão. Não há referência alguma, naquela regra específica, à figura da autorização.

Outra acepção para o vocábulo autorização, referida acima, consta do art. 170, parágrafo único, da CF/1988. Ali está previsto que as atividades econômicas são desempenhadas sob regime de livre iniciativa, “independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Existe, então, outra modalidade de autorização, que se destina a remover um impedimento ao desempenho de atividades privadas, em casos em que assim for exigido por lei. **Nessas hipóteses, a autorização envolve certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado.** Quando o vocábulo for utilizado nessa acepção, a autorização não versará sobre serviço público.

Adota-se a orientação de que o art. 21, XI e XII, da CF/1988 utiliza a expressão autorização no segundo sentido. Nessas passagens, a Constituição reconhece que determinadas atividades podem constituir objeto de serviço público (prestadas diretamente pelo Estado ou delegadas a particulares mediante concessão ou permissão) como também podem ser qualificadas como atividades econômicas privadas (exploradas por particulares mediante uma autorização). (p. 341-342)

Corrente 1.1: ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Há caso raríssimo de autorização vinculada

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

b) autorização: **ato unilateral, discricionário, constitutivo e precário expedido para a realização de serviços** ou a utilização de bens públicos no interesse predominante do particular. Exemplos: porte de arma, mesas de bar em calçadas, bancas de jornal e autorização para exploração de jazida mineral. O art. 131 da Lei n. 9.472/97 define caso raríssimo de **autorização vinculada** na hipótese de autorização de serviço de telecomunicação; (capítulo 4, item 4.14.3, p. 536-537)

Nesse breve relato do processo de surgimento de um serviço público merecem destaque dois pontos fundamentais:

2) na medida em que o ordenamento jurídico define uma tarefa como serviço público, retirando-a do domínio econômico, seu exercício passa a ser vedado à livre iniciativa dos particulares, exceto se o próprio Estado delegar a prestação pelos instrumentos da concessão, permissão e **autorização de serviços públicos**. (capítulo 17, item 17.1, p. 1596)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Essa autorização descrita no § 1.º do art. 131 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), apresenta características do ato usualmente definido como licença. Esta é um ato administrativo vinculado, praticado com fundamento no poder de polícia que possibilita a todo particular que preencha os requisitos legais e regulamentares o exercício de um direito subjetivo de que seja titular. **Não se pode, porém, sustentar que aquela autorização seja, na verdade, uma licença**, que porque os serviços de telecomunicações são de titularidade exclusiva da União (CF, art. 21, XI) - dessarte, a sua exploração por particulares configura prestação indireta, que exige delegação. A licença é um ato de polícia administrativa que possibilita ao particular o exercício de um direito subjetivo concernente a uma atividade

de natureza privada, e não a uma atividade de titularidade exclusiva do poder público.

Entendemos que a autorização a que alude o § 1.º do art. 131 da LGT não é um ato de polícia equiparável à licença e sim um ato de delegação de serviço público. O legislador, contrariando a definição doutrinária tradicional, criou essa figura **uma autorização que consubstancia um ato administrativo vinculado** cujo objeto é a delegação ao particular de uma atividade exclusiva do poder público. **Não vislumbramos impedimento a que a lei assim disponha.**

[...]

Hipótese fortemente incongruente - para não dizer flagrantemente inconstitucional - surgiu com a publicação da Lei 12.996/2014, que alterou a Lei 10.233/2001, de tal sorte que esta passou a estabelecer que será feita mediante autorização a outorga da "prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura". Vale repetir: **prestação regular de tais serviços!**

A verdade é que a autorização de serviço público é frequentemente empregada em situações que desbordam daquelas advogadas pela doutrina como adequadas a tal modalidade de prestação indireta. Citamos, como derradeiro exemplo, o caso do serviço de táxi, que em muitos municípios é objeto de autorização, apesar de se tratar de um serviço disponibilizado à população em geral e não revestir, de forma alguma, caráter excepcional, emergencial ou transitório.

[...]

Por fim, sintetizando o que foi expandido neste tópico, julgamos ser possível **definir autorização de serviço público como o ato administrativo discricionário** mediante o qual é **delegada a um particular, em caráter precário, a prestação de serviço público** que não exija elevado grau de especialização técnica, nem vultoso aporte de capital. É modalidade de delegação para cuja outorga não se exige licitação, e sua utilização é adequada, regra geral, em casos de emergência ou em situações transitórias ou especiais, ou, ainda, quando o serviço seja prestado a usuários restritos em benefício exclusivo ou principal do próprio particular autorizado. (capítulo 11, item 9, p. 894, 895 e 896)

Corrente 1.2: ato administrativo discricionário e precário

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Classicamente, mediante a permissão e a **autorização** também a Administração **transfere a execução de serviços públicos a particulares.**

[...]

Quanto à autorização, de regra, permanece sua formalização por ato administrativo discricionário e precário. Em geral, pela autorização se transferem ao particular serviços de fácil execução, de regra sem remuneração por tarifas; é o caso da autorização para conservação de praças, jardins o canteiros de avenidas, em troca da afixação de placa com o nome da empresa. A autorização de serviço não é objeto da Lei nº 8.987/95, havendo controvérsias doutrinárias sobre seu cabimento para a transferência, a particulares, da execução de serviços públicos. A Lei nº 12.815 de 5.6.2013 – Lei dos Portos – prevê a autorização destinada à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão (v., por exemplo, o art. 2º, XII, desta lei), o que atribui a natureza de contrato a esta hipótese de autorização. Por sua vez, a Lei nº 10.233, de 5.6.2001, com as alterações da Lei nº 12.996, de 18.6.2014, dispõe que a prestação regular de serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros deverá ser efetuada mediante autorização (art. 13, V, e), portanto, não mais no regime de permissão. (capítulo 14, item 14.7, p. 327 e 328)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

d) Autorização – **é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário.** É o caso da autorização para exploração de jazida mineral. (capítulo VII, item XII, p. 448)

Nota-se que, no art. 21, para referir a outorga a terceiros do direito de prestar um serviço público fez uso destas três expressões. Já no **art. 175**, sua dicção é específica ao dizer que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos”. Ou seja, **neste versículo fica bastante claro que só contempla duas formas normais de outorga a terceiros de titulação para prestar serviços públicos.**

Como conciliar os preceptivos em apreço?

Revisando ponto de vista anterior, entendemos, hoje, que a **resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado.** Já a expressão “autorização”, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, **mas não propriamente serviço público**, mas serviço de interesse privado delas próprias, tal como anotamos no n. 4 e nota de rodapé 7. Aí, então, **a palavra “autorização”** foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o **ato de “polícia administrativa”**,

que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;

b) **outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público**, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra “autorização” está utilizada também no art. 223 da Constituição. (capítulo XI, item VI, p. 714 e 715)

Corrente 2: natureza contratual

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Pelos paradigmas clássicos da doutrina administrativista brasileira, há três acepções para o termo

“autorização” em geral (não apenas de serviços públicos):

[...]

3) Autorização de serviço público: o art. 175 não coloca a autorização como uma das espécies de delegação de serviços públicos, mas o art. 21, XI e XII, CF (competência material da União), e vários dispositivos infraconstitucionais (ex.: art. 7º, Lei n. 9.074/95) se referem a ela como uma condição da prestação de determinados serviços.

Será sobre essa última acepção – as “autorizações de serviços públicos” – que deitaremos nossa análise. A doutrina tradicional, anterior ao processo de desestatização da década de 1990, via a hipótese em basicamente três situações:

[...]

Quando leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa, pode haver duas circunstâncias: ou a atividade em questão integra o setor, mas não é serviço público (ex.: serviços de telefonia móvel, autogeração de energia), e a autorização será então um **ato de poder de polícia**; ou, **caso recaia realmente sobre serviço público**, recebendo inclusive uma estrutura contratual, possivelmente com cláusulas exorbitantes, em razão da titularidade estatal da atividade,

estaremos materialmente diante, não de uma autorização, mas de uma delegação de serviço público (concessão caso haja bens reversíveis, ou, caso não os haja, permissão – cf. tópico anterior), **com o que teremos uma autorização em sentido apenas nominal, uma “autorização” contratual**.

O importante é identificar a atividade regulada: se serviço público, o consentimento da Administração Pública será concessão ou permissão, dependendo da existência ou não de bens reversíveis, respectivamente; se atividade privada, ainda que integrante de um setor onde também há serviços

públicos, será autorização. **Não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a “autorização” que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público** (ou monopólio público) para ser uma atividade privada. Se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal, o instrumento que legitima a sua prestação por particulares terá necessariamente natureza contratual. É a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não vice-versa. (capítulo XV, item XV.5, p.842 e 843)

Corrente 3: ato de polícia unilateral

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Sendo assim, **os serviços autorizados**, seriam os serviços de utilidade pública, prestados por particulares, por sua conta e risco e por iniciativa própria, **consistindo a autorização em ato de polícia** para melhor fiscalização da atividade. Em qualquer caso, a autorização, **por se tratar de ato unilateral**, não deve ser precedida de procedimento licitatório. Não obstante essa obra siga a doutrina no sentido de **não haver autorização de serviços públicos** no ordenamento constitucional vigente, cumpre ressaltar que alguns doutrinadores como Helly Lopes Meirelles, admitem a delegação por autorização para serviços não essenciais, como é o caso de serviços de transportes de Vans ou táxis, mediante cobrança de tarifas dos usuários, sem ensejar, no entanto, qualquer garantia ao particular que presta o serviço dada a natureza precária do ato de delegação. (item 9, p. 714)

Não se posiciona

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Trata-se de categoria muito controvertida na doutrina. Dos doutrinadores que a aceitam, há apenas o consenso de que é ato administrativo discricionário e precário. Assim, por ser ato unilateral, não demanda prévia realização da licitação. Há também uma certa tendência a admitir-se que o serviço será autorizado para que seja desempenhado no interesse do particular.

Note-se que a Lei nº 8.987/95, que regulamenta a hipótese de delegação de serviços públicos, apenas dispõe sobre “concessão” e “permissão” de serviços públicos, porquanto o dispositivo constante do art. 175 da Constituição Federal por ela disciplinado enuncia 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”.

Até o objeto e o regime do controle efetivado pelo Poder Público são controvertidos, sendo que enquanto Hely Lopes Meirelles entende que são exemplos de objeto de autorização de serviços públicos: os serviços de táxi, de despachante, de pavimentação de rua por conta dos moradores e de guarda particular de estabelecimentos e residências e justifica que o Poder Público deve conhecer e credenciar os executores, sendo a contratação do serviço uma relação de direito privado, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro não aceita que as atividades exemplificadas por Meirelles sejam serviços públicos**, pois expõe que são atividades, em face da lei, consideradas particulares, tendo em comum com os serviços públicos apenas o fato de atenderem interesses gerais.

Di Pietro não aceitava, até a 18ª edição de sua obra, a possibilidade de delegação de serviço prestado ao público, pois se tratava de hipótese de serviço prestado “no interesse exclusivo do autorizatário”. **Mas passou a admitir a delegação do serviço para a execução em benefício do autorizatário**, “que não deixa de ser também de interesse público”. Na realidade, é por vezes tênue, como observa José dos Santos Carvalho Filho, a linha que divide um serviço de utilidade pública de uma atividade meramente privada.

Outro motivo justificador da decisão de acatar a modalidade pautou-se também em argumento distinto do utilizado por Meirelles: os dispositivos constantes dos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição mencionam exploração de serviços de competência da União, diretamente ou mediante “autorização, concessão ou permissão”.

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, é doutrinador que não aceita tal argumento, pois considera que as atividades contidas nos incisos XI e XII nem sempre são típicos serviços públicos. Entende que, se uma atividade é serviço público, ela deve ser prestada à coletividade por concessão ou permissão, sendo o direito público o seu regime (e não o privado, diferentemente do entendimento de Meirelles).

Para Carvalho Filho, não há autorização de serviço público, mas apenas autorização para o desempenho da atividade no interesse exclusivo ou predominante do autorizatário, ainda que traga comodidade a determinado grupo de pessoas. (capítulo 8, item 8.8.4, p. 235)

Não abordam

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Há controvérsia acerca da possibilidade de utilização da autorização como modalidade de delegação de serviços públicos, ao lado da concessão e da

permissão. A controvérsia se justifica em razão da falta de clareza do texto constitucional que, ao tratar, especificamente, da delegação de serviços públicos, menciona apenas a concessão e a permissão (art. 175 da CRFB), mas, em outros dispositivos, faz referência à autorização, ao lado da concessão e da permissão (art. 21, XI e XII, da CRFB).

Primeira posição: autorização pode ser considerada como instrumento de delegação de serviços públicos, em razão da sua previsão expressa no art. 21, XI e XII, da CRFB. Ao contrário da concessão e permissão, a autorização de serviços públicos é considerada como ato administrativo precário e discricionário, editado no interesse preponderante do autorizatário, sendo desnecessária a licitação. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Sylvia

Zanella Di Pietro e Marcos Juruena Villela Souto.

Segunda posição: a delegação de serviços públicos deve ser formalizada por concessão ou permissão, na forma do art. 175 da CRFB, sendo certo que **a autorização representa manifestação do poder de polícia do Estado**. Nesse sentido: Marçal Justen Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre Santos de Aragão e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em nossa opinião, a autorização não representa instrumento hábil para delegação de serviços públicos, em razão dos seguintes argumentos:

- a) os instrumentos específicos de delegação de serviços públicos são a concessão e a permissão, mencionadas especificamente no art. 175 da CRFB;
- b) o art. 21, XI e XII, da CRFB elenca serviços públicos, sujeitos à concessão e à permissão, e serviços privados de interesse coletivo, prestados no interesse predominante do prestador, sujeitos à autorização;
- c) é inconcebível a afirmação de que determinado serviço público seja prestado no interesse primordial do próprio prestador, pois a noção de serviço público pressupõe benefícios para coletividade;
- d) **a autorização para prestação de atividades privadas de interesse coletivo possui natureza jurídica de consentimento de polícia** por se tratar de condicionamento ao exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CRFB). (capítulo 11, item 11.4, p. 358-359)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Alguns autores referem-se aos chamados serviços autorizados, como é o caso de HELY LOPES MEIRELLES, para quem tais atividades servem “para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória”.

Com o respeito que nos merecem esses autores, ousamos dissentir dessa linha de pensamento. Na verdade, não há autorização para a prestação de serviço público. Este ou é objeto de concessão ou de permissão. **A autorização é ato administrativo discricionário e precário** pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou

predominante interesse, **não se caracterizando a atividade como serviço público.**

Não nos parece possível conceber dois tipos diversos de atos para o mesmo objeto. Também não nos convence que a diferença se situe na natureza do serviço público, vale dizer, se é estável ou instável, ou se é emergencial ou não emergencial, como parece pretender aquele grande mestre. Se o serviço se caracteriza como público deve ser consentido por permissão. Alguns autores exemplificam a autorização invocando a atividade de portar arma ou a de derivar água de rio público. Ora, com a devida vênia, tais atividades são realmente autorizadas, mas estão longe de considerar-se serviço público; **cuida-se, isto sim, de atividades de interesse privado, que precisam de consentimento estatal pela necessidade de ser exercido, pela Administração, o seu poder de polícia. Por isso é que o Poder Público, nesses casos, confere autorização.**

[...]

A conclusão, desse modo, é a de considerar inaceitável a noção dos denominados serviços públicos autorizados. A atividade, quando for autorizada, há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas. (capítulo 8, item VI, p. 817, 818 e 819)

Conclusão

Natureza da autorização de serviço público

Corrente 1: ato administrativo unilateral, discricionário e precário (DCJ; MSZDP; FM; DFMN; MJF)

Corrente 1.1: ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Há caso raríssimo de autorização vinculada (AM; MA e VP)

Corrente 1.2: ato administrativo discricionário e precário (CABM; OM)

Corrente 2: natureza contratual (ASA)

Corrente 3: ato de polícia unilateral (MC)

Não se posiciona (IPN)

Não abordam (MC; JSCF)

DIVERGÊNCIA 065 – Duplicidade de regime de serviço social autônomo

Corrente 1: não existe

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 (MSZDP)

Muitas dessas entidades foram criadas na vigência da Constituição de 1946, com base em autorização dada por meio de decretos-leis. **Estes não as criaram diretamente, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo**, como ocorre com as entidades da Administração Indireta. **Eles apenas atribuíram a Confederações Nacionais o encargo de fazê-lo**, tal como ocorreu com os Decretos-leis nos 4.048, de 22-1-42 (Senai), 8.621, de 10-1-46 (Senac), 9.403, de 25-6-46 (Sesi) e 9.853, de 13-9-46 (Sesc). Paralelamente, pelos mesmos decretos-leis, o Poder Público garantiu a manutenção das entidades por meio de contribuições parafiscais recolhidas pelos empregadores.

[...]

Ocorre que tem havido hipóteses de entidades criadas com a denominação de serviços sociais autônomos, porém com características diferenciadas, **por serem criadas diretamente por lei**. São exemplos: o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil (APEX-Brasil), criado pela Medida Provisória no 106, de 22-1-02, convertida na Lei no 10.668, de 14-5-03, e regulamentada pelo Decreto no 4.584, de 5-2-03; o Serviço Social Autônomo Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), criado pela Lei no 11.080, de 30-12-04, regulamentada pelo Decreto no 5.352, de 24-1-05; o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (APS), mantenedor da Rede Sarah, criado pela Lei no 4.246, de 22-10-91 regulamentada pelo Decreto no 371, de 20-12-91.

Tais entidades, embora criadas com a denominação de serviço social autônomo, fogem inteiramente às características dos modelos anteriores. É como se a simples denominação fosse suficiente para definir a natureza da pessoa jurídica. O real objetivo foi o de fugir ao regime jurídico próprio das entidades da Administração Pública Indireta.

[...]

Tais entidades melhor se enquadrariam na Administração indireta do Estado, porém usufruindo de maior grau de autonomia. (capítulo 11, item 11.4, p. 1151, 1153 e 1154)

Corrente 1.1: não existe, e enquadra as novas entidades como agências executivas, sob a forma de autarquias

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Ultimamente, foi autorizada a instituição da Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX-Brasil, com o objetivo de promover e fomentar a execução de políticas relacionadas a exportações, em cooperação com o Poder Público, particularmente quando beneficiem empresas de pequeno porte e propiciem a geração de empregos, e a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – **ABDI**, destinada a promover a execução de políticas de desenvolvimento do setor industrial. Após, foi também autorizada a instituição da Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (**ANATER**), com a finalidade de promover a execução de políticas de desenvolvimento da assistência técnica e extensão rural, em prol do desenvolvimento sustentável no meio rural.

Cumpra anotar, no entanto, que estas últimas entidades, conquanto tenham sido qualificadas nas respectivas leis como “serviços sociais autônomos”, têm regime e perfil jurídicos bem diversos dos atribuídos tradicionalmente às entidades da mesma natureza. Eis alguns aspectos distintivos: (a) nas entidades mais recentes, o Presidente é nomeado pelo Presidente da República; nas anteriores, a autoridade maior é escolhida por órgãos colegiados internos; (b) naquelas, a supervisão compete ao Poder Executivo; nestas, inexistente tal supervisão; (c) de outro lado, é prevista a celebração de contrato de gestão com o governo, o que também não existe para os serviços sociais anteriores; (d) por fim, contempla-se, para aquelas, a inclusão de dotações consignadas no Orçamento-Geral da União; os serviços sociais clássicos, todavia, não recebem recursos diretos do erário.

Na verdade, esses serviços sociais autônomos mais recentes afastaram-se do modelo clássico e mais se aproximaram do sistema da Administração Pública descentralizada. Levando em consideração seu objeto institucional, **poderiam ser corretamente enquadradas como agências executivas, sob a forma de autarquias.** No caso, acabou surgindo um regime híbrido: são típicas pessoas administrativas, embora excluídas formalmente da Administração Indireta. Esse ponto é relevante porque, se há algo indiscutível, esse é o de que os serviços sociais autônomos tradicionais não integram a Administração Pública. (capítulo 9, item VII, subitem 2.4, p. 992-993)

Corrente 1.2: não existe, e enquadra as novas entidades como modalidade de fundação pública

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Leis federais diversas autorizaram a instituição, ao longo do tempo, de entidades formalmente denominadas de “serviços sociais”. **O exemplo mais recente envolve a Agência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural – Anater**, instituída pelo Decreto Federal 8.252/2014, sob autorização da Lei Federal 12.897/2013. **Trata-se, no entanto, de entidades estatais que não se configuram como serviços sociais em sentido próprio.**

A Anater e essas outras figuras semelhantes não se confundem com os “serviços sociais autônomos”, integrantes do vulgarmente conhecido “Sistema S” (tal como o Sesi e o Sesc), que é

objeto de análise em item abaixo. O ponto diferencial reside na intensidade do controle e participação estatais. As entidades do “Sistema S”, objeto de exame mais adiante, nesse mesmo Capítulo, vinculam-se à iniciativa privada, que promove o seu custeio e desempenha a sua administração sem qualquer interferência estatal.

Já os serviços sociais impróprios são entidades administrativas cuja criação é autorizada por lei, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, geridas por administradores indicados pelo Poder Público e mantidas basicamente com recursos públicos.

O tema foi tratado doutrinariamente por diversos autores. Fernando Facury Scaff aponta a existência das duas categorias de entidades. Carvalho Filho entende que se trata de agências executivas, sob forma de autarquia. **O entendimento encontra obstáculo na personalidade de direito privado atribuída às figuras.**

Floriano Azevedo Marques Neto e Carlos Eduardo Bergamini Cunha defendem a existência de três categorias. Além dos serviços sociais autônomos propriamente ditos, existiriam duas categorias distintas. Uma delas seria integrada por entidades criadas a partir da extinção de órgãos públicos e a outra seria composta por entidades instituídas diretamente por lei (tal como a Anater, a Apex-Brasil, a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial ABDI). **Rigorosamente, ter-se-ia de reconhecer que as duas figuras apontadas são subespécies de uma mesma categoria.**

No estágio atual do pensamento doutrinário, afigura-se que os serviços sociais autônomos impróprios são uma modalidade de fundação pública. São entidades de direito privado, não orientadas ao desempenho de atividades econômicas, investidas de funções de assistência técnica e social para determinadas categorias ou setores. (p. 136)

Utiliza-se a **expressão entidades paraestatais** na falta de outra melhor e tomando em vista sua consagração pelo uso.

[...]

Na atualidade, **a expressão tem sido utilizada à falta de outra melhor para indicar uma categoria heterogênea de instituições associativas encarregadas do desempenho de serviços sociais autônomos.** Alguns exemplos são o Serviço Social da Indústria (SESI), o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), o Serviço Social do Comércio (SESC) e assim por diante. (p. 134)

Entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certos setores empresariais ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias. (p. 134)

Corrente 2: existe

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

São, segundo Hely Lopes Meirelles, serviços instituídos por lei, com personalidade jurídica de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais.

Colaboram com o Estado, no desempenho de atividades que o Poder Público dispensa especial proteção e, **para tanto, disponibiliza manifestações de seu poder de império, como a delegação da capacidade tributária ativa.** Esta compreende as funções de cobrar, arrecadar e fiscalizar as contribuições compulsórias.

É pacífico, contudo, na doutrina do Direito Tributário que a competência para criar, regular e instituir tributos do ente estatal é indelegável.

Obedecem ao regime predominante de direito privado, com derrogações de direito público tendo em vista:

- os fins institucionais de interesse público ou social dos serviços prestados;
- o fato de auferirem contribuições parafiscais; e
- o recebimento de incentivos e recursos públicos.

Os serviços sociais autônomos são processados e julgados na Justiça Estadual, conforme o teor da Súmula 516/STF: “o Serviço Social da Indústria (Sesi) está sujeito à jurisdição da justiça estadual”. (capítulo 11, item 11.2, p. 289)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Para nós, a expressão calha bem para **designar sujeitos não estatais**, isto é, de direito privado, que, em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivamente seus. **Caracterizam-se pelo fato de que o Poder Público enfaticamente os assume como colaboradores emprestando-lhes o significativo amparo de colocar a seu serviço o poder de império de que dispõe ao instituir tributo em favor deles, como ocorre justamente com os chamados serviços sociais autônomos**, circunstância esta que lhes confere uma peculiar singularidade entre os sujeitos alheios à Administração indireta que concorrem para objetivos sociais de interesse público. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello inclui no âmbito paraestatal, além destes serviços sociais autônomos, as escolas particulares reconhecidas, pois seu ensino tem validade oficial, os sindicatos e os partidos políticos, reconhecendo em todos eles serem sujeitos que “constituem-se juridicamente por ato de livre vontade e independentemente de qualquer delegação do Estado, nos termos legais por este permitido e previsto, para atuarem paralelamente a ele na consecução de fins considerados de interesse público, e para coadjuvarem seus cometimentos”. (capítulo III, item IV, p. 163)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas privadas, no mais das vezes **criadas por entidades privadas representativas de categorias econômica** (Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Confederação Nacional do Transporte, dentre outras). Embora eles não integrem a administração pública, nem sejam instituídos pelo poder público, sua criação é prevista em lei. A aquisição de sua personalidade jurídica ocorre quando a entidade privada instituidora inscreve os respectivos atos constitutivos no registro civil das pessoas jurídicas. Eles são instituídos sob formas jurídicas comuns, próprias das entidades privadas sem fins lucrativos, tais como associações civis ou fundações. (capítulo 4, item 3.1, p. 144)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Os serviços sociais autônomos são entes paraestatais, organizados para fins de amparo, de educação ou de assistência social, comunitária ou restrita a determinadas categorias profissionais, com patrimônio e renda próprios, que,

no caso da União, pode ser auferida por contribuições parafiscais, tudo obedecendo a parâmetros constitutivos instituídos por lei, que lhes confere delegação legal no campo do ordenamento social e do fomento público.

Instituídos sob modelo totalmente privado, como associações civis, os entes desta espécie se distinguem do gênero associativo civil pela delegação legal, que as vincula à prestação de serviços de interesse público no campo do ordenamento social e do fomento público social e, exclusivamente no caso da União, pela específica delegação legal para auferirem receita arrecadada impositivamente – como contribuições sociais – destinada ao custeio dos serviços delegados.

[...]

Em razão das delegações legais, os serviços sociais autônomos se caracterizam como entidades paraestatais, embora não se incluam na organização da administração indireta e, tampouco, com ela mantenham vínculos, não obstante estejam sujeitas sempre à fiscalização financeira, pela prestação de contas da receita impositiva auferida, e, eventualmente, possam gozar de privilégios legais, inclusive isenções tributárias. (capítulo XI, item 78.1, p. 381 e 382)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Serviço social autônomo é um rótulo atribuído às pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da iniciativa privada, com algumas características peculiares. Elas não prestam serviços públicos delegados pelo Estado, mas exercem atividade privada de interesse público, o que alguns doutrinadores preferem denominar serviços não exclusivos do Estado. Compõem o chamado sistema “S”.

[..]

No que tange à sua criação, são instituídos por meio de autorização legislativa, mas, **para existirem efetivamente, é também preciso que sejam criados pelas respectivas Confederações Nacionais.** (capítulo 4, item 2.1, p. 235-326)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Os Serviços Sociais Autônomos são criados por Confederações privadas (Confederação Nacional do Comércio – CNC – e da Indústria – CNI), após autorização legal, para exercerem atividade de amparo a determinadas categorias profissionais, recebendo contribuições sociais, cobradas compulsoriamente da iniciativa privada, na forma do art. 240 da CRFB. Ex.: Serviço Social da Indústria (SESI), Serviço Social do Comércio (SESC),

Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC).

As contribuições sociais destinadas aos Serviços Sociais Autônomos são instituídas pela União (art. 149 da CRFB) que exerce a fiscalização sobre tais entidades. **Isso não impede a constituição de Serviços Sociais nos Estados, DF e municípios, que seriam custeados de outras formas.** (capítulo 12, item 12.3.1, p. 383)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinadas a propiciar assistência social, médica ou ensino à população ou a certos grupos profissionais.

Não integram a Administração indireta, nem a direta. Alguns, como o Sesi, Sesc, Senai, Senac, têm seus recursos oriundos principalmente de contribuições de empresas, arrecadadas e repassadas pela Previdência Social. Outros celebram contrato de gestão com órgão da Administração direta ou convênios com entidades governamentais e privadas. São referidos como Sistema S. É necessária lei autorizadora para sua criação.(capítulo 5, item 5.7.4, p. 89)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, criadas mediante autorização legislativa e que compõem o denominado sistema “S”. O nome sistema “S” deriva do fato de tais entidades estarem ligadas à estrutura sindical e terem sempre sua denominação iniciando com a letra “S” de serviço.

[...]

Recentemente, algumas agências sociais têm sido criadas sem observar as nomenclaturas tradicionais atribuídas aos serviços sociais. É o caso da Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil, um serviço social autônomo criado para realizar a promoção comercial das exportações (art. 1º da Lei n. 10.668/2003), e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, também com natureza jurídica de serviço social autônomo instituído para promover a execução de políticas de desenvolvimento industrial (art. 1º da Lei n. 11.080/2004). Segundo José dos Santos Carvalho Filho, entretanto, as recém-criadas agências sociais possuem algumas características jurídicas diferenciadas em comparação com os serviços sociais tradicionais, tais como:

[...]

Adotando entendimento isolado, Carvalho Filho defende que as novas agências sociais teriam natureza de agências executivas sob a forma de autarquias. **A referida posição induz à conclusão inaceitável** de que a Apex-Brasil e a ABDI fariam parte da Administração Pública Indireta como pessoas autárquicas de direito público, contrariando a própria legislação instituidora dos mencionados serviços sociais. (capítulo 3, item 3.9.1, p. 400 e 404)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Finalmente, ainda dentro do tema da participação do Estado em entidades privadas, merecem destaque os serviços sociais autônomos, entidades de direito privado, instituídas por lei sob formas privadas comuns – associações ou fundações – com vistas a prestar assistência, sem fins lucrativos, a certos grupos sociais e categorias profissionais, e que são financiadas por dotações orçamentárias públicas ou por contribuições parafiscais de natureza tributária. Estamos falando sobretudo do chamado “Sistema S”, integrado por entidades como o SENAI, o SENAC, o SEBRAE, o SESC e o SESI. Trata-se de entes paraestatais, não integrantes da Administração Indireta, possuidores de administração e de patrimônio próprios e encarregados da execução de atividades legalmente consideradas de interesse público.

Entretanto, tais entes só atuam sob o amparo, inclusive financeiro, e autorização do Estado, que sobre elas possui certas ingerências. Por serem custeadas por tributos (recebem contribuições parafiscais de interesse de categorias econômicas e sociais – art. 149, caput, da Constituição), estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, devendo, ainda, observar os princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade nas suas contratações, inclusive de pessoal, mesmo que não estejam sujeitas aos estritos termos da Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93. (capítulo V, item V.11.2, p. 296 e 297)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

São as entidades criadas mediante autorização legal para realização de atividade de fomento, auxílio e capacitação de determinadas categorias profissionais, seja a indústria ou o comércio. É o chamado sistema “s” e abarca entidades como o SESI (Serviço Social da Indústria), SESC (serviço social do comércio), SENAI (serviço nacional de aprendizagem industrial), SENAC (serviço nacional de aprendizagem comercial), SENAR (serviço

nacional de aprendizagem rural), entre outras criadas por meio de autorização legislativa. (capítulo 11, item 2, p. 757)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Apesar de não pertencerem ao Estado, os serviços sociais autônomos são instituídos mediante autorização legal. **Mas para existirem dependem de atos constitutivos de iniciativa das respectivas Confederações Nacionais.** Os Decretos-leis 9.403/46 e 9.853/46, por exemplo, atribuíram, respectivamente, à Confederação Nacional da Indústria e à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criarem, organizarem e dirigirem o Serviço Social da Indústria (SESI) e o Serviço Social do Comércio (SESC). (capítulo 5, item 2, p.205)

Conclusão

Duplicidade de regime de serviço social autônomo

Corrente 1: não existe (MSZDP)

Corrente 1.1: não existe, e enquadra as novas entidades como agências executivas, sob a forma de autarquias (JSCF)

Corrente 1.2: não existe, e enquadra as novas entidades como modalidade de fundação pública (MJF)

Corrente 2: existe (IPN; CABM; MA e VP; DFMN; FM; RCRO; OM; AM; ASA; MC; DCJ)

DIVERGÊNCIA 066 – Obrigatoriedade de concurso público para admissão de pessoal nos serviços sociais autônomos

Corrente 1: não há obrigatoriedade de concurso público para admissão de pessoal nos serviços sociais autônomos

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Também pelo fato de serem entidades privadas, não integrantes do aparelho administrativo estatal, os serviços sociais autônomos **não estão obrigados a contratar por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos o seu pessoal** (empregados privados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho). **Dito de outro modo, aos serviços sociais autônomos não se aplica o inciso II do art. 37 da Carta de 1988, muito embora eles devam “manter um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal”, conforme já deixou assente o Supremo Tribunal Federais.** (capítulo 4, item 3.1, p. 145-146)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

O regime de pessoal dos que atuam nos serviços sociais autônomos é o da CLT. Esses empregados seguem o regime privado e não estão sujeitos a concurso público, conforme orienta o TCU (RO. 29600-90.2009.5.23.0000). **No que tange à questão relativa à necessidade de submissão a concurso público**, nos termos do art. 37, caput, e inciso II, da Constituição da República, a temática foi discutida no Supremo Tribunal Federal com o reconhecimento de repercussão geral (Tema n. 569); e no julgamento de mérito (decisão de 17.09.2014) a Corte decidiu que esses entes de cooperação, por possuírem natureza jurídica de direito privado e não integrarem a administração indireta, **não estão sujeitos a tal exigência, mesmo que desempenhem atividades de interesse público em cooperação com o Estado.** (capítulo 4, item 2.1, p. 236)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

O pessoal é regido pela CLT, havendo liberdade para a fixação de salários. Quanto ao recrutamento de pessoal, o STF, nº RE nº 789.874/DF, de relatoria do Min. Teori Zavascki (acórdão publicado em 19.11.2014), decidiu que **os**

serviços sociais autônomos, integrantes do chamado Sistema S, **não se submetem à exigência de concurso público**, por ostentarem a natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integrarem a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Se receberem recursos públicos, sujeitam-se ao controle do Tribunal de Contas, conforme dispõe o parágrafo único do art. 70 da CF. (capítulo 5, item 5.7.4, p. 89)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019 (AM)

Os serviços sociais autônomos possuem as seguintes características fundamentais:

[...]

j) não precisam contratar pessoal mediante concurso público (RE 789.874). (capítulo 3, item 3.9.1.1, p. 401 e 402)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

No que tange ao regime de pessoal, os empregados destas entidades são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e **não dependem de concurso público** de provas ou de provas e títulos para ingresso em suas atividades.

Com efeito, a regra do concurso público de provas ou de provas e títulos é definida para os servidores estatais, sejam eles estatutários ou celetistas que atuam nos entes da Administração Direta e Indireta, **não se estendendo aos empregados das entidades do terceiro setor, que ostentam qualidade de particulares**. Este entendimento, inclusive, já foi pacificado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, por meio da edição do acórdão 17/1999, proferido pelo plenário do órgão. (capítulo 11, item 2, p. 759)

Corrente 2: exigência de processo seletivo para contratação

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Por isso mesmo, essas entidades não são consideradas integrantes da Administração Indireta. No entanto, pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes

às da Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito **à observância dos princípios da licitação**,⁵ **à exigência de processo seletivo para contratação de pessoal**, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei no 8.429, de 2-6-92). (capítulo 11, item 11.4, p. 1152)

O TCU tem jurisprudência consolidada no sentido de que os serviços sociais autônomos, por não integrarem, em sentido estrito, a Administração Pública, não se sujeitam aos ditames da Lei de Licitações, mas sim aos princípios gerais que regem a matéria, devendo contemplá-los em seus regulamentos próprios (Decisões nos 907/97, Plenário, e 461/98, Plenário). Como consta da ementa do Acórdão no 2.522/09-TCU, 2ª Câmara, “os serviços sociais autônomos (Sistema ‘S’) não se sujeitam aos ditames da Lei no 8.666/1993, devendo disciplinar o assunto em regulamentos próprios, respeitados os princípios legais e constitucionais que regem a matéria”. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, decidiu que as entidades que compõem os serviços sociais autônomos, por terem natureza jurídica de direito privado e ficarem de fora de administração indireta, **não são obrigadas a contratar pessoal por concurso público** (Conjur, 17-9-14, e Informativo Jurídico da APESP – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, de 18-9-14). (nota de rodapé 5, p. 1216 pdf)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

É inaplicável a regra constitucional do concurso público (art. 37, II, da CRFB), pois as referidas entidades não integram a Administração Pública. Todavia, a contratação de pessoal, em razão da gestão de recursos públicos, deve ser formalizada mediante processo seletivo objetivo, observados os princípios da impessoalidade e da moralidade. Devem ser refutadas as contratações pautadas exclusivamente por critérios subjetivos, tais como análise curricular, avaliação psicológica, dinâmica de grupo e entrevistas. Registre-se que a revogação do art. 47 da Lei 13.019/2014, que consagrava a presente tese, pela Lei 13.204/2015, não tem o condão de afastar a necessidade de processo seletivo com regras impessoais, uma vez que tal exigência decorre da interpretação do texto constitucional. (capítulo 12, item 12.4.3, p. 399)

STF: “**Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema ‘S’ não estão submetidos à exigência de concurso público para contratação de pessoal**, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal.” (Tema 569 da Tese de Repercussão Geral do STF). (nota de rodapé 39, p. 418)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

De acordo com o Tribunal de Contas da União, apesar de os entes do sistema s não se submeterem à Lei Geral de Licitações ou mesmo à Lei do Pregão, ainda assim eles devem respeitar a principiologia administrativa nos processos de contratação (legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade, publicidade e eficiência), de forma que devem elaborar regulamentos próprios, conforme decisões n°s 907/97 e 461/98 do Plenário). **Não é necessário haver a realização de concurso público, bastando a exigência de seletivo**, conforme argumentação extraída do RE 789874/DF, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 17.9.2014, que possui repercussão geral, segundo o qual: [...] (capítulo 11, item 11.2, p. 289)

Corrente 3: inteira liberdade de contratação

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

É preciso salientar que o art. 37 da CF tem como únicos destinatários os entes da Administração Direta e Indireta e, por isso mesmo, não pode ser aplicado a entidades de outra natureza, sobretudo no que diz respeito às restrições que contém. **Assim, também não procede o entendimento de algumas vozes do TCU no sentido de ser exigido para os entes de cooperação governamental o sistema de concurso público adotado para a Administração Pública** (art. 37, II, CF). Pode exigir-se, isto sim, a observância dos princípios gerais da legalidade, moralidade e impessoalidade, e isso porque tais pessoas executam um serviço público, **mas o recrutamento de seu pessoal deve obedecer apenas aos critérios por elas estabelecidos**. A posição do TCU, contudo, foi corretamente reformada pelo Judiciário, que, assim, restabeleceu a legítima interpretação ao citado mandamento constitucional. (capítulo 9, item VII, subitem 2.4, p. 1000-1001)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Entretanto, tais entes só atuam sob o amparo, inclusive financeiro, e autorização do Estado, que sobre elas possui certas ingerências. Por serem custeadas por tributos (recebem contribuições parafiscais de interesse de categorias econômicas e sociais – art. 149, caput, da Constituição), estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, **devendo, ainda, observar os princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade nas suas contratações, inclusive de pessoal, mesmo que não estejam sujeitas aos estritos termos da Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93.** (capítulo V, item V.11.2, p. 296 e 297)

Conclusão

Obrigatoriedade de concurso público para admissão de pessoal nos serviços sociais autônomos

Corrente 1: não há obrigatoriedade de concurso público para admissão de pessoal nos serviços sociais autônomos (MA e VP; FM; OM; AM; MC)

Corrente 2: exigência de processo seletivo para contratação (MSZDP; RCRO; IPN)

Corrente 3: inteira liberdade de contratação (JSCF)

Não abordam (CABM; DFMN; MJF; DCJ; ASA)

DIVERGÊNCIA 067 – Obrigatoriedade de licitação nos serviços sociais autônomos

Corrente 1: são obrigados a realizar licitação

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Os serviços sociais autônomos possuem as seguintes características fundamentais:

[...]

k) estão obrigados a realizar licitação (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93). **Deve-se registrar, no entanto, a existência de entendimento do Tribunal de Contas da União** no sentido de que o procedimento licitatório adotado pelos serviços sociais visa garantir transparência na contratação de fornecedores, **podendo os regimentos internos de cada entidade definir ritos simplificados próprios, desde que não contrariem as regras gerais previstas na Lei n. 8.666/93**. No julgamento do Mandado de Segurança 33.442/DF, realizado em 27 de março de 2018, o **Supremo Tribunal Federal reafirmou a orientação de que o Senac não está obrigado a obedecer a exigências da Lei n. 8.666/93**. No relatório do Ministro Gilmar Mendes se fez referência à visão do STF segundo a qual “as entidades do Sistema S têm natureza privada e não integram a Administração Pública direta ou indireta, não se submetendo ao processo licitatório previsto pela Lei 8.666/93”. E segue o relator: ‘Na mesma linha, ao apreciar o RE 789.874-RG, rel. Min. Teori Zavascki, Dje 19- 11-2014, o Plenário fixou o entendimento no sentido de que os serviços sociais autônomos possuem natureza jurídica de direito privado e não estão sujeitos à regra do art. 37, II, da Constituição, que exige a realização de concurso público para contratação de pessoal. Na oportunidade, ressaltou-se que as entidades do ‘Sistema S’ desempenham atividades privadas de interesse coletivo, em regime de colaboração com o poder público, e possuem patrimônio e receitas próprias, bem como a prerrogativa de autogestão de seus recursos. São patrocinadas por recursos recolhidos do setor produtivo beneficiado, tendo recebido inegável autonomia administrativa, embora se submetam ao controle finalístico do Tribunal de Contas da União”. E finaliza: “Feitas essas considerações, conclui-se que as entidades do ‘Sistema S’ desenvolvem atividades privadas incentivadas e fomentadas pelo Poder Público, **não se submetendo ao regramento disciplinado pela Lei 8.666/93**. Tendo em vista a autonomia que lhes é conferida, **exige-se apenas a realização de um procedimento simplificado de licitação previsto em regulamento**

próprio, o qual deve observar os princípios gerais que regem a matéria”;
(capítulo 3, item 3.9.1.1, p. 401, 402-403)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Por outro lado, estão obrigadas a realizar licitação antes de suas contratações, como o exige a Lei nº 8.666/1993, que, de forma clara, consigna que se subordinam a seu regime jurídico, além das pessoas da Administração Indireta, “as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (art. 1º, parágrafo único).

O Tribunal de Contas da União perfilhava esse mesmo entendimento, adotando-o em várias decisões proferidas em processos relativos às entidades em foco. **Posteriormente, no entanto, mudou radicalmente tal pensamento**, excluindo-as da incidência da Lei nº 8.666/1993. Foram invocados, basicamente, os seguintes argumentos: (a) o art. 22, XXVII, da CF, só dirige o princípio

da obrigatoriedade da licitação à administração direta e indireta, na qual não estão as pessoas de cooperação governamental; (b) a Lei nº 8.666/1993 não poderia alargar o seu alcance para 572ênia572e-las em seu raio de incidência; (c) a expressão “entidades controladas” só é aplicável a empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Há que ser respeitada a nova posição do TCU, mas dela ousamos dissentir. Os argumentos invocados, concessa 572ênia, não nos convencem.

Primeiramente, o fato de o art. 22, XXVII, da CF, aludir apenas à administração direta e indireta não exclui a possibilidade de o legislador exigir que

outras pessoas se submetam também à Lei nº 8.666/1993. Afinal, se a própria lei autorizou a criação

de tais pessoas, nada impediria que instituísse mecanismos especiais de controle, pois que afinal todas têm algum elo com o Poder Público. Desse modo, o Estatuto, como lei federal que é, poderia

alargar o alcance do dispositivo constitucional para incidir sobre tais entidades (como o fez realmente no art. 1º, parágrafo único), por isso que a Constituição em nenhum momento limitou a lei licitatória apenas às pessoas da Administração Direta e Indireta; exigiu-se tão somente que para estas sempre haveria subordinação ao Estatuto.

[...]

Para deixar bem clara a nossa posição, queremos deixar registrado que não estamos questionando se é conveniente ou não que o Estatuto as alcance. Apenas estamos interpretando os dizeres da lei para entender que o texto legal, além de não ofender a Constituição, inclui realmente as pessoas de

cooperação governamental. E que, se mudança tiver que acontecer, que o seja através de nova lei federal, e não por interpretação dissonante do texto legal vigente. **Em suma, parece-nos que a melhor interpretação era aquela que o Colendo TCU dispensava à matéria anteriormente.** (capítulo 9, item VII, subitem 2.8, p. 996, 997 e 998)

Corrente 2: não são obrigados a realizar licitação

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

De acordo com o Tribunal de Contas da União, apesar de os entes do sistema s não se submeterem à Lei Geral de Licitações ou mesmo à Lei do Pregão, ainda assim eles devem respeitar a principiologia administrativa nos processos de contratação (legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade, publicidade e eficiência), de forma que devem elaborar regulamentos próprios, conforme decisões n^{os} 907/97 e 461/98 do Plenário). **Não é necessário haver a realização de concurso público**, bastando a exigência de seletivo, conforme argumentação extraída do RE 789874/DF, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 17.9.2014, que possui repercussão geral, segundo o qual: [...] (capítulo 11, item 11.2, p. 289)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Em suma são estas as principais características dos serviços sociais autônomos típicos:

[...]

f) não estão sujeitos às normas de licitação pública para efetuar contratações com terceiros, embora costumem adotar regulamentos próprios com o fim de assegurar que estas observem critérios impessoais e objetivos; (capítulo 4, item 3.1, p. 146)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Entretanto, tais entes só atuam sob o amparo, inclusive financeiro, e autorização do Estado, que sobre elas possui certas ingerências. Por serem custeadas por tributos (recebem contribuições para-fiscais de interesse de categorias econômicas e sociais – art. 149, caput, da Constituição), estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, devendo, ainda, observar os princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade nas suas

contratações, inclusive de pessoal, **mesmo que não estejam sujeitas aos estritos termos da Lei Federal de Licitações** e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93. (capítulo V, item V.11.2, p. 296 e 297)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Por receberem verba pública, através da cobrança de tributos, os entes do serviço social autônomo ficam sujeitos a controle pelo Tribunal de Contas e devem respeitar os princípios inerentes à licitação pública para suas contratações. **A exigência de licitações, nos termos da lei 8.666/93, foi afastada por entendimento do TCU** acerca da matéria que define a obrigatoriedade destes entes obedecerem aos princípios básicos do procedimento licitatório, sem a necessidade de observância das modalidades definidas na lei geral. Vejamos.

[...]

Sendo assim, as entidades do sistema “s” devem seguir regramento próprio para contratações, respeitando os princípios atinentes à licitação. (capítulo 11, item 2, p. 758 e 759)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Por isso mesmo, essas entidades não são consideradas integrantes da Administração Indireta. No entanto, pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes às da Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito **à observância dos princípios da licitação**,⁵ à exigência de processo seletivo para contratação de pessoal, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei no 8.429, de 2-6-92). (capítulo 11, item 11.4, p. 1152)

O TCU tem jurisprudência consolidada no sentido de que **os serviços sociais autônomos**, por não integrarem, em sentido estrito, a Administração Pública, **não se sujeitam aos ditames da Lei de Licitações, mas sim aos princípios gerais que regem a matéria, devendo contemplá-los em seus regulamentos próprios** (Decisões nos 907/97, Plenário, e 461/98, Plenário). Como consta da ementa do Acórdão no 2.522/09-TCU, 2ª Câmara, “os serviços sociais autônomos (Sistema ‘S’) não se sujeitam aos ditames da Lei nº 8.666/1993, devendo disciplinar o assunto em regulamentos próprios, respeitados os princípios legais e constitucionais que regem a matéria”. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, decidiu que as entidades que

compõem os serviços sociais autônomos, por terem natureza jurídica de direito privado e ficarem de fora da administração indireta, não são obrigadas a contratar pessoal por concurso público (Conjur, 17-9-14, e Informativo Jurídico da APESP – Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, de 18-9-14). (nota de rodapé 5, p. 1216 pdf)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

A segunda questão controvertida refere-se à **necessidade de licitação para contratações realizadas por entidades do Terceiro Setor (Serviços Sociais Autônomos, Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) com dinheiro público**. Existem três entendimentos doutrinários sobre o assunto:

[...]

3.º entendimento: **desnecessidade de licitação na forma da Lei 8.666/1993**, mas obrigatoriedade de realização de procedimento simplificado, previsto pela própria entidade privada, que assegure o respeito aos princípios constitucionais (impessoalidade, moralidade etc.). Essa a exigência disposta nos arts. 17 da Lei 9.637/1998 e 14 da Lei 9.790/1999, que estabelecem a necessidade de edição de regulamentos próprios, respectivamente, pela “OS” e pela “OSCIP”, contendo os procedimentos que tais entidades devem adotar “para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público”. Nesse sentido: TCU.

Conforme manifestação em estudo anterior sobre o tema, entendemos que a razão está com o terceiro entendimento. A interpretação moderada da questão evita o engessamento das entidades privadas, que seria causado pela aplicação da Lei 8.666/1993, mas garante a observância dos princípios constitucionais por meio da exigência de procedimento simplificado e objetivo para contratações realizadas com dinheiro público repassado. Aliás, essa solução foi consagrada na legislação especial (arts. 17 da Lei 9.637/1998 e 14 da Lei 9.790/1999). Isso porque a legislação remete às entidades, e não ao Chefe do Executivo, a atribuição para a criação de procedimentos adequados na contratação de terceiros. O chefe do Executivo, portanto, ao editar o decreto em comento, exorbitou do seu poder regulamentar na parte em que exigiu a realização de licitação, na modalidade pregão, às OS e OSCIPs. Registre-se que o art. 80 da Lei 13.019/2014, alterado pela Lei 13.204/2015, determina que as compras e contratações que envolvam recursos financeiros provenientes de parceria poderão ser efetuadas por meio de sistema eletrônico disponibilizado pela Administração às Organizações da Sociedade Civil, aberto ao público via internet que permita aos interessados formular propostas. (capítulo 12, item 12.4.5.2, p. 401, 402 e 403)

Não se posiciona

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Consoante a maioria da doutrina, eles estão sujeitos à licitação, conforme previsão do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, que estabelece um rol indicativo dos entes da Administração Direta e Indireta, além das demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, hipótese em que se enquadram esses entes de cooperação, em razão da possibilidade de arrecadação de tributos e consequente controle pelos órgãos especializados. 240

Entretanto, há orientação contrária do Tribunal de Contas da União, quando se tratar de verdadeiros serviços sociais autônomos. Para esse órgão, “a partir da Decisão 907/97 – Plenário (Ata 53/97), firmou-se o entendimento de que os Serviços Sociais Autônomos não se subordinam aos estritos termos da Lei n. 8.666/93 e sim aos regulamentos próprios” (Acórdão 1.337/2003 – 1ª Câmara, Relator Min. Humberto Guimarães Souto, DOU 02.07.2003). **O TCU adotou uma solução de consenso, admitindo a adoção de um regulamento próprio para licitações e contratações administrativas, com regras próprias simplificadas, previamente aprovadas pelo próprio órgão, o que denominou Regulamento Simplificado do Sistema “S”**, que foi aprovado no julgamento dos autos TC-001.620/98-3, publicado no DOU 07.08.1998. (capítulo 4, item 2.1)

Para o Superior Tribunal de Justiça, essas pessoas jurídicas estão mesmo sujeitas à licitação, não podendo se beneficiar das dispensas previstas no art. 17 da Lei n. 8.666/93 quando da aquisição de bens públicos. Observe trecho da decisão: “(...) 4. Os serviços sociais autônomos não integram a Administração Pública indireta; são pessoas jurídicas de direito privado que cooperam com o Estado, mas que com este não se confundem. Nessa linha, não podem se beneficiar da exceção à regra de licitação prevista na alínea ‘e’ do inciso I do art. 17 da Lei n. 8.666/1993 (licitação dispensada); ao contrário, enquadram-se no comando contido no caput do art. 17, que, expressamente, exige a licitação, na modalidade concorrência, para a venda de imóveis da Administração Pública às entidades paraestatais. 5. Recursos especiais não providos” (Resp 1.241.460/DF, STJ – Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgamento 08.10.2013, Dje 14.10.2013). (nota de rodapé 240, p. 1172 pdf)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Obrigatoriedade de licitação nos serviços sociais autônomos

Corrente 1: são obrigados a realizar licitação (AM; JSCF)

Corrente 2: não são obrigados a realizar licitação (IPN; MA e VP; ASA; MC; MSZDP; RCRO)

Não se posiciona (FM)

Não abordam (CABM; DFMN; MJF; DCJ; OM)

DIVERGÊNCIA 068 – (In)constitucionalidade da discricionariedade na qualificação de OS

Corrente 1: discricionariedade na qualificação da OS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

A qualificação da PJ como OS é discricionária, a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. (capítulo V, item 4, p. 211)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Entidades	Organizações Sociais (Lei 9.637/1998)	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público Critérios (Lei 9.790/1999)
Critérios		
Qualificação	Discricionária (arts. 1.º e 2.º, II)	Vinculada (art. 1.º, § 2.º)
Competência para qualificação	Ministério ou órgão regulador responsável pela área de atuação da entidade privada requerente (art. 2.º, II)	Ministério da Justiça (art. 5.º)
Órgão de deliberação superior da entidade	Presença obrigatória de representante do Poder Público (art. 2.º, I, “d”)	Presença facultativa de servidor público na composição do conselho ou diretoria da entidade (art. 4.º, parágrafo único)
Vínculo jurídico (parceria)	Contrato de gestão (art. 5.º)	Termo de parceria (art. 9.º)
Fomento	Repasse de recursos orçamentários, permissão de	Repasse de recursos orçamentários e

	uso de bens públicos e cessão especial de servidor sem custo para entidade (arts. 12 e 14)	permissão de uso de bens públicos (art. 12)

(capítulo 12, item 12.3.4, p. 387-388)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Conforme se constata, as organizações sociais não são uma nova categoria de pessoa jurídica. Trata-se, apenas, de uma qualificação especial, um **título jurídico concedido discricionariamente pelo poder público** a determinadas entidades privadas, sem fins lucrativos, que atendam a certas exigências legais. Não integram a administração direta nem a administração indireta; são entidades da iniciativa privada, sem finalidade lucrativa, que se associam ao Estado mediante a celebração de um contrato de gestão a fim de receberem fomento para a realização de atividades de interesse social.

[...]

Para a qualificação de uma entidade privada como organização social é necessário – além do enquadramento como pessoa jurídica sem fim de lucro e do objetivo social relacionado às áreas de ensino, pesquisa científica desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura ou saúde – que haja aprovação, quanto à conveniência e oportunidade da qualificação, pelo ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto da organização social. **Portanto, a qualificação como organização social é ato discricionário do poder público.** (capítulo 4, item 3.2.1, p. 147-148)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5.º, XVII), as entidades vocacionadas ao interesse público podem ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para quaisquer outras; a diferença, porém, desta modalidade de pessoas de colaboração, está na possibilidade de se habilitarem à qualificação como organização social, uma vez que tenham sido constituídas com atendimento aos requisitos nela previstos.

Essa qualificação tem a natureza jurídica de um reconhecimento, **ato administrativo discricionário** e receptício outorgado à associação habilitante que vinculadamente comprove a satisfação das condições básicas legalmente estabelecidas (art. 2.º, I, leg. Cit.), muito embora a conveniência e a oportunidade da admissão da postulante à nova qualificação necessitem

uma **dupla avaliação discricionária** de órgãos federais (art. 2.º, II, leg. Cit.). (capítulo XI, item 81.1, p. 397)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Inicialmente, a lei estabelece alguns requisitos para que esta entidade privada sem fins lucrativos possa se qualificar como organização social, mediante a celebração do contrato de gestão. Assim, é pressuposto básico para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como OS, a **aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.**

[...]

Desde que sejam cumpridos todos os requisitos legais, a entidade privada poderá celebrar o contrato de gestão com o poder público e, em virtude deste vínculo, receber a qualificação de organização social. Ressalte-se que o contrato de gestão não é instrumento de delegação, não se confundindo com os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, haja vista a natureza dos serviços a serem executados pela OS não admitir delegação a particulares. (capítulo 11, item 4, p. 762 e 763)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Uma vez qualificadas como organizações sociais, o que resultará de critério discricionário do Ministério competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social (art. 2º, II), as entidades são declaradas como de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais e podem receber recursos orçamentários e usar bens públicos necessários à consecução de seus objetivos, neste último caso através de permissão de uso (arts. 11 e 12). Admissível será, ainda, a cessão especial de servidor público, com ônus para o governo, vale dizer, o governo poderá ceder servidor seu para atuar nas organizações sociais com a incumbência do pagamento de seus vencimentos (art. 14). (capítulo 7, item IX, subitem 3.3.2, p. 664)

Corrente 2: discricionariedade na qualificação da OS é inconstitucional

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Nos termos do art. 2º da Lei n. 9.637/98, **a outorga da qualificação constitui decisão discricionária**, pois, além de a entidade preencher os requisitos exigidos na lei, o inciso II do referido dispositivo condiciona a atribuição do título a “haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado”. Assim, as entidades que preencherem os requisitos legais possuem simples expectativa de direito à obtenção da qualificação, nunca direito adquirido. **Evidentemente, o caráter discricionário dessa decisão, permitindo outorgar a qualificação a uma entidade e negar a outro que igualmente atendeu aos requisitos legais, viola o princípio da isonomia, devendo-se considerar inconstitucional o art. 2º, II, da Lei n. 9.637/98.** (capítulo 3, item 3.9.2.1, p. 406)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Essas organizações são livremente qualificadas pelo Ministro ou titular do órgão supervisor do seu ramo de atividade e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde que preencham alguns requisitos formais óbvios e requisitos substanciais, conforme enumeração dos arts. 2º e 3º da mesma lei.

[...]

Note-se ainda que essas organizações recebem bens, recursos orçamentários e até servidores, e não se submetem à licitação, não necessitam demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. **Basta a concordância dos Ministros, uma discricionariedade literalmente escandalosa, o que ofende inúmeros princípios constitucionais.** (capítulo 4, item 2.3, p. 338 e 342)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

No que diz respeito à licitação, há diferentes aspectos que têm sido objeto de controvérsia:

a) licitação pelo poder público para escolha da entidade a ser qualificada como organização social: a Lei nº 9.637/98 não a prevê;

[...]

Temos entendido que a organização social, para enquadrar-se adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público, os quais existem exatamente para proteger esse patrimônio, seria necessário, no mínimo: **(a) exigência de licitação para a escolha da entidade, atendendo ao princípio da isonomia e ao objetivo de escolha da entidade que apresentasse melhores condições de desempenhar o contrato a contento;** (b) comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente – isto para evitar que entidade, sem qualquer experiência anterior e sem a necessária qualificação técnica e financeira, se constitua com o fim específico de pleitear a qualificação de organização social; (c) demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar patrimônio público, requisitos exigidos para qualquer contrato administrativo e que não poderiam deixar de ser impostos quando a entidade vai assumir a gestão de serviço público e de recursos públicos; (d) submissão aos princípios da licitação quando celebre contratos com terceiros com a utilização de recursos públicos; (e) imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados; (f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral – no caso das organizações sociais, essa garantia torna-se mais necessária pelo fato de ela administrar patrimônio público.

A sistemática adotada na Lei nº 9.637/98 destoa das exigências que a legislação faz para a celebração de contratos administrativos, quanto à habilitação dos licitantes interessados em contratar com o poder público. **Não se pode conceber que exigências semelhantes deixem de ser feitas para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais, quando se sabe que elas administram vultosos recursos públicos.** E também é curioso que a Lei nº 13.019/14, que veio prever um procedimento para a seleção da entidade do terceiro setor que vai celebrar parceria com o poder público, impondo uma série de medidas moralizadoras, tenha excluído de seu âmbito de aplicação os contratos de gestão com as organizações sociais. Essa lei somente será aplicada às organizações sociais que não cumpram os requisitos da Lei nº 9.637/98.

[...]

Por outras palavras, **conforme entendimento do STF, não é necessária licitação para escolha da entidade a ser qualificada como organização social**, bastando que (i) sejam observados os princípios do artigo 37, caput, da Constituição; (ii) a seleção seja feita de forma pública, objetiva e impessoal; e (iii) seja feita de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o artigo 20 da Lei nº 9.637/98 (ênfase no atendimento do cidadão-cliente, nos resultados, qualitativos e quantitativos, nos prazos

pactuados e controle social das ações de forma transparente). Essas diretrizes devem ser fixadas em decreto do Poder Executivo, ao ser criado o Programa Nacional de Publicização, para garantir a absorção, por organizações sociais, de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União.

A decisão do STF não impede que leis estaduais e municipais prevejam e definam algum tipo de procedimento para escolha da entidade, o que é recomendável em nome da publicidade, da moralidade e da impessoalidade, previstas no artigo 37 da Constituição. (capítulo 11, item 11.6, p. 1171, 1172 e 1173)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

“Organizações sociais”, como resulta da Lei 9 .637, de 15.5.1998, são entidades privadas, **qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão**, desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 112) e a pessoa atenda a determinados requisitos formais óbvios e preencha alguns poucos requisitos substanciais, travando contrato de gestão com o Poder Público. Entre estes requisitos substanciais devem ser salientados: não ter fins lucrativos; ter como órgão superior um Conselho de Administração, com atribuições normativas e de controle (arts. 22 , I, “c”, e 32), em cuja composição 50% dos membros deverão estar repartidos entre representantes do Governo (que serão pelo menos 20%, até 40% do total) e representantes de entidades da sociedade civil, definidos no Estatuto (cuja participação também não poderá ser inferior a 20%, nem superior a 30%), e firmar contrato de gestão com o Poder Público. Este último traço não foi formulado diretamente, mas parece indispensável, condicional à sua qualificação, em face dos arts. 2º, “f”, 4º, II, e 5º e ss.

[...]

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de “organização social”. **Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até**

mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie.

[...]

Ademais, independentemente disto, como é óbvio, também não podem – o que já se sublinhou – receber bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem um processo regular em que se assegure igualdade a quaisquer interessados em obter tais benesses, cuja habilitação patrimonial, financeira e técnica seja previamente comprovada, assegurando-se direito de recurso contra a decisão dos Ministros outorgantes.

A ser de outro modo, a qualificação como organização social seria um gesto de “graça”, uma outorga imperial resultante tão só do soberano desejo dos outorgantes, o que, a toda evidência, é incompatível com as concepções do Estado moderno. (capítulo IV, item IV, p. 241 a 246)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conforme a Lei nº 9.637, de 15.5.1998, com alterações posteriores, **o Poder Executivo federal poderá qualificar como organizações sociais** – OS – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos na mesma lei. Um dos requisitos é ter como órgão de deliberação superior um conselho de administração, inclusive com a participação de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral. Também são referidas como entidades do terceiro setor, por integrarem o âmbito privado, sem fins lucrativos. Aparecem mencionadas em estudos sobre o fomento na Administração Pública. (capítulo 5, item 5.7.5.1, p.90)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Para obterem qualificação, devem habilitar-se perante o Ministério Supervisor. Exige-se que o órgão superior de deliberação da organização seja composto por representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral. (capítulo 11, item 11.4, p. 291)

Conclusão

(In)constitucionalidade da discricionariedade na qualificação de OS

Corrente 1: discricionariedade na qualificação da OS (DCJ; RCRO; MA e VP; DFMN; MC; JSCF)

Corrente 2: discricionariedade na qualificação da OS é inconstitucional (AM; FM; MSZDP; CABM)

Não abordam (OM; ASA; MJF; IPN)

DIVERGÊNCIA 069 - Âmbito de aplicação da Lei n.º 13.019/2014

Corrente 1: a Lei n.º 13.019/2014 é aplicável somente à União

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Com efeito, **a referida legislação tem por objetivo regular, em âmbito nacional**, o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, firmadas entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos. Tradicionalmente, as parcerias entre a Administração e as OSCs eram reguladas por normas jurídicas esparsas e, muitas vezes, lacunosas, o que sempre acarretou insegurança jurídica aos administradores públicos e particulares.

[...]

Não obstante os inúmeros avanços da nova Lei, **sustentamos a ausência de competência da União para impor normas gerais sobre o tema**, aplicáveis aos Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas entidades da Administração Indireta.

[...]

É forçoso concluir que a Constituição apenas estabelece a competência da União para elaborar normas gerais sobre contratos, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB, inexistindo idêntica autorização em relação aos convênios. Em consequência, ausente norma constitucional que contemple a prerrogativa de fixação de normas gerais, por parte da União, para os convênios, **a conclusão é no sentido de reconhecer a autonomia federativa dos entes para estabelecerem as suas próprias normas**, na forma do art. 18 da CRFB. **A Lei 13.019/2014 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição para ser considerada, em princípio, lei federal (e não nacional) aplicável à União**, não obstante seja recomendável que os demais entes federados adotem, em suas respectivas legislações, as exigências, os princípios e as demais ideias consagradas pelo legislador federal, especialmente pelo caráter moralizador das referidas normas. (capítulo 12, item 12.3.6, p. 391 e 392)

Corrente 2: a Lei n.º 13.019/2014 é aplicável às três esferas de governo e às respectivas entidades da administração indireta

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Conforme consta do artigo 1º, já transcrito, combinado com o artigo 2º, inciso II, **a lei contém normas gerais e, como tais, aplicáveis às três esferas de governo** (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), **bem como às respectivas entidades da administração indireta** (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias), quando façam parcerias com organizações da sociedade civil.

A referência a normas gerais justifica-se por tratar-se de matéria de contratação e licitação, inserida na competência privativa da União, pelo artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. **Como a competência privativa, no caso, é apenas para o estabelecimento de normas gerais, não ficam Estados, Distrito Federal e Municípios impedidos de estabelecer normas próprias**, desde que observem as normas gerais contidas na lei. **A lei, quanto a esse aspecto, padece do mesmo vício da Lei nº 8.666, de 21-6-93** (lei de licitações e contratos administrativos), **porque não diz quais as normas gerais, dando a impressão de que todas as contidas na lei têm essa natureza**. Como consequência, ficará ao sabor do intérprete definir, na aplicação da lei, quais as normas que realmente são “gerais”, de observância obrigatória para todos os entes federativos. (capítulo 11, item 11.8.1, p. 1186-1187)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Chamada de "marco regulatório das organizações da sociedade civil", **a Lei 13.019/2014 é de observância obrigatória por parte de todos os entes da Federação**. Conforme definição nela própria **contida; são considerados administração pública**, para efeito de incidência de suas disposições, **a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios, as respectivas autarquias e fundações públicas, bem como as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias**, que recebam recursos da pessoa política instituidora para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (art. 2º, II). (capítulo 4, item 3.6.1, p. 172)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A Lei nº 13.019, de 31.7.2014, instituiu o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em cooperação mútua, tendo por objetivo o desempenho de atividades de interesse público e o estabelecimento de políticas de fomento, colaboração e cooperação com tais entidades do setor privado. Por sua natureza, não seria despropositado denominar a lei de Estatuto das Parcerias.

Esse diploma legal funda-se no art. 22, XXVII, da CF, que, como já visto, confere à União Federal competência privativa para editar normas gerais de licitação e contratação a serem aplicadas a todos os entes federativos e entidades da Administração Indireta. Embora o vínculo jurídico não seja rigorosamente o dos contratos em sentido estrito, o certo é que as parcerias, lato sensu, podem ser catalogadas dentro da categoria contratual e, por essa razão, torna-se cabível a competência privativa da União.

Desde já, contudo, cabe uma advertência. **A competência federal para a matéria limita-se à edição de normas gerais**, aquelas que traduzem parâmetros genéricos de incidência, e, **por conseguinte, às demais pessoas federativas compete a edição de normas específicas**. Resulta que, se a norma federal não tiver o caráter de generalidade, o que desafia verificação caso a caso, só se aplicará à própria União; quanto aos outros entes, a aplicação redundaria em vício de constitucionalidade. (capítulo 7, item IX, subitem 3.3.4, p. 674-675)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Pode-se notar, logo de início, que diferentemente de outras leis na área de fomento, a Lei n. 13.019/2014 tem natureza nacional, **aplicando-se simultaneamente a todas as esferas federativas**. Desse modo, enquanto, por exemplo, a Lei das Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98) e a Lei das Oscips (Lei n. 9.790/99) valem somente para o âmbito federal, **as parcerias voluntárias podem ser firmadas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas entidades descentralizadas**. (capítulo 3, item 3.9.2.3.1, p. 412)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

A Lei nº 13.019, de 31.7.2014, com alterações posteriores, **fixa o regime jurídico das parcerias**, envolvendo ou não transferência de recursos financeiros, **entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil**, em regime de mútua cooperação, para a consecução de atividades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente fixados em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. O art. 6º da referida lei se refere a regime jurídico de parceria. **Ante as alterações decorrentes da Lei nº 13.204/2015**, tais normas terão eficácia após 540 (quinhentos e quarenta) dias de sua publicação (art. 88 da Lei nº 13.204/2015); **para os municípios** entram em vigor a partir de 1º.1.2017, podendo ato administrativo local fixar sua aplicação naquele prazo. (capítulo 5, item 5.7.5.3, p.94)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

Conclusão

Âmbito de aplicação da Lei n.º 13.019/2014

Corrente 1: a Lei n.º 13.019/2014 é aplicável somente à União (RCRO)

Corrente 2: a Lei n.º 13.019/2014 é aplicável às três esferas de governo e às respectivas entidades da administração indireta (MSZDP; MA e VP; JSCF; AM)

Não abordam (OM; ASA; CABM; DCJ; MJF; IPN; FM; DFMN; MC)

DIVERGÊNCIA 070 - Natureza jurídica dos instrumentos jurídicos de parceria (termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação)

Corrente 1: natureza jurídica de convênio

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Isso porque **as referidas parcerias não são instrumentalizadas por contratos, mas, sim, por convênios** (ou, como prefere a norma, **termo de colaboração ou termo de fomento**).

A diferenciação entre os contratos e os convênios é encontrada também no próprio ordenamento constitucional (exs.: arts. 22, XXVII; 37, XXII e § 8.º; 39, § 2.º; 71, VI; 199, § 1.º; 241, todos da CRFB), o que sugere instrumentos jurídicos diversos, uma vez que o legislador não utiliza palavras inúteis.

É forçoso concluir que a Constituição apenas estabelece a competência da União para elaborar normas gerais sobre contratos, na forma do art. 22, XXVII, da CRFB, **inexistindo idêntica autorização em relação aos convênios**. (capítulo 12, item 12.3.6, p. 391-392)

c) o “contrato” com entidades privadas, sem fins lucrativos, **constituir verdadeiro convênio tradicional** (contrato de gestão – OS; termo de parceria – OSCIP; **termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação** – OSC), o que afastaria a necessidade de licitação. (capítulo 17, item 17.9.2.11, p. 709-710)

A Lei 11.107/2005, que trata dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação, inseriu o inciso XXVI no art. 24 da Lei 8.666/1993, com o intuito de admitir a dispensa de licitação para celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. É oportuno notar que o contrato de programa se aproxima da **figura do tradicional convênio (agora denominado pela Lei 13.019/2014 termo de colaboração, de fomento ou acordo de cooperação**, reservando-se a expressão “convênio” para as parcerias entre entes federados ou entidades administrativas, bem como ajustes com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no âmbito do SUS – arts. 2.º, VII, VIII, VIII-A, 84 e 84-A da Lei 13.019/2014), tendo em vista a persecução de interesses comuns pelos partícipes, razão pela qual não se impõe naturalmente a licitação. (capítulo 17, item 17.9.2.19, p. 715)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

A lei foi inspirada em muitos aspectos na Lei Geral de Licitações e Contratos, mas deve-se advertir que **a parceria objetiva celebrar com as organizações da sociedade civil uma espécie de convênio** e não propriamente um contrato em sentido estrito. Daí por que cada diploma normativo deve sofrer uma análise mais detida em função de seus objetivos particulares, sendo incorreto interpretar a Lei de Parcerias com paralelos inflexíveis com a Lei de Licitações, até porque os contratos possuem aspectos de comutatividade em contraprestações obrigacionais, **já as parcerias têm uma natureza mais colaborativa para realização de interesses recíprocos e não contrapostos**. Não obstante, a Lei de Parcerias procurou também traçar um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações, para tratar do relacionamento entre o Estado e a organização da sociedade civil não apenas como algo voluntário, **mas a partir de um regime jurídico que provoca comprometimento maior orientado à realização de objetivos comuns**, garantindo maior segurança para ambas as partes no tocante ao cumprimento dos compromissos assumidos.

[...]

A lei nada estabeleceu de específico quanto ao prazo de vigência da **parceria**, apenas determinou, no inciso VI do art. 42, que a sua **formalização, seja por termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação**, deve ter por cláusulas essenciais: a vigência e as hipóteses de prorrogação. Já o Decreto nº 8.726/2016 determinou que a cláusula de vigência, de que trata a lei, deverá estabelecer o prazo correspondente ao tempo necessário para a execução integral do objeto da parceria, sendo este passível de prorrogação, desde que o período total de vigência não exceda cinco anos. (capítulo 11, item 11.6, p. 292 e 295)

Corrente 1.1: natureza jurídica próxima ao convênio

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

As figuras do **termo de colaboração, do termo de fomento e acordo de cooperação** foram previstas pela Lei 13.019/2014. **Também apresentam natureza próxima a do convênio**. Envolvem um acordo entre a Administração Pública e uma organização da sociedade civil (OSC). Há um termo de colaboração quando a avença contemplar a transferência de recursos financeiros, pactuada a partir de proposta da Administração Pública. O termo de fomento configura avença similar, versando sobre plano de trabalho proposto por uma OSC e envolvendo a transferência de recursos

financeiros. Existe acordo de cooperação quando a parceria não envolver a transferência de recursos financeiros.

A Lei 13.019/2014 consagrou uma disciplina ampla e bastante complexa para a cooperação entre Estado e organizações da sociedade civil. (p. 217)

Corrente 2: natureza jurídica de contrato lato sensu com essência de convênio

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A Lei nº 13.019, de 31.7.2014, instituiu o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em cooperação mútua, tendo por objetivo o desempenho de atividades de interesse público e o estabelecimento de políticas de fomento, colaboração e cooperação com tais entidades do setor privado. Por sua natureza, não seria despropositado denominar a lei de Estatuto das Parcerias.

Esse diploma legal funda-se no art. 22, XXVII, da CF, que, como já visto, confere à União Federal competência privativa para editar normas gerais de licitação e contratação a serem aplicadas a todos os entes federativos e entidades da Administração Indireta. **Embora o vínculo jurídico não seja rigorosamente o dos contratos em sentido estrito, o certo é que as parcerias, lato sensu, podem ser catalogadas dentro da categoria contratual e, por essa razão, torna-se cabível a competência privativa da União.**

Desde já, contudo, cabe uma advertência. A competência federal para a matéria limita-se à edição de normas gerais, aquelas que traduzem parâmetros genéricos de incidência, e, por conseguinte, às demais pessoas federativas compete a edição de normas específicas. Resulta que, se a norma federal não tiver o caráter de generalidade, o que desafia verificação caso a caso, só se aplicará à própria União; quanto aos outros entes, a aplicação redundaria em vício de constitucionalidade.

[...]

Nos comentários sobre o regime de parcerias, temos enfatizado que nele sobressai a formação de um vínculo jurídico de natureza cooperativa, em que os pactuantes buscam atingir seus objetivos numa ação de reciprocidade.

Relembrando aqui esse aspecto, cabe consignar que, **tecnicamente, é de ter-se um contrato, lato sensu**, quando as partes, diante de determinado objeto, se atribuem direitos, obrigações e responsabilidades. Dentro da categoria genérica, é possível distinguir, de um lado, os contratos stricto sensu e, de outro, os convênios. Naqueles, além do aspecto econômico predominante habitualmente, há um paralelismo entre os fins alvidados pelos contratantes (ex.: o locador dá em locação e o locatário toma em locação). Nestes, porém, em que sobreleva a feição social, os fins são de interesse comum (ex.: ambos os pactuantes desejam propiciar assistência médica). Desse modo, só se

justifica incluir os convênios na categoria dos contratos se estes forem interpretados em seu sentido amplo.

Consequentemente, as parcerias voluntárias, ressaltado o perfil que ostentam decorrente de seu regime jurídico, têm a natureza jurídica de contrato (lato sensu), mas a essência de seu conteúdo reflete inegavelmente um convênio, já que os pactuantes atuam com mútua cooperação e se preordenam a fins de interesse comum, de cunho eminentemente social. (capítulo 7, item IX, subitem 3.3.4, p. 674, 675, 677 e 678)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

b) Nos arts. 2º, VII, e 16, vem previsto o **termo de colaboração**, pelo qual são formalizadas as parcerias da Administração com organizações da sociedade civil, selecionadas mediante chamamento público, para a realização de finalidades de interesse público e recíproco, propostas pela Administração, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Os arts. 2º, VIII e 17 tratam do **termo de fomento**, pelo qual são formalizadas as parcerias da Administração com organizações da sociedade civil, selecionadas por chamamento público, para a realização de finalidades de interesse público e recíproco, propostas por essas organizações civis, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

O art. 2º, VIII-A prevê o **acordo de cooperação**, mediante o qual são formalizadas as parcerias objeto da referida lei, que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

Os arts. 33 a 38 fixam minuciosos requisitos para a celebração das **citadas parcerias**. (capítulo 5, item 5.7.5.3, p.95)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

A parceria está atualmente definida como um conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes da relação jurídica estabelecida formalmente entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, **em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação** (art. 2º, III, da Lei n. 13.019). (capítulo 4, item 2.5, p. 245)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Quanto ao convênio entre entidades públicas e particulares, a possibilidade de sua celebração foi bastante restringida pela Lei nº 13.019, de 31-7-14, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil. **Essa lei previu, como instrumentos para celebração do ajuste, os chamados termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação e, no artigo 84, restringiu os convênios a parcerias firmadas entre os entes federados, salvo nos casos expressamente previstos.** (capítulo 8, item 8.11, p. 713)

Com relação aos convênios, não mais se aplica a norma do artigo 116 da Lei nº 8.666/93, salvo em duas hipóteses: I – quando celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; II – quando decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do artigo 3º (os firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na área da saúde, com fundamento no artigo 199, § 1º, da Constituição). **Na realidade, a figura do convênio ficou reduzida às duas hipóteses referidas nesse dispositivo.** Todos os demais ajustes têm que obedecer às normas da Lei 13.019/14, consoante decorre do artigo 84, caput e parágrafo único. A conclusão é reforçada pela norma do artigo 84-A, pelo qual, “a partir da vigência desta lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do artigo 84”. **As parcerias celebradas com entidades privadas que se enquadrem no conceito de organização da sociedade civil terão que ser formalizadas por meio do termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação, firmados com observância das normas da Lei nº 13.019/14.** (capítulo 11, item 11.8.1, p. 1189)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Vistas essas linhas gerais, podemos definir convênios administrativos como acordos fumados entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e entidades privadas sem finalidade de lucro, destinados a possibilitar a colaboração mútua entre os participantes, visando à consecução de objetivos de interesse comum a eles. Como pelo menos um dos participantes sempre será uma entidade da administração pública, os citados "objetivos de interesse comum" devem obrigatoriamente ser objetivos que atendam ao interesse público.

É necessário, neste passo, fazer um alerta. As características dos convênios administrativos e o conceito aqui apresentados correspondem ao que há muito preleciona a nossa doutrina. Entretanto, a Lei 13.019/2014, que estabeleceu o "marco regulatório das organizações da sociedade civil" - e é uma lei de abrangência nacional, de observância obrigatória por parte de todos os entes da Federação -, contém dispositivos (arts. 41, 84 e 84-A) que, interpretados em conjunto, levam à conclusão de que, a partir da sua entrada em vigor (23 de janeiro de 2016), **a celebração do instrumento "convênio" passou a ser permitida, tão somente:** (a) "entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas"; e (b) entre o Poder Público e entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme previsto no art. 199 da Constituição Federal. Significa dizer: **desde a entrada em vigor da Lei 13.019/2014, o instrumento convênio não mais pode ser fumado entre a administração pública e pessoas jurídicas da iniciativa privada**, salvo, unicamente, no caso dos convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no âmbito do SUS. **A regra geral para a celebração de parcerias entre a administração pública e entidades da iniciativa privada passou a ser a utilização dos instrumentos** previstos na Lei 13.019/2014, a saber: "termo de colaboração", "termo de fomento" e "acordo de cooperação". (capítulo 9, item 12, p. 788)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2020 (MC)

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Conclusão

Natureza jurídica dos instrumentos jurídicos de parceria (termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação)

Corrente 1: natureza jurídica de convênio (RCRO; IPN)

Corrente 1.1: natureza jurídica próxima ao convênio (MJF)

Corrente 2: natureza jurídica de contrato lato sensu com essência de convênio (JSCF)

Não abordam (OM; ASA; CABM; DCJ; FM; MSZDP; MA e VP; DFMN; MC; AM)

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A presente obra busca apresentar a disciplina direito administrativo tal como ela se encontra no panorama juscientífico brasileiro no início do século XXI, motivo pelo qual intitula-se “Curso de Direito Administrativo Brasileiro”. Com o Direito em plena transformação, sentia-se falta de um curso, e não de um manual, esquematizado, descomplicado ou facilitado, que conseguisse expressar, com o rigor metodológico e a abrangência científica que toda ciência deve ter, os novos institutos e direções que a disciplina necessita. A dita pós-modernidade vem alterando profundamente os temas do núcleo básico do direito administrativo e a presente obra reconhece as importantes mudanças que este ramo atravessa.

O direito administrativo vive um dos seus momentos de maior transição, motivo pelo qual se entende necessário expor, de forma sistemática, dinâmica, realista, interdisciplinar, intradisciplinar e transfronteiriça, os novos paradigmas pelos quais essa ciência vem atravessando. Paradigmas esses que ainda estão em construção, mas já trazem ao estudo da matéria desafios.

Por isso, consciente da nova conjuntura e das mudanças em andamento, creia-se necessária uma obra que traga uma revisão total da disciplina, epistemológica e metodológica, alcançando todos os institutos e até mesmo o conceito de direito administrativo como ciência.

