

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Letícia Queiroz de Andrade

**Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público
sob regime de concessão**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Administrativo sob a orientação do Professor Doutor Celso Antonio Bandeira de Mello

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

BANCA EXAMINADORA

A minha irmã, *Fernanda*; meu avô, *Letício*, e minha sogra, *Arakcy*,
companheiros e incentivadores eternos.

AGRADECIMENTOS

Foram muitas as pessoas que me apoiaram e impulsionaram a realização deste trabalho.

Menciono, em primeiro lugar, meu orientador Celso Antônio Bandeira de Mello, cuja genialidade e generosidade me salvaram do fracasso em mais de um momento, pois sem elas não o teria concluído, assim como chegaria a resultados insatisfatórios. A marca de suas lições permeia cada linha deste trabalho: a valorização dos grandes mestres, o apreço pelas construções que nos auxiliam a compreender o Direito, a postura metodológica que devemos ter diante dele, a reflexão aprofundada sobre o que foi dito e o que se vai dizer, a autonomia intelectual, a integração do positivismo e pensamento lógico ao senso de justiça, a revelar que as formas jurídicas não são vazias e tampouco desprovidas de função.

Agradeço ao Dr. Moacyr Duarte por ter me dado o privilégio de praticar as concessões de serviços públicos junto a sua inteligência prodigiosa, em nome de quem agradeço a todos com quem pude aprender e vivenciar o fenômeno jurídico abordado neste trabalho, e que tanto me incentivaram em sua elaboração.

Minha gratidão ao apoio institucional incondicional da Siqueira Castro Advogados, o que faço na pessoa de Carlos Fernando Siqueira Castro e Heitor Faro de Castro, que demonstraram na prática o valor que conferem ao desenvolvimento pessoal dos que integram esse time capitaneado por Carlos Roberto Siqueira Castro. Não poderia deixar de dirigir algumas palavras especiais de gratidão à Luciana de Campos Maciel, cujo impulso foi decisivo para realização deste trabalho, assim como à Patrícia Siqueira Castro, Juliana Rezende e Raul Gutierrez, incansáveis no apoio e incentivo.

Aos amigos agradeço a confiança e incentivo que tanto me impulsionam, nomeadamente, à José Roberto Pimenta de Oliveira, amigo de todas as horas, com quem debati os diversos aspectos deste trabalho e que me apoiou em seus momentos mais difíceis.

A meus amados pais, Almir e Joaquina, e a Daniel, pelo apoio moral e espiritual incessantes.

Letícia Queiroz de Andrade

Teoria das relações jurídicas
da prestação de serviço público sob regime de concessão

RESUMO

Este trabalho propõe-se a examinar o fenômeno jurídico da prestação de serviço público sob regime de concessão de um ponto de vista estritamente jurídico, isto é, a partir das relações jurídicas que servem de base para seu desenvolvimento, a saber: (i) a relação de *concessão* do serviço público entre concedente e concessionária, (ii) a relação de *prestação* do serviço público entre concessionária e usuário, e (iii) a relação de *garantia* da adequada prestação do serviços público sob regime de concessão que vincula usuário e concedente.

O primeiro Capítulo é dedicado ao esclarecimento das noções, conceitos, instrumentos e categorias jurídicas utilizadas nesse exame, quais sejam, o conceito e características gerais da relação jurídica, inclusive sua estrutura, e as peculiaridades das relações jurídico-administrativas.

Os Capítulos segundo e terceiro foram estruturados para revelar as distinções e interligações entre essas três relações jurídicas, mediante a análise de seus aspectos externos, *pressupostos*, e internos, que são seus *elementos*. O Capítulo segundo trata da *natureza jurídica, sujeitos, objeto, causa e finalidade* de cada uma dessas três relações jurídicas e o Capítulo terceiro contempla seu *conteúdo*.

Ao final deste estudo, concluiu-se que a geometria do fenômeno jurídico da prestação de serviço público sob regime de concessão tem caráter poligonal e pode ser associada à figura de um triângulo formado por três relações jurídicas distintas e interligadas.

Palavras-chave: relação jurídica; relação jurídico-administrativa; serviço público; concessão de serviço público

ABSTRACT

This study intends to examine the legal phenomenon of the rendering public service under concession from a strictly legal point of view, that is from the legal relations which are the basis for its performance, namely: (i) the public service *concession* relation between the grantor and the concessionaire, (ii) the public service *rendering* relation between the concessionaire and the user, and (iii) the ensuring of *adequate provision* of public services relation under a concession that links the user and grantor.

The first Chapter is devoted to clarifying the notions, concepts, instruments and legal categories that were used in this analysis, namely, the concept and general characteristics of the legal relationship, including its structure, and the peculiarities of the legal-administrative relations.

The second and third Chapters have been structured to reveal the distinctions and interconnections among these three legal relations through the analysis of its external aspects, *assumptions*, and internal ones, which are its *elements*. The second Chapter deals with the *legal nature, subjects, object, cause* and *purpose* of each of these three legal relations and the third Chapter contemplates its *core*.

In conclusion, the geometry of the phenomenon of rendering public service under concession has a polygonal character and it can be associated to a triangle figure formed by three distinct and interconnected legal relations.

Key-words: legal relationship; legal-administrative relations; public service; public service concession

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS.....	22
1.1 – CONCEITO DE RELAÇÃO JURÍDICA.....	23
1.1.1 – Relações jurídicas básicas e eficaciais e outras distinções relevantes.....	23
1.1.2 – Função operativa das relações jurídicas e a distinção entre situação e posição jurídica.....	26
1.1.3 – Caráter intersubjetivo e determinado das relações jurídicas.....	29
1.1.4 – Caráter concreto das relações jurídicas.....	33
1.1.5 – Relações jurídicas especiais de Direito Administrativo.....	36
1.1.6 – Relações jurídicas contratuais e estatutárias.....	41
1.2 – ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA.....	43
1.2.1 – Pressupostos e elementos das relações jurídicas.....	43
1.2.2 – Posições jurídicas interiores e exteriores às relações jurídicas: distinção entre direitos e poderes, faculdades e prerrogativas, obrigações, sujeições e deveres subjetivos e objetivos, encargos e status.....	53
1.3 – PECULIARIDADES DAS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS.....	68
1.3.1 – Caráter objetivo das relações jurídico-administrativas, o conceito de interesse público e a dimensão de sua preponderância.....	68
1.3.2 – Características especiais das posições jurídicas engendradas por relações jurídico-administrativas: direitos subjetivos públicos e deveres e obrigações administrativas.....	82
1.3.3 – Submissão a regime jurídico de Direito Público.....	102
1.3.4 – Caráter multilateral ou poligonal de certas relações jurídico-administrativas.....	103
CAPÍTULO II – NATUREZA JURÍDICA E PRESSUPOSTOS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB REGIME DE CONCESSÃO.....	106
2.1 – NATUREZA JURÍDICA.....	107

2.1.1 – Caráter de relações jurídicas básicas de conteúdo normativo especial de direito administrativo das relações de concessão e prestação e caráter eficaz e especial da relação de garantia.....	107
2.1.2 – Caráter estatutário, eficácia jurídica tripla e flexibilidade das normas regulamentares da concessão, em oposição ao caráter contratual, eficácia jurídica intra-partes e proteção jurídica de suas cláusulas contratuais.....	110
2.1.3 – Critério material de distinção entre as normas regulamentares e contratuais da concessão.....	114
2.1.4 – Natureza complexa da relação de concessão e a integração de seus aspectos regulamentar e contratual.....	121
2.1.5 – Natureza estatutária da relação de prestação.....	127
2.1.6 – Natureza estatutária da relação de garantia.....	130
2.2 – SUJEITOS.....	133
2.2.1 – O que é e quem pode ser poder concedente: desconcentração e descentralização das funções da entidade concedente, corte epistemológico, estatais reguladoras, vícios de competência.....	133
2.2.2 – O que é e quem pode ser concessionária: consórcios, SPEs, empresas estatais prestadoras de serviços públicos e concessionárias estatais.....	139
2.2.3 – O que é e quem pode ser usuário.....	143
2.3 – OBJETO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB REGIME DE CONCESSÃO.....	145
2.3.1 – Objeto da relação de concessão.....	145
2.3.1.1 – Função jurídico-econômica e política do instituto da concessão de serviços públicos e suas características jurídico-positivas.....	146
2.3.1.2 – Sistema de remuneração da prestação de serviços públicos sob regime de concessão.....	150
2.3.1.3 – Natureza jurídica do poder de exploração do serviço público.....	153
2.3.1.4 – As figuras jurídicas da Lei de Parcerias Público-Privadas.....	156
2.3.1.5 – Características jurídicas da delegação típica das concessões de serviços públicos e distinção em relação às permissões.....	160
2.3.2 – Objeto da relação de prestação.....	166

2.3.2.1 – Características da prestação de serviço público e a particularidade de seu regime jurídico.....	166
2.3.2.2 – O conceito de serviço público e as autorizações operativas.....	180
2.3.3 – Objeto da relação de garantia.....	186
2.4 – CAUSA JURÍDICA.....	189
2.4.1 – Causa da relação de concessão.....	190
2.4.2 – Causa da relação de prestação.....	191
2.4.3 – Causa da relação de garantia.....	193
2.5 – FINALIDADE DAS RELAÇÕES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB REGIME DE CONCESSÃO.....	194
CAPITULO III – CONTEÚDO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB REGIME DE CONCESSÃO.....	199
3.1 – NÚCLEO DE CONTEÚDO BÁSICO DAS DIVERSAS RELAÇÕES JURÍDICAS QUE SE DESENVOLVEM NO BOJO DA RELAÇÃO DE CONCESSÃO.....	199
3.1.1 – Distinção entre regulação econômica e controle interno derivado do poder concedente.....	200
3.1.2 – Caráter objetivo e regulamentar das prerrogativas administrativas e a discussão acerca de sua discricionária inserção nos vínculos administrativos.....	204
3.1.3 – Direitos e deveres pertinentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.....	213
3.1.4 – Efeitos jurídicos do regime da tarifa pelo custo ou tarifa contratada, moldura legal pertinente ao âmbito de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e mecanismos usualmente adotados para sua recomposição.....	216
3.2 – CONTEÚDO BÁSICO DA RELAÇÃO DE PRESTAÇÃO: POSIÇÕES JURÍDICAS QUE VINCULAM USUÁRIOS E CONCESSIONÁRIA.....	222
3.2.1 – O direito de prestação adequada e suas correlatas obrigações principais e anexas.....	223

3.2.2 – O direito do usuário à reparação de danos e a correlata responsabilidade patrimonial da concessionária de serviço público.....	225
3.2.3 – Direitos previstos no CDC: incompatibilidades e entrelaçamentos com outros direitos dos usuários de serviços públicos.....	232
3.2.3.1 – Direitos relacionados a características da prestação.....	236
3.2.3.2 – Direitos relacionados à reparação de danos.....	237
3.2.3.2.1 – Interpretação conforme à Constituição quanto à modalidade de responsabilidade.....	238
3.2.3.2.2 – Compatibilização da regra da solidariedade na reparação do dano e a subsidiariedade do concedente.....	240
3.2.3.2.3 – Direito à inversão do ônus da prova para reparação de danos quanto às alegações pertinentes à conduta da concessionária.....	242
3.2.3.2.4 – Direito a prazo de prescrição quinquenal para reparação de danos.....	243
3.2.3.3 – Direitos relacionados à informação e à fiscalização.....	244
3.2.3.4 – Tutela administrativa e judicial dos usuários.....	245
3.2.3.5 – Proteção contra práticas comerciais abusivas.....	248
3.2.3.6 – Direito à repetição do indébito por valor igual ao dobro do pagamento em excesso.....	249
3.2.4 – A obrigação de pagamento de tarifa para fruição do serviço.....	249
3.2.5 – Sujeição ao poder disciplinar exercido pela concessionária para o bom andamento do serviço.....	255
3.3 – CONTEÚDO DA RELAÇÃO DE GARANTIA.....	257
3.3.1 – Direitos subjetivos públicos reacionais e plenos dos usuários relacionados à configuração do serviço.....	258
3.3.2 – Direitos subjetivos públicos reacionais e plenos relacionados à fiscalização e aplicação de sanções por parte do concedente.....	263
CONCLUSÃO.....	266

INTRODUÇÃO

A realização de empreendimentos públicos por meio de concessões outorgadas à iniciativa privada antecede a noção de Direito Administrativo como disciplina jurídica autônoma. Pedro Gonçalves¹ informa que os primórdios das concessões de serviços públicos remontam à Grécia Antiga, época em que o instituto aparecia, na maioria das vezes, mesclado com a construção de obras públicas.

De acordo com Ange Blondeau², desse vínculo entre obras e serviços públicos resultou a designação de *concessão de obra pública* mesmo para concessões em que a atividade preponderante correspondia à prestação de um serviço, com a iluminação pública a gás, p. ex. Com base na teoria do “*vínculo indivisível*”, e na ausência de qualquer referência jurídico-positiva à *concessão de serviço público*, o Conselho de Estado francês estendeu a designação pertinente à obra pública até mesmo a concessões que sequer a contemplavam em seu objeto, como fez em relação a concessões de serviços funerários em que não se atribuía à concessionária obrigações de construção e manutenção de cemitérios, para o fim de aplicar à prestação de tais serviços as características até então atreladas à concessão de obra pública.

Contudo, por volta de 1880, com o desenvolvimento industrial e das aglomerações urbanas, ficou patente que a execução de obra pública não era necessária para que se caracterizasse uma concessão, assim como havia hipóteses em que a execução de obra pública não constituía seu objetivo principal, mas uma de suas obrigações.

A expressão *concessão de serviço público* passou a ser utilizada desde então, servindo para qualificar a concessão atribuída à Companhia de ônibus de

¹ Cf. pág. 45 de sua A concessão de serviços públicos, em que o autor escreve: “já na Grécia antiga as administrações das cidades confiavam tarefas públicas a certos cidadãos, que recebiam do público uma retribuição pelos serviços prestados e que pagavam uma renda às autoridades administrativas.”

² V. pág. 45 à 83 de La concession de service public.

Paris, em 1908, e mencionada, pela primeira vez, em um texto legal, no ano de 1910.

A partir daí, paulatinamente, o eixo em torno do qual as concessões giravam passou a ser a *noção de serviço público*, e não mais de obra pública, valorizando-se cada vez mais a primeira em detrimento da segunda, acentuando-se a submissão do instituto ao regime jurídico de Direito Público³.

Nosso direito positivo reflete bem a situação jurídica narrada por Blondeau: a Lei 8.987/95, *que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal*, confere clara proeminência ao instituto mencionado em sua ementa, e é ele, e não a concessão de obra pública, que tem assento constitucional.

Insta notar que, salvo por regras pertinentes à partilha competências legislativas, não há qualquer outra referência constitucional aos vínculos que a administração pública pode entreter com terceiros para a realização de suas tarefas, o que nos leva a concluir que o prestígio jurídico de referido instituto deve-se, como observado por Blondeau, a seu objeto, *a prestação de serviço público*, que é valorizado como poucos por nossa Constituição, que os associou ao regime jurídico que correntemente se aplica ao sujeito incumbido de promover referida prestação e que, para tanto, poderá se valer do aludido instituto, a fim de cumprir seus objetivos fundamentais.

Antes de passarmos à apresentação do trabalho desenvolvido nos três Capítulos que se seguem a esta Introdução, vale fazer breve alusão ao quadro histórico pertinente às concessões de serviço público no Brasil e às obras jurídicas dedicadas a seu estudo.

³ Nesse sentido, confirmam-se as seguintes palavras do autor: “*Par là, on leur procure l’application de règles communes, destinées à donner satisfaction à un but que leur est commun à toutes, en dépit de leur diversité apparente, et qui est leur but essentiel: la gestion d’un service public; ces règles communes, c’est le droit de la concession, regime de droit public.*” (cf. pág. 82/83 da ob. cit)

A primeira concessão de serviço público do Brasil parece ter sido a que foi outorgada por D. Pedro 1º, em 1828, para implantação, operação e manutenção do serviço de iluminação pública a gás na cidade do Rio de Janeiro, à qual se seguiu outra, em 1835, para a construção e exploração de estradas de ferro também no sudeste do País.

Segundo consta dos anais de nossa história, essas duas primeiras experiências com as concessões de serviços públicos malograram desde seu início por insuficiência de capital das concessionárias, razão pela qual o primeiro empreendimento efetivamente realizado sob regime de concessão no Brasil foi a construção e exploração da Estrada de Ferro Mauá, pelo Barão de Mauá, em 1849.

Ainda no tempo do Império, seguiram-se outras concessões para a construção de rodovias, pontes e estradas de ferro em outras regiões do País, e para implantação de sistema de iluminação pública a gás, dentre eles aquele cujo reservatório situava-se no bairro do gasômetro em São Paulo.

O final do Império e início da República foi marcado pela outorga de diversas concessões de serviços públicos a empresas estrangeiras, especialmente nas áreas de estradas de ferro, trilhos urbanos, energia elétrica e telefonia, sendo de se destacar a presença do Grupo Light - *Brazilian Traction, Light and Power Co. Ltd.* - e AMFORP - *American & Foreign Power*.

Contudo, a segunda guerra mundial e a escalada da inflação contribuíram para o desequilíbrio dos contratos de concessão e a conseqüente descapitalização das empresas concessionárias, que deixaram de investir na expansão e modernização dos sistemas e equipamentos necessários para a prestação dos serviços públicos.

A insatisfação com a baixa qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias, que reivindicavam a revisão do valor das tarifas e obtinham empréstimos de instituições oficiais em parte repassados aos países de origem, recrudescu o sentimento de que o povo brasileiro estava sendo explorado por

empresas estrangeiras, o que acabou resultando na desapropriação ou compra das ações e acervo dos bens dessas empresas.

Inserida nesse contexto, a produção de obras jurídicas sobre as concessões de serviços públicos consubstanciou-se, basicamente, em artigos e pareceres, dedicados à resolução de problemas jurídicos concretos relacionados às concessões de serviço público vigentes, com base em aprofundado cabedal teórico.

Os temas mais tratados à época foram: critérios para determinação do valor das tarifas e sua revisão, formas e condições de rescisão unilateral das concessões, reversão de bens ao Estado e regulamentação dos serviços públicos concedidos. Versando sobre temática jurídica mais pura, merecem destaque a obra de Mário Masagão e o estudo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sobre a natureza jurídica das concessões de serviços públicos, publicados, respectivamente, em 1933 e 1951.

Com a assunção dos serviços públicos por “concessionárias” estatais, a produção de obras jurídicas sobre as concessões propriamente ditas, durante as décadas de 70 e 80, praticamente cessou. É, entretanto, dessa época, a *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, que, embora não tenha sido exclusivamente dedicada às concessões, revela a preocupação do autor com seu objeto e com os instrumentos necessários para sua execução.

A busca de instrumentos para melhoria na prestação dos serviços públicos e de ampliação da participação da iniciativa privada foi registrada também na separata da Revista de Direito Público, volume 98, abril-junho de 1991, em que se transcreveu debate promovido pelo Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial – IDEPE, no Seminário sobre Iniciativa Privada e Serviços Públicos, do qual participaram os seguintes conferencistas: Eduardo García de Enterría, Carlos Mário Velloso, Agustin Gordillo, Tomás-Ramon Fernandez, Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Mello, Weida Zancanner, Sérgio Ferraz, Adílson Abreu Dallari, Carlos Ari Sundfeld, Torquato

Lorena Jardim, Carlos Pelegrino, Aires Fernandino Barreto e Lúcia Valle Figueiredo.

Já nessa primeira metade da década de 90, iniciou-se o processo de privatizações de empresas estatais prestadoras de serviços públicos e outorga de concessões à iniciativa privada, ao que se seguiu o advento da Lei 8.987/95, e com ela o forte estímulo à produção de obras jurídicas sobre as concessões de serviços públicos.

Voltadas ao exame do regime jurídico delineado pela nova lei surgiram: em 1995, *Concessão e Permissão de Serviços Públicos*, de Luiz Alberto Blanchet; em 1996, *Concessão de Serviço Público*, de Antônio Carlos Cintra do Amaral⁴; *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*, de Cármen Lúcia Antunes Rocha; *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, de Arnaldo Wald; em 1997, *Concessões de Serviços Públicos*, de Marçal Justen Filho⁵; *Concessões e Permissões de Serviços Públicos*, de José Carlos de Oliveira; e em 1998, *Concessão de Serviços Públicos*, de Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar; e *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei nº 8.987/95*, de Benedicto Porto Neto.

Mais recentemente, foram produzidos diversos artigos e livros, que tratam das leis setoriais sobre serviços e bens públicos, tais como portos, telecomunicações⁶, petróleo e gás, bem como das agências reguladoras criadas a partir da segunda metade da década de 90, nos quais as concessões de serviços públicos são mencionadas, embora não tenham ocupado lugar central em tais estudos.

Mencione-se, por fim, a produção dedicada ao exame da Lei 11.079/04, que instituiu as Parcerias Público-Privadas (PPPs), sob as modalidades de concessão administrativa e patrocinada, submetidas a regramento diverso do

4 Esta obra de Antônio Carlos Cintra do Amaral foi atualizada e relançada em 2002.

5 Esta obra de Marçal Justen Filho foi atualizada, reconcebida, ampliada e relançada, em 2003, com o título *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*.

6 Vale ressaltar, entretanto, que o art. 210 da Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/97 – afasta expressamente a aplicação do regime da Lei Geral de Concessão de Serviços Públicos.

aplicável às concessões comuns, assim entendidas como as exclusivamente reguladas pela Lei 8.987/95.

O presente trabalho insere-se, evidentemente, nesse contexto, propõe-se a enfrentar as principais discussões jurídicas a respeito dos temas que lhe são pertinentes, mas não é dedicado às alterações no regime jurídico das concessões de serviços públicos, até porque não há, em nossa opinião, muitas alterações substanciais em relação a ele.

No Brasil, a titularidade dos serviços públicos e dos empreendimentos de infra-estrutura permanece atribuída ao Poder Público, por força do artigo 175 da Constituição da República, em virtude de que o instituto da concessão de serviço público continua sendo o principal instrumento para que a iniciativa privada possa participar da prestação de serviços públicos.

Com efeito, o instituto da concessão de serviços públicos está indissociavelmente atrelado à titularidade estatal sobre a prestação de serviços públicos. Como diz Pedro Gonçalves, que enfrenta o tema da concessão à luz das inovações introduzidas na Comunidade Européia, “*é indesmentível que o fim da administração do serviço público será também o fim da concessão de serviços públicos.*”⁷, sendo essa também a razão pela qual o Direito dos Estados Unidos da América não contempla instituto que lhe seja equivalente.

Entretanto, o objeto principal de nosso estudo não é o instituto das concessões de serviço público, em si mesmo considerado, mas sua aplicação à prestação de serviços públicos: trata-se da prestação de serviço público que resulta do regime de concessão, e não o contrário.

A originalidade do exame que iremos empreender do fenômeno jurídico da *prestação de serviço público sob regime de concessão* deriva do enfoque por meio do qual o abordaremos, postura que resulta do ensinamento de nosso maior mestre e orientador, Celso Antônio Bandeira de Mello, e que consiste em *manter*

⁷ Cf. pág. 7 da ob. cit.

sob mira o verdadeiro objeto do direito, as relações jurídicas⁸, a fim de que desse estudo se possa extrair o regime jurídico rigorosamente correspondente ao fenômeno jurídico visado.

Trata-se, portanto, de examinar o fenômeno intrinsecamente jurídico da mencionada prestação⁹, vislumbrado sob o prisma das relações jurídicas que constituem sua base de desenvolvimento, ótica que valoriza as posições jurídicas dos sujeitos envolvidos por tais relações, mais do que os preceitos aplicáveis à matéria. Em outras palavras: buscamos revelar o *Direito Subjetivo*¹⁰ que lhe é pertinente ao fenômeno jurídico em apreço.

Em que pese ter sido ressaltada há algum tempo por alguns autores, como Fritz Fleiner (1928)¹¹, Ruy Cirne Lima (1939)¹², Renato Alessi (1946)¹³, Ernst Forthoff (1950)¹⁴ e Celso Antônio Bandeira de Mello (1968)¹⁵, a importância do estudo dos fenômenos do Direito Administrativo sob o prisma de suas relações jurídicas vem sendo especialmente reconhecida pela doutrina atual, destacadamente a que provém de autores alemães¹⁶.

⁸ Antes de estar em voga o estudo dos fenômenos do Direito Administrativo sob o prisma de suas relações jurídicas, como adiante se verá, Celso Antônio Bandeira de Mello já fazia referência à tal postura metodológica para o exame das realidades jurídicas (v. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, publicada em 1968, pág. 158).

⁹ Outra forte influência da abordagem escolhida para tratamento do tema objeto deste trabalho foi a magnífica obra de Renato Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, da qual transcrevemos o seguinte trecho, que destaca a razão de ser e função do trabalho que pretendemos empreender: “*Questa, adunque, sostanzialmente, la ragione d’essere e la funzione di una teoria delle prestazioni amministrative ai privati, funzione, ripeto, di integrazione della teoria dei servizi pubblici, inquanto rivolta ad una scientifica sistemazione del fenomeno intrinseco dell’esplicazione concreta del servizio e del rapporto giuridico al quale l’esplicazione stessa dà luogo*”. (p. 32 – destaques nossos)

¹⁰ Expressão que grafamos com letras maiúsculas para distinguir o *todo* de uma de suas *partes* mais salientes, os *direitos subjetivos*, e marcar a diferença em relação a outro possível enfoque do tema, por meio de seu *Direito Objetivo*.

¹¹ *In Instituições de Direito Alemão*, a partir da 8ª Ed., conforme informa Otto Bachof em seu *Direito Administrativo*, Vol. 1, à pág. 495.

¹² A primeira edição de seu *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro* já continha um capítulo dedicado à relação jurídica administrativa, que também mereceu obra específica, intitulada *A Relação Jurídica no Direito Administrativo*, publicada em 1952.

¹³ *In Le prestazioni amministrativa reze ai private*.

¹⁴ *In Traité de Droit Administratif Allemand*.

¹⁵ *In Natureza e regime jurídico das autarquias*.

¹⁶ Nesse sentido, Hartmut Maurer, *in Direito Administrativo Geral*, 14ª. Ed., e Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober, *in Direito Administrativo*, vol. 1. Além desses autores, Vasco

Segundo Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva¹⁷, a doutrina alemã atualmente majoritária, com a qual concorda, propõe que o instituto da *relação jurídico-administrativa* substitua o *ato administrativo* como eixo central de estudo dos problemas pertinentes ao Direito Administrativo, diversamente da doutrina italiana, que atribui essa função ao *processo administrativo*.

De acordo com o autor citado, a dogmática clássica que ancorava o estudo do Direito Administrativo na figura do *ato administrativo* entrou em crise com a passagem do Estado Liberal, que era marcado pelo caráter agressivo de sua atuação, para o Estado Social e Democrático, que adquiriu funções constitutivas e prestacionais.

*O instituto do ato administrativo, que tanto serviu para demarcar os limites da atuação administrativa, deixa de ser um instrumento jurídico flexível e adequado para a resolução dos novos problemas com que se defrontava a moderna administração*¹⁸, de quem se passou a esperar o reconhecimento e atribuição de novos direitos, assim como a prestação de bens e serviços, que, após obtidas, deveriam ser garantidas.

Nas palavras do autor citado: *“Está-se, pois, perante uma crise do acto administrativo, a qual não resulta apenas da proliferação de novas, e muito freqüentes, formas de actuação distintas, mas decorre também de se ter passado a considerar a decisão final da Administração apenas como “um momento” da actuação administrativa, que tem de ser entendida em função daquilo que a precede, assim como das ligações jurídicas a que dá origem, ou de que é o resultado, e não como uma realidade isolada, final e perfeita”*¹⁹.

De fato, o ato administrativo constitui apenas um momento do fenômeno jurídico relativo às prestações que a administração pública deve desenvolver em prol dos cidadãos, além de ser certo que põe em maior evidência apenas um dos

Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva cita os seguintes: Haberle, Henke, Bauer, Achterberg, Erichsen, Martens (*In Em busca do acto administrativo perdido*, pág. 116).

¹⁷ *Em busca do acto administrativo perdido*, pág. 113.

¹⁸ Ob. cit., pág. 71.

¹⁹ Ob. cit., pág. 110.

pólos da relação jurídica que lhe é pertinente. Por isso, o instituto da relação jurídico-administrativa permite que se represente e vislumbre melhor o equilíbrio entre os *deveres e prerrogativas da administração* e os *direitos e sujeições dos cidadãos*, sem conferir acento maior aos *poderes* da administração²⁰.

Contudo, e conquanto se reconheça a força criativa que se segue à *destruição*, consideramos que a ciência não é um bom espaço para radicalismos, pois, a nosso ver, alberga com maior proveito a *evolução* em torno de boas idéias e construções. De modo que, os ganhos obtidos com o já secular estudo do *ato administrativo* não recomendam que se descarte a importância que tem para a resolução de alguns problemas jurídicos, seja porque os *novos* problemas não implicam o desaparecimento dos já conhecidos, seja em razão de que não é de todo administrativo que deriva uma relação jurídico-administrativa, assim como nem toda relação jurídico-administrativa corresponde um ato administrativo²¹.

Além disso, a experiência demonstra que sobrecarregar um só eixo - seja ele formal ou material - como centro para o estudo do Direito Administrativo, acaba por comprometer sua funcionalidade, em razão do “excesso de carga” de que passa a padecer, razão pela qual se deve distribuí-la por mais de um²².

²⁰ Nesse sentido, o autor brasileiro que primeiro e mais se preocupou em elaborar um estudo progressista do Direito Administrativo, deslocando a tônica que se punha nos *poderes* da administração para seus *deveres*, foi Celso Antônio Bandeira de Mello. A preocupação do autor citado em afastar o caráter autoritário que normalmente se atrelava ao Direito Administrativo é expressamente revelada na justificativa para o título atribuído à obra *Ato Administrativo e Direito dos Administrados* (destaque nosso), que publicou na época em que se vivia sob ditadura, cf. se tem da introdução à obra citada.

²¹ Embora seja corretíssima a observação de Cirne Lima no sentido de que: “*não raro o ato administrativo suponha relações jurídicas e, não raro, as originais.*”, in Relação Jurídica no Direito Administrativo, p. 61.

²² Importa esclarecer que Vasco Pereira da Silva não chega a propor que a relação jurídica seja vista como instituto monopolístico no qual tenham que se reencaxadas todas as realidades jurídico-administrativas. As seguintes palavras permitem entender bem o pensamento do autor: “*Entender a relação jurídica como chave da dogmática do Direito Administrativo significa tão só, considerar que a maior – e mais importante – parcela das situações administrativas corresponde a um esquema relacional (...), e não que não possam existir realidades, cuja explicação deva ser feita sem o recurso a essa figura (v.g. os deveres administrativos de caráter objetivo, as regras relativas à organização administrativa, ou os direitos da Administração sobre o domínio público).*” (à página 175 da ob. citada)

Em suma: há espaço para ambas teorias e, mais ainda, para sua integração²³.

E, para desenvolver estudo sob tal enfoque, não vislumbramos melhor objeto que a *prestação de serviço público sob regime de concessão*, fenômeno jurídico riquíssimo ao redor do qual gravitam diversas relações jurídicas.

Cumprir mencionar, entretanto, que o escopo deste trabalho não abrange toda a rede de relações jurídicas que concorram ou decorram de tal fenômeno jurídico, mas, tão somente, as três relações jurídicas que lhe servem de base: (i) a relação de *concessão* do serviço público entre concedente e concessionária, (ii) a relação de *prestação* do serviço público entre concessionária e usuário e (iii) a relação de *garantia* da adequada prestação do serviços público sob regime de concessão que vincula usuário e concedente.

Nesse sentido, o trabalho ora apresentado foi estruturado para revelar as distinções e interligações entre essas três relações jurídicas, a partir de cada um de seus pressupostos e elementos, para o que foi necessário investigar, antes, o conceito e características gerais das relações jurídicas e as peculiaridades das relações jurídico-administrativas.

²³ Nesse sentido, vale referir a opinião de Hartmut Maurer, que, a despeito de elogiar os esforços no sentido de valorizar a figura da relação jurídica no estudo do Direito Administrativo, menciona que não existe “a” relação jurídica administrativa, mas somente uma pluralidade de relações jurídicas administrativas reguladas e formadas muito diferentemente, razão pela qual seu estudo particular (relação de subvenção, relação funcional, etc.) é mais proveitoso do que seu estudo como categoria geral do Direito Administrativo, da qual não se tira conhecimentos e conseqüências suficientes para que possa servir como conceito central dirigente de um sistema do direito administrativo, concluindo também no sentido de conciliar os institutos, do seguinte modo: “*Sob esse aspecto, relações jurídicas administrativas e ato administrativo, também na perspectiva dogmático-jurídica, não formam institutos que se suprimem reciprocamente, mas que se complementam reciprocamente. De resto, deveria hoje dominar concordância sobre isso, que o ato administrativo não é “a” forma de atuação da administração, mas somente “uma” entre outras. Ele é, todavia, para o direito administrativo, que concerne preponderantemente às relações jurídicas estado-cidadão, de significado considerável.*”, pois, se é certo que é apenas uma fotografia momentânea de relações que se desenvolvem em seu interior, deve ser acrescentado que “*não se trata de um momentâneo qualquer, mas do instante determinante, ou seja, a data na qual o procedimento administrativo é concluído e as relações jurídicas são reguladas e formadas para o futuro.*” (Direito Administrativo Geral, p. 193/194 – destaques nossos)

Assim, o primeiro Capítulo é dedicado ao esclarecimento dessas noções estruturais, em torno das quais o trabalho foi construído, quais sejam, o conceito e características gerais da *relação jurídica*, passando por seus pressupostos e elementos constitutivos, com destaque para as posições jurídicas que concretamente atribui aos sujeitos por meio dela vinculados.

Além dessa exposição sobre o conceito e características das relações jurídicas pertinentes à Teoria Geral do Direito, o Capítulo primeiro contempla as peculiaridades das relações jurídico-administrativas, tanto no que se refere à sua estrutura quanto à finalidade por meio delas visada.

O capítulo segundo trata do exame distintivo e comparativo das três relações jurídicas em apreço quanto a seus *pressupostos* (sujeitos, objeto, causa e finalidade) e a sua *natureza jurídica*, que associamos à forma jurídica singular sob a qual tais relações se apresentam.

Conquanto a forma jurídica seja elemento constitutivo da correspondente relação jurídica, optou-se por tratá-la já no segundo capítulo, em razão da natureza introdutória dos comentários que lhe são pertinentes, de modo que sua abordagem já no início do exame das três relações jurídicas facilita a compreensão dos demais temas.

No terceiro capítulo, tratamos do *conteúdo*, que é o outro elemento constitutivo de uma relação jurídica, de cada uma dessas três relações jurídicas.

É o que segue.

CAPÍTULO PRIMEIRO

RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

Relações jurídico-administrativas são as relações jurídicas peculiares ao Direito Administrativo. O que isso efetivamente significa será, espera-se, esclarecido ao longo deste Capítulo, o que não se pode adequadamente realizar sem, antes, passarmos pelo conceito e características gerais da estrutura que se especializa com a matéria do Direito Administrativo, qual seja, a relação jurídica.

Além de ser um conceito fundamental do Direito¹, a *relação jurídica* ocupa lugar proeminente neste trabalho, estruturado em torno dela por tomá-la como eixo para compreensão do fenômeno jurídico que constitui seu objeto. Impõe-se, portanto, que o correspondente conceito, seus elementos constitutivos e demais aspectos existenciais das relações jurídicas sejam expostos desde o princípio.

Após esta parte geral, serão destacadas as características peculiares das *relações jurídico-administrativas*, a saber, seu *caráter objetivo*, diverso do caráter subjetivo que caracteriza as relações jurídicas privadas, e outras características especiais relativas às posições jurídicas por meio delas engendradas (*direito subjetivo público e os deveres e obrigações administrativas*), à sua *regência*, e *abrangência*.

¹ Conceito fundamental do Direito, segundo **Lourival Vilanova**, é aquele sem o qual o ordenamento jurídico não é possível (v. pág. 160/161 de sua Causalidade e Relação no Direito). No mesmo sentido, as seguintes palavras de **Marcos Bernardes de Mello**: “o mundo jurídico é definido pelas normas jurídicas, construído pelos fatos jurídicos e integrado pelas relações jurídicas. Norma jurídica, fato jurídico e relação jurídica são, portanto, conceitos essenciais da juridicidade.” (in Teoria do Fato Jurídico, Plano da Eficácia, 1ª. Parte, p. 80 - destaques no original).

1.1 – CONCEITO DE RELAÇÃO JURÍDICA

1.1.1 *Relações jurídicas básicas e eficaciais e outras distinções relevantes*

As relações jurídicas resultam da incidência de normas jurídicas gerais e abstratas que prevêm posições jurídicas a sujeitos de direitos, ou, são, elas próprias, fatos jurídicos de que tais posições jurídicas emanam.

Na primeira hipótese, a relação jurídica corresponde à concreção e subjetivação do comando previsto na norma abstrata, geral e objetiva; na segunda, é a própria fonte criativa de posições jurídicas subjetivas, assim reconhecida pelo Direito.

Em qualquer hipótese, a constituição da relação, enquanto fenômeno jurídico, resulta sempre da ocorrência de um fato jurídico, que pode ou não ser, em si mesmo, um fato relacional.

Tendo em vista essas duas hipóteses, **Pontes de Miranda**² distingue as relações jurídicas que são relações inter-humanas juridicizadas - *relações jurídicas básicas* ou *fundamentais*, assim denominadas em alusão à aptidão para gerar outras relações jurídicas -, das *relações jurídicas intrajurídicas* ou *eficaciais*, de tal modo nomeadas porque só se verificam no campo dos efeitos jurídicos³.

² In *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Tomo I, págs. 117 à 124.

³ Com o fim de deixar claro que toda relação jurídica é eficaz, ou seja, é efeito do fato jurídico, **Lourival Vilanova** relativiza a distinção vislumbrada por **Pontes de Miranda**, advertindo para que, sob outro enfoque, as relações que Pontes denomina *eficaciais* podem ser também tomadas como fatos jurídicos geradores de outras relações jurídicas, de acordo com o que seriam *fundantes*, e não *fundadas*, e assim sucessivamente, como decorrência da *relatividade tópica de fatos e efeitos jurídicos*. Confirmam-se as seguintes palavras do autor na obra citada, à página 165: “*Por esse princípio da relatividade tópica de fatos jurídicos (causa) e efeitos jurídicos, o que é relação básica, num ponto, é relação fundante, noutra tópico.*” Embora seja certo que ambas situam-se no plano dos efeitos, o que, aliás, também é reconhecido por **Pontes de Miranda** (v. p. 75 da ob. citada), parece-nos nítida e inegável a distinção entre as

Enquanto as relações jurídicas fundamentais são o próprio fato jurídico, as relações jurídicas intrajurídicas são *efeitos* do fato jurídico: a diferença entre o *ser* eficácia e o *ter* eficácia do fato jurídico, como diz **Pontes**⁴.

Ambas situam-se, portanto, no plano dos efeitos jurídicos, embora seja certo que a eficácia que a relação jurídica básica extrai do fato jurídico consista na vinculação jurídica entre os sujeitos relacionados, sem que necessária e imediatamente ocorram os demais efeitos jurídicos previstos em lei ou em seu próprio conteúdo.

Assim, a despeito de *ser* eficácia do fato jurídico, a relação jurídica básica a tanto não se restringe porque constitui, também, a *base jurídica em que se desenvolverão outros efeitos jurídicos* a ela conectados por força de lei ou de outro tipo de estatuto, como ocorre, por exemplo, relativamente à relação matrimonial, ou, que decorram de seu próprio conteúdo, o que se verifica, por exemplo, nos contratos.

Advirta-se desde já, entretanto, que não se deve confundir a *relação jurídica* com o fato jurídico que ocasiona sua constituição e que, enquanto tal, é externo a ela, pois, ao contrário, estar-se-ia confundindo a *causa*, que é o fato jurídico, com o *efeito*, que é a relação jurídica.

A confusão é passível de ocorrer quando o fato juridicizado pelo Direito é em si mesmo uma relação e, ao mesmo tempo, possui aptidão para gerar outras relações jurídicas. Nesse caso, ambos são relações jurídicas, tanto o fato gerador das relações quanto os efeitos por ele gerados, o que se verifica, por exemplo, nos contratos, que são, em si, uma relação jurídica, cuja declaração de existência

duas hipóteses de relações jurídicas, tendo em vista que a relação jurídica fundamental, conquanto não deixe de ser efeito jurídico, qual seja, a juridicização do fato consubstanciado na relação intersubjetiva, não é só efeito, mas também causa de outros efeitos, de modo muito mais freqüente do que se verifica quanto à relação jurídica eficaz. Para arrematar essa questão, vale citar as seguintes palavras de **Pontes de Miranda**, que ilustram bem seu pensamento: “*A relação jurídica básica não é eficácia do fato jurídico. É eficácia legal, eficácia da regra jurídica que incidu. A eficácia jurídica, irradiação do fato jurídico e da própria relação jurídica, é outra coisa. Posto que espécie de relação jurídica.*” (Ob. cit., p. 120).

⁴ Ob. cit., p. 122.

se pode pleitear desde o momento de sua celebração, ainda que não produza outros efeitos para além do dever dos contratantes de cumprir o pacto que existe entre eles, e que é também um fato jurídico produtor de outras relações jurídicas entre as partes vinculadas, como, por exemplo, as relações jurídicas para entrega de uma coisa, que podem ocorrer durante e até mesmo após a extinção da relação jurídica contratual básica.

Tal complexidade deriva da já mencionada *relatividade tópica entre fatos e efeitos jurídicos* e é especialmente evidente quando se têm em mira relações jurídicas duradouras.

A fim de destacar alguns imperativos práticos da distinção entre o ato-relação jurídica e seus *efeitos*-relações jurídicas, mencione-se o alerta de **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁵ para que sejam separados os atos, dos efeitos por eles produzidos, quando esteja em pauta o tema de sua extinção, assim como há cogitações que só fazem sentido quando se vislumbra a relação jurídica que é também um ato produtor de efeitos, como, por exemplo, as que se referem às suas condições de validade.

Contudo, a despeito da necessária separação, não se deve negar a condição de relação jurídica ao próprio *ato* apenas porque dele resultarão outras relações jurídicas: deve-se apartar uma das outras, mas não negar a existência de ambas relações jurídicas.⁶

⁵ Págs. 438 e segs. de seu Curso de Direito Administrativo.

⁶ Em sentido oposto a tal entendimento, confira-se o que diz **A. von Thur**, que nega a condição de relação jurídica aos contratos, tomando-os exclusivamente como fato jurídico gerador de relação jurídica, como se tem das seguintes palavras: “*Denominamos, pues, relación jurídica, a los efectos jurídicos de las relaciones humanas*”, de modo que, esclarece na correspondente nota de rodapé: “*los hechos de que fluyen las relaciones jurídicas, no deben designarse a su vez como relaciones jurídicas ...[omissis]. La conclusión de un contrato, por ejemplo, constituye la causa que origina ciertas relaciones entre A y B; estas relaciones son la relación jurídica.*” (in Teoría General del Derecho Civil, vol. 1, pág. 127 – destaques nossos)

1.1.2. Função operativa das relações jurídicas e a distinção entre situação e posição jurídica

Embora refira que apenas as relações jurídicas eficaciais são ontologicamente jurídicas⁷, **Pontes de Miranda** sustenta que não se deve estreitar o conceito de relação jurídica apenas a elas, opinião à qual, como dito, filiamo-nos, pois é também relação jurídica, até mesmo em seu sentido estrito, a que decorre da incidência da norma jurídica sobre alguma relação social, tanto é assim, acrescenta Pontes, que cabe ação declaratória de existência de relação jurídica quanto a ela.

De fato, tanto na primeira quanto na segunda hipótese, a relação jurídica tem função e finalidade semelhantes, a saber, *a atribuição de posições jurídicas concretas a sujeitos de direito individualizados*, seja por força do que prescreve o comando normativo geral e abstrato, que, por meio dela se individualiza e concretiza, seja em virtude do que prevê seu próprio conteúdo.

Ressaltando esse caráter operativo das relações jurídicas, **Pietro Perlingeri** as define como *ordenamento do caso concreto*⁸, idéia que nos permite dizer que o conjunto de relações jurídicas pertinentes a um determinado ordenamento compõe seu *Direito Subjetivo*, expressão cujas letras iniciais foram

⁷ Em virtude do que a qualifica como *intrajurídica* (v. ob cit., p. 130), embora seja certo que toda relação jurídica é *intrajurídica* no sentido de ser fenômeno interno ao Direito. A diferença é que a constituição da relação dita *intrajurídica* opera-se exclusivamente no plano jurídico, ao passo que a outra relação é materialmente constituída, enquanto relação, no plano dos fatos, mas só pode ser adequadamente qualificada como relação *jurídica* após - e na medida de - sua juridicização, o que significa dizer que também essa relação jurídica é constituída, enquanto relação jurídica, pelo Direito. As seguintes palavras de **Hans Kelsen** são esclarecedoras: “*Porém, assim como o direito subjetivo não é o interesse protegido pelas normas jurídicas mas a proteção consistente nessas mesmas normas, também a relação jurídica não é uma relação da vida que seja extrinsecamente regulada ou determinada pelas normas jurídicas como se fosse um conteúdo vestido pela forma jurídica, mas esta mesma forma, quer dizer, uma relação que somente é constituída, instituída ou criada pelas normas jurídicas. A relação jurídica matrimonial, por exemplo, não é um complexo de relações sexuais e econômicas entre dois indivíduos de sexo diferente que, através do Direito, apenas recebem uma forma específica. Sem uma ordem jurídica não existe algo como um casamento.*” (in Teoria Pura do Direito, pág. 187 – destaques nossos)

⁸ In Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional, p. 116

grafadas com maiúsculas a fim de diferenciá-la da que é utilizada para referir uma determinada posição jurídica, talvez a mais importante delas, que é o *direito subjetivo*.

Em razão da proeminência de tal posição jurídica subjetiva, há inclusive quem restrinja o conceito de relação jurídica aos vínculos por meio dos quais são atribuídos *direitos subjetivos* aos correspondentes sujeitos ativos, como propõem **Manuel A. Domingues de Andrade**⁹ e **Ugo Rocco**¹⁰.

Quanto a nós, discordamos da restrição do conceito de relação jurídica aos vínculos atributivos de direitos subjetivos e seu par correlato que é a obrigação, porquanto há diversas outras posições jurídicas que se amoldam perfeitamente à mesmíssima estrutura relacional que alberga o famoso par, de modo a ser possível afirmar que as relações jurídicas não são por si mesmas distintas, em razão das posições jurídicas diversas que atribuem aos sujeitos por meio delas correlacionados.

Com efeito, a restrição do conceito de relação jurídica àquela que alberga o par direito subjetivo/obrigação traria ainda uma série de inconvenientes, sobretudo na área do Direito Administrativo, em que há diversas outras posições jurídicas correlacionadas que não o direito subjetivo e a obrigação, em virtude do que seria necessário criar conceitos e nomenclaturas distintas para cada par correlacionado, sem que haja, como dito, diferença estrutural e funcional do vínculo que os une.

Em sentido inverso, há autores que *ampliam* o conceito de relação jurídica, de maneira a abarcar realidades que nos parecem demasiado diversas

⁹ In Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. 1, pág 2: “*Relação jurídica – stricto sensu – vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um **direito subjetivo** e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.*” (destaque nosso)

¹⁰ In Trattato di Diritto Processuale Civile, pág. 29: “a relação jurídica outra coisa não é que uma relação da vida social, regulada total ou parcialmente pelo direito objetivo da qual consta um sujeito ativo (sujeito do **direito subjetivo**), um sujeito passivo (sujeito da obrigação jurídica) e um conteúdo, constituído pelo conteúdo do direito e da obrigação jurídica.” (destaque nosso)

para receberem o mesmo tratamento jurídico e serem, por isso, acomodadas sob a mesma rubrica.

Nesse sentido ampliativo, **Lourival Vilanova**¹¹ estende o conceito de relação jurídica para nele abarcar também os efeitos jurídicos que correspondem à mera qualificação de fatos, coisas e pessoas, como a personalidade, nacionalidade e maioridade.

Tais qualificações, pondera o autor citado, não deixam de ser um efeito mínimo da incidência da norma jurídica sobre fatos jurídicos e só existem para que os sujeitos aos quais ditas qualificações se aplicam possam ocupar posições em relações jurídicas, de modo que só existem em função de relações jurídicas e dentro delas se encontram¹².

Por tal motivo, **Vilanova** considera que esse *efeito mínimo* legal consistente na qualificação de pessoas, objetos e atos, também é relação jurídica, ainda que em sentido amplo¹³.

Conquanto seja certo que o efeito qualificador da norma só faz sentido no interior de relações jurídicas, não nos parece que por tal motivo deva ser ele mesmo tomado como uma relação jurídica, ainda que em sentido amplo, sobretudo em razão da *unipolaridade* de tal situação jurídica, que, ao contrário

¹¹ Ob. citada, págs. 68 à 73.

¹² Com a palavra, o autor: “*Toda qualificação é em função dos sujeitos-de-direito: nada é móvel ou imóvel, negociável ou “extracommercium”, expropriável, sem estar no interior de relações jurídicas em sentido amplo.*” (ob. cit., pág. 73)

¹³ Para que se entenda melhor a razão pela qual o autor insere o efeito qualificador da norma jurídica no campo objetivo abrangido pelo conceito de relação jurídica, é importante acrescentar que, a despeito de admitir a distinção entre tal efeito e o que gera relações jurídicas em sentido estrito, considera que a interpenetração existente entre as duas categorias torna mais exato tratá-las como uma só. Vale conferir as palavras do autor (p. 89/90 da obra citada): “*Uma tipificação possível dos efeitos (o plexo eficaz) é a que partilharia assim: fatos jurídicos que trazem a formação de “status” pessoais (ser cidadão, ser estrangeiro); fatos jurídicos que importam na constituição, modificação e desconstituição de normas jurídicas; fatos jurídicos que têm como efeitos a constituição, modificação e desconstituição de relações jurídicas, em sentido estrito e, finalmente, fatos jurídicos de efetivação do direito vigente.*” E, mais adiante, acrescenta: “*Essas linhas divisórias demarcam fronteiras que se interpenetram. Talvez o mais exato seria distinguir os fatos jurídicos que têm por efeito normas, e os fatos jurídicos que têm por efeito relações jurídicas. Relações em sentido amplo, e relações em sentido estrito, ou técnico-dogmático.*” (destaques no original). Em suma, por força do alargamento do conceito de relação jurídica, do fato jurídico só poderiam resultar dois tipos de efeito, a norma ou a relação jurídica.

do que sustenta Lourival Vilanova, não é, a nosso ver, meramente aparente, pois tais qualificações só serão efetivamente relevantes para *outrem* se, e quando, constituída uma relação jurídica originária de fato jurídico por elas integrado, mas que a elas não se resume¹⁴.

A denominação desse efeito qualificador da norma sobre o fato como *situação jurídica uniposicional*, proposta por **Torquato Castro**¹⁵, é bastante adequada para indicar sua realidade jurídica, entendendo-se *situação jurídica* como categoria cuja denotação abrange todos os efeitos do fato jurídico, o que inclui, mas não se restringe à relação jurídica.

Termos em que *situação jurídica* é o gênero do qual *relação jurídica* é espécie¹⁶, reservando-se esta expressão para designar as situações jurídicas *que envolvam a esfera jurídica de mais de um sujeito*, as quais ocorrem com bastante frequência, dado o caráter social do Direito.

A fim de diferenciarmos a situação jurídica relacional global das situações jurídicas por meio dela atribuídas aos sujeitos, chamamos de *posição jurídica* a situação jurídica ocupada por um sujeito no interior de uma relação jurídica.

1.1.3. *Caráter intersubjetivo e determinado das relações jurídicas*

Já se tem do exposto que, para nós, a relação jurídica é sempre *intersubjetiva*, ou seja, forma-se entre *sujeitos de direito*, tomada aqui a

¹⁴ Assim, a *maioridade* deve estar associada à prática de um crime para constituir fato gerador de uma relação jurídica, efeito que não se atinge apenas com a ocorrência do fato jurídico consubstanciado no momento em que o sujeito completa 18 (dezoito) anos de vida.

¹⁵ In Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional, p. 70: “*Fixemos esse tipo de situação jurídica que classificaremos de uniposicional, porquanto nela só há lugar para uma posição de sujeito, ou de sujeitos plurais que a essa posição ocorrem sob um só, ou sob vários títulos jurídicos.*”

¹⁶ Em sentido diverso, **José Roberto Dromi**, para quem a relação jurídica é a referência que impõe situações jurídicas aos sujeitos, mas não é, em si, uma situação jurídica (v. pág. 42 de seu Derecho subjetivo e responsabilidad pública). No mesmo sentido, **Emílio Betti**, para quem “*a diferença entre situação e relação jurídica é apenas uma questão de especificação e aspecto*”, sendo a *relação jurídica*, com a bilateralidade que lhe é própria, a espécie mais saliente do gênero *situação jurídica* (v. pág. 25 de sua Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I).

expressão em seu sentido mais largo de sujeito que pode figurar em situações jurídicas, conceito que, por sua vez, é mais amplo que o de pessoa, tendo em vista ser ontologicamente possível a atribuição de direitos e deveres materiais e instrumentais a uma determinada universalidade de bens, como, por exemplo, à massa falida e ao espólio, àqueles que não nasceram, e a grupos de pessoas desprovidos de personalidade jurídica, como são o condomínio e alguns consórcios de empresas¹⁷.

Ainda que a atribuição de direitos e deveres, e de outras posições jurídicas, a centros de imputação desprovidos de personalidade jurídica, e até mesmo de existência material, seja excepcional e, na maioria dos casos, transitória, as exceções acima citadas recomendam que se reconheça a distinção entre *sujeitos de direito e pessoas*, porquanto, como se tem dos exemplos citados, a categoria dos primeiros é mais ampla que a dos segundos, a revelar a concretização da máxima de que *o Direito cria suas próprias realidades*, o que faz, acrescente-se, tão somente para o fim de aplicação dos efeitos que lhe são próprios¹⁸.

¹⁷ Tendo em vista tais hipóteses, assim como o problema da indeterminação do sujeito passivo que figura nas relações jurídicas que envolvem direitos absolutos, ao qual nos referiremos a seguir, **Pietro Perlingeri** considera que o *sujeito* não é elemento essencial para a existência da relação, pois podem existir interesses – e, portanto, situações – que são tutelados pelo ordenamento jurídico apesar de não terem ainda um titular, do que a doação em favor do nascituro é exemplo (v. pág. 105 da ob. citada). Assim, para o autor citado, a ligação constituída pela relação jurídica é entre *centros de interesses*, sendo o sujeito elemento externo à relação (v. pág. 115 da ob. citada). Embora concordemos com o autor no que se refere ao caráter externo do sujeito relativamente ao núcleo da relação, tanto é assim que não o incluímos dentre seus elementos constitutivos das relações jurídicas, pensamos que centros de interesses tutelados pelo Direito são *sujeitos* e, portanto, também externos ao núcleo da relação, razão pela qual a substituição da expressão de uso mais corrente não é de grande valia. Para nós, se o Direito atribui posições jurídicas a um determinado centro de interesses ou, como preferimos, de imputação, faz dele um sujeito de direito, ainda que não exista biofísicamente. Em outras palavras, não tem existência físico-material, mas existe juridicamente, no sentido de se lhe atribuem efeitos de direitos.

¹⁸ A atribuição de direitos e deveres, dentre outras posições jurídicas, a centros de imputação despersonalizados não é contrária à compreensão de que a finalidade do Direito é a regulação de condutas humanas, porquanto é a necessidade de resolver problemas práticos inerentes ao convívio social dos homens que impõe ou recomenda tal situação.

Entretanto, mesmos nesses casos excepcionais, não é correto falar em relações *jurídicas* entre pessoas e *coisas*¹⁹, ao menos, não, no sentido que vimos utilizando a expressão relação jurídica.

Com efeito, nos casos em que um espólio celebre determinado contrato ou que seja parte em um processo judicial, estará figurando nessas relações na qualidade de sujeito de direito que lhe foi conferida pelo ordenamento jurídico, de modo que os sujeitos que com esse espólio se relacionem estarão interagindo com outro sujeito, e não com uma coisa sobre a qual essa relação recaia.

A nosso ver, as relações entre os sujeitos e as coisas por eles visadas, embora pertinentes ao fenômeno jurídico²⁰, não são relações *jurídicas*, no sentido de que não carregam o traço peculiar das relações que são constituídas, modificadas e extintas pelo Direito para que atinja sua finalidade última, que é *a regulação de condutas humanas para composição de interesses*, e que faz mediante *a atribuição de direito, deveres, obrigações, etc.*²¹

¹⁹ Conquanto a corrente que postula a existência de relações jurídica entre pessoas e coisas seja minoritária, vale mencionar que há juristas de escol que a ela se filiam, dentre eles **Santi Romano** (*in Fragmentos de um Dicionario Jurídico*, págs. 104 à 109), **A. von Thur** (*in Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Vol. 1, págs. 128 e 129) e **Torquato Castro** (v. págs. 50 à 66 da obra citada).

²⁰ Há, na verdade, várias relações pertinentes ao fenômeno jurídico e que são bastante diferentes entre si, seja no que se refere a seu caráter e estrutura, seja no que toca a sua função. **Eurico Marcos Diniz de Santi** menciona que: “*Há no direito tantas relações quanto formas possíveis de associar a multiplicidade de sujeitos, normas, elementos, fatos e relações que compõem o fenômeno jurídico. Há relação entre (i) a norma e o sistema que a congrega; (ii) da norma com outras normas; (iii) da hipótese normativa com a consequência; (iv) na consequência abstrata, de um sujeito qualquer com outro sujeito qualquer; (v) da norma com o fato; (vi) entre o suporte fático e o fato jurídico [relação de inclusão]; (vii) o suporte fático mesmo pode compor-se de uma relação social, natural ou jurídica; (viii) do fato jurígeno com seu efeito jurídico: a relação jurídica; (ix) nesta, entre os sujeitos individualizados Sa e Sp; e (x) por fim a multiplicidade de relações advindas da diversidade de combinações destas relacionadas entre si. Todas relações, todas jurídicas, neste sentido amplo: todas relações jurídicas.*” (*In Lançamento Tributário*, 2ª. ed., páginas. 74 e 75)

²¹ Esse caráter operativo das relações jurídicas é destacado por **Paulo de Barros Carvalho** com as seguintes palavras: “*Tomando por base esse caráter eminentemente instrumental do ordenamento jurídico, é curioso notar que o único meio de que dispõe, para alcançar suas finalidades precípua, é a relação jurídica, no contexto da qual emergem direitos e deveres correlatos, pois é desse modo que se opera a regulação das condutas*”. (*in Curso de Direito Tributário*, 21ª. ed., pág. 317)

As relações *de fato* entre sujeitos e as coisas que lhes interessam podem corresponder à finalidade de uma relação jurídica ou integrar o fato jurídico do qual resultarão relações *jurídicas* entre os sujeitos que com elas se relacionam e *outros sujeitos*, a fim de que estes não interfiram em tal relação de fato. Constituem, portanto, um dos elementos do suporte fático do qual a relação jurídica resultará, sequer o único, pois, a nosso ver, a relação jurídica que envolve direitos reais só se constituirá quando, e se, ocorrer interferência ilegítima de alguém na zona de domínio do titular do direito.

Dada a interferência ilegítima de outrem, ter-se-á a relação jurídica, a qual será sempre *entre sujeitos*²², ainda que constituída em função da *coisa* que corresponde ao interesse do sujeito ativo.

Já se vislumbra também do exposto, concebermos as relações jurídicas como estruturas formadas entre *sujeitos determinados* ou, quando menos, determináveis, o que é decorrência da *concretude* inerente às relações jurídicas, característica a que aludiremos em seguida.

De modo que o caráter absoluto dos direitos reais e personalíssimos, assim entendido como a qualidade de serem oponíveis a quaisquer sujeitos ou, melhor dizendo, a todos os sujeitos da comunidade jurídica de que seu titular faz

²² O caráter humano das condutas reguladas pelo Direito é lapidarmente referido por **Hans Kelsen**, com as seguintes palavras: “*As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. É certo que, aparentemente, isto só se aplica às ordens sociais dos povos civilizados, pois nas sociedades primitivas também o comportamento dos animais, das plantas e também das coisas mortas é regulado da mesma maneira que o dos homens.*” E, após mencionar exemplos bíblicos, da Grécia antiga e medievo, de regulação de condutas não humanas, o Autor arremata: “*O fato de as modernas ordens jurídicas regularem apenas a conduta dos homens e não a dos animais, das plantas e dos objetos inanimados, enquanto dirigem sanções apenas àqueles e não a estes, não exclui, no entanto, que estas ordens jurídicas prescrevam uma determinada conduta de homens não só em face de outros homens como também em face dos animais, das plantas e dos objetos inanimados. Assim, pode ser proibido, sob cominação de uma pena, matar certos animais – em qualquer tempo ou apenas em certas épocas –, prejudicar certas espécies de plantas ou edifícios de valor histórico. Através de tais normas jurídicas, no entanto, não se regula a conduta dos animais, plantas ou objetos inanimados assim protegidos, mas a conduta do homem contra o qual se dirige a ameaça da pena.*” (In Teoria Pura do Direito, págs. 33/34)

parte, só faz sentido, se o faz²³, no plano dos preceitos gerais e abstratos, pois desaparece no plano dos efeitos concretos em que a relação jurídica se situa, vinculando o titular do direito sobre a coisa a outro que de modo ilegítimo interfere em sua esfera jurídica.

Com efeito, a figura da relação jurídica formada entre um determinado sujeito e todos os demais sujeitos integrantes da mesma comunidade jurídica é cercada de problemas atrelados a seu inadequado abstracionismo, como a de admitir a formação de inúmeras, ou melhor, inumeráveis relações jurídicas entre o sujeito titular do direito sobre a coisa e sujeitos com os quais não terá qualquer tipo de contato ou conhecimento; a criação da figura do *sujeito total* e a vã tentativa de conferir maior precisão e realismo jurídico à categoria dos sujeitos passivos para que abranja apenas os que tenham a possibilidade de se ingerir sobre a coisa.

Acima de tudo, tal hipótese implica admitir caráter ideal ou abstrato às relações jurídicas, no sentido de que independeriam da ocorrência do correspondente fato jurídico, o que rejeitamos, dentre outros motivos, pelo excesso de carga que seria inutilmente atribuído ao correspondente conceito, porquanto os fenômenos jurídicos que se explicam com recurso à figura da *relação jurídica abstrata* podem ser compreendidos à luz do próprio Direito Objetivo, este sim, geral e abstrato.

1.1.4. *Caráter concreto das relações jurídicas*

Nesse sentido, **Francesco Bernardino Cicala**²⁴ critica a identificação, proposta por **Neuner**, entre o conceito de *relação jurídica abstrata* e o de *instituto jurídico*, concebido como *complexo de normas jurídicas que*

²³ Com efeito, não é de hoje que a doutrina italiana critica a distinção entre direitos reais e pessoais fundada na oponibilidade *erga omnes* dos primeiros e na pessoalidade dos segundos. **Francesco Carnelutti** e **Emilio Betti** parecem ser os precursores da distinção fundada em que os direitos reais operam no *campo da concorrência*, da definição de esferas jurídicas, enquanto que os direitos pessoais operam no *campo da colaboração* (v. Carnelutti, às páginas 299 à 301 da obra citada, e, Betti, às páginas 09 à 13 de sua Teoria Generale delle Obbligazione, vol I).

²⁴ *In Il rapporto giuridico*.

correspondem a uma possível relação jurídica concreta, por entender que assim se formula conceito inservível, em razão de sua amplitude, juntando coisas por demais distintas, como o elemento gerador e o que é por ele gerado²⁵.

Contudo, a despeito de criticar o conceito de *relação jurídica abstrata* proposto por **Neurer**, **Cicala** reconhece haver elementos exatos em tal concepção que também integram sua própria teoria sobre a relação jurídica, a qual, entretanto, considera ser, sempre e em qualquer sentido, *concreta*.

Para **Cicala**, a relação jurídica é um vínculo entre dois termos, sendo um deles, o *elemento subjetivo* da relação, qual seja, um sujeito ou grupo de sujeitos, e, o outro, seu *elemento objetivo*, que corresponde à norma ou grupo de normas jurídicas aplicadas ao sujeito por ocasião da concretização da *fattispecie* nela prevista²⁶.

Bem de se ver, portanto, que a divergência de pensamento entre os dois autores, restringe-se - o que, entretanto, não é pouco -, a que **Cicala** considera imprescindível a concretização do *fato jurídico* para a formação da relação jurídica, razão pela qual rejeita a categoria da *relação jurídica abstrata*, tendo-a como mera idéia abstrata sobre a relação jurídica concreta, e que, ademais, corresponde ao conceito de instituto jurídico, o qual é, em si, suficiente para explicar o fenômeno referido por **Neurer** por meio do conceito de relação jurídica abstrata.

Como já dissemos, para nós, a relação jurídica, quando menos no sentido em que vimos utilizando tal expressão, é *concreta* e também *(inter)subjetiva*, por

²⁵ V. pág. 51 da ob. citada.

²⁶ À tal concepção de relação jurídica, adere **Renato Alessi**, como se tem das seguintes palavras, grafadas à pág. 531 de seu *Principi di Diritto Amministrativo*, Tomo II: “*la concezione comune del rapporto giuridico come rapporto collegante direttamente il titolare del diritto soggettivo col soggetto vincolato, va modificata, nel senso di ritenere che il rapporto corre, da un lato, tra norma giuridica e soggetto obbligato (dando luogo al vincolo), e dall’altro tra norma e titolare del diritto soggettivo (dando luogo alla garanzia)*” A tais relações entre homens, por meio da norma, **Cicala** atribui o nome de relações complexas ou secundárias, em oposição às relações simples, estabelecidas entre um sujeito e as normas jurídicas aplicáveis a sua conduta.

isso ser inadequado falar-se em relação *jurídica* entre sujeito e norma jurídica, assim como em relação jurídica geral e abstrata.

Por tal motivo, aderimos ao pensamento de **Cicala** no que se refere a considerar o fato jurídico como fonte geradora das relações jurídicas, *do que deriva seu caráter necessariamente concreto*, mas dele discordamos no que toca à concepção de que a relação jurídica se dá entre o sujeito e as normas jurídicas a ele aplicáveis tendo em vista a ocorrência do correspondente fato jurídico.

Como mencionado no princípio deste Capítulo, a relação jurídica resulta da incidência da lei sobre o fato²⁷, razão pela qual não nos parece adequado tomá-los, tanto a lei quanto o fato, como um dos termos da relação que é por eles gerada.

Além de empalidecer o caráter social e intersubjetivo do Direito²⁸, a concepção segundo a qual a relação jurídica é *vínculo entre o sujeito e as normas jurídicas* retira o que de mais propriamente jurídico se atribui à relação assim qualificada, vista como relação peculiar ao Direito, relativamente à qual se cogita do “modo de ser” típico de uma relação *jurídica*.

Deveras, parece-nos indiscutível a existência de uma relação entre o sujeito e as normas que lhe são aplicáveis diante de um determinado fato jurídico, mas atribuímos a tal relação o sentido que lhe é vulgarmente atrelado, qual seja, o de vínculo entre dois objetos sem qualquer qualificativo que o especifique.

²⁷ Nesse sentido, **Pontes de Miranda**: “Toda eficácia jurídica é eficácia do fato jurídico; portanto da lei e do fato, e não da lei ou do fato.” (página 17 da obra citada - destaques no original)

²⁸ Quanto a esse caráter, vale conferir as palavras de **Lourival Vilanova** (pág. 66, ob. citada): “O direito é relacional porque é um fato social e o fato social é interacional (assim insistem sociólogos como Von Wiese e Parson). O sistema social é um processo, um tecido, cujos pontos são relações de homem a homem. A sociedade não tem ponto de partida no sujeito-indivíduo, mas na relação minimal: pelo menos um sujeito diante de um outro sujeito. O microfato social é, pois, uma relação interindividual.”

Tal relação não corresponde sequer ao fenômeno da *eficácia legal* a que se refere **Pontes de Miranda**²⁹ e que é representado pela relação entre a norma jurídica e o *fato* que juridiciza, pois, a rigor, como observa **Hans Kelsen**³⁰, a norma jurídica incide sobre a conduta humana, e não sobre os homens. É certo que o sujeito é o responsável pela conduta, bem como aquele que põe o mecanismo coercitivo do Direito em movimento, mas não é, em si, o objeto do Direito.

Para nós, a especialidade ou o modo de ser próprio da relação *jurídica*, a justificar o uso de tal qualificativo, consiste na função por ela desempenhada, qual seja, a de atribuir posições jurídicas *concretas* a sujeitos de direito *individualizados* em face de outros, o que, em nossa opinião, não decorre diretamente das normas gerais e abstratas, cujo conteúdo é composto pela descrição de *condutas-tipo* relacionadas a *categorias de sujeitos*, ainda que tais normas correspondam ao perfil, necessariamente *abstrato*, de uma determinado *tipo de relação jurídica*.

Com efeito, é a relação jurídica *concreta e individual*, e não a norma jurídica *abstrata e geral*, que vincula concretamente posições jurídicas correspectivas a sujeitos de direito individualizados. Esse nos parece ser, aliás, o sentido justificador do conceito de relação jurídica, que deve oferecer algo além do que já deriva do Direito Objetivo, na medida em que a norma geral e abstrata prevê condutas-tipo, enquanto a relação jurídica entrelaça posições jurídicas concretas a sujeitos de direito individualizados como mecanismo indutor de suas condutas.

1.1.5. Relações jurídicas especiais de Direito Administrativo

Por fim, ainda a propósito do caráter *concreto e individualizado* da relação jurídica, cumpre aludir à figura da *relação geral de sujeição* ou *supremacia* e da categoria que lhe é oposta, qual seja, a *relação especial de*

²⁹ V. página 17 da obra citada.

³⁰ *In Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª. ed., páginas 135 à 139.

sujeição ou *supremacia*, distinção de inegável poder didático no âmbito do Direito Administrativo.

A referência a tal figura impõe-se para que se completem as considerações acerca do caráter *concreto* e *individualizado* das relações jurídicas em geral, mas também porque a temática em torno dela é extremamente pertinente às três relações que estudaremos nos Capítulos 2 e 3 deste trabalho.

A teorização em torno de tais categorias remonta ao final do século XIX e é atribuída à **Otto Mayer**³¹. De acordo com ela, a *relação geral* de poder ou sujeição é o vínculo que existe entre o Estado e todo aquele que habite ou se encontre em seu território e por força do qual este se encontra *sujeito ao poder* daquele de ditar e aplicar normas reguladoras de sua conduta. Diversamente, a *relação especial* de poder ou sujeição concerne às relações específicas entre o Estado e determinado indivíduo ou grupo de indivíduos, que, portanto, sujeitam-se a poderes estatais especiais.

De modo que, a *relação geral* é assim qualificada porque toca ao indivíduo em sua condição genérica de cidadão, enquanto que a *relação especial* toma-o de modo diferenciado dos demais cidadãos, em razão do vínculo específico que entretém com o Estado.

Face às características já expostas das relações jurídicas, impõe-se assinalar, antes de mais nada, que a denominada *relação geral de sujeição ou poder* não se enquadra no conceito de relação jurídica, no sentido em que o empregamos neste trabalho, por lhe faltar o caráter *concreto*, que, como dito, consideramos ser imprescindível para que o instituto possa ter alguma serventia e sentido jurídicos³².

³¹ Segundo **Luciano Parejo Alfonso**, embora a expressão tenha sido utilizada pela primeira vez por **Laband**, deve-se a **Otto Mayer** a teorização da categoria (v. p. 133 de seu *La categoría de las relaciones especiales de sujeción*), o que, de fato, parece-nos ser confirmado por **Hartmut Maurer** (v. p. 195 de seu *Direito Administrativo Geral*)

³² Segundo **Vasco Manuel Paschoal Dias Pereira da Silva**, esta é também a orientação dominante na doutrina administrativa alemã, a qual entende que: “*só se pode falar em relação*

A nosso ver, a relação que existe entre o Estado e os demais membros de uma mesma comunidade jurídica não é jurídica, no sentido de consubstanciar o modo jurídico de relacionamento. Trata-se de uma figura abstrata criada para explicar a incidência de uma determinada ordem jurídica sobre os membros da correspondente comunidade jurídica³³, ou, vista sob outro ângulo, para representar o *status* jurídico global dos membros de uma comunidade jurídica enquanto detentores de um conjunto de direitos e deveres previstos no correspondente ordenamento jurídico³⁴.

Com efeito, diversamente do vínculo político que os une, a relação jurídica entre Estado e cidadão só se formará com a ocorrência de um fato jurídico concreto, do qual resultará a atribuição das correspondentes posições jurídicas aos sujeitos envolvidos³⁵, e, nesse caso, consideramos inadequado denominá-la *relação geral* em razão de sua individualização.

Pois bem. Não obstante o já ressaltado valor de tal construção para a explicação de alguns fenômenos do Direito Administrativo, cumpre mencionar

jurídica, quando a norma é concretizada através de uma determinada situação fática, distinguindo portanto entre a previsão legal da relação e sua concretização no planos dos fatos.” (in Em busca do ato administrativo perdido, pág. 173)

³³ Nesse sentido, confirmam-se as precisas palavras de **Hans Kelsen**: “*A relação de supra-infra-ordenação que aqui existe entre a ordem jurídica e os indivíduos cuja conduta ela regula e, portanto, nada mais é senão a expressão figurada do fato de que a conduta destes indivíduos forma o conteúdo das normas da ordem jurídica. A autoridade que se manifesta nesta representação figurativa é a autoridade da ordem jurídica, que, segundo os seus próprios preceitos, produzidos e aplicados por determinados indivíduos, obriga e confere direitos a outros indivíduos.*” (in Teoria Pura do Direito, pág. 186 – destaques nossos).

³⁴ O *status geral de direito administrativo*, a que se referem **Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stobber** (páginas 487/491 de seu Direito Administrativo, vol. 1), o qual abrange um conjunto variado de potenciais deveres e direitos. Na visão de **G. Jellinek**, os indivíduos podem se encontrar em quatro *status* enquanto membros de um Estado: *status subiectionis*, que é o estado passivo, *libertatis*, o estado negativo, *civitatis*, o estado positivo, e *activae civitatis*, estado ativo, dos que exercem o poder estatal (in Sistema dei diritti pubblici subbietivi, págs. 96 à 98).

³⁵ Nesse sentido, vale citar a seguinte passagem de **Hartmut Maurer** à pág. 189 da obra citada: “*A relação-cidadão-estado geral é, sem dúvida, regulada juridicamente, mas não é uma relação jurídica, uma vez que lhe falta a concretização necessária. Exemplo: a pretensão do cidadão contra o estado, de poder urbanizar seu terreno sob a observância das prescrições jurídicas de construção, ainda não forma uma relação jurídica. Uma relação jurídica nasce somente então, quando o cidadão A solicita a autorização para construção de um determinado terreno.*” (destaques nossos)

que sua concepção original visava justificar o exercício de poder estatal à margem da lei sobre determinados grupos, como os presidiários, estudantes e funcionários do Estado, admitindo-se inclusive a restrição de seus direitos fundamentais³⁶.

O pecado original que macula a referida construção e as conseqüências nefastas que sua aplicação propiciava levou os autores alemães a proporem o abandono da figura da *relação especial de poder*, mas, nas palavras de **Otto Bachof et al.**, *pela natureza das coisas, estas relações não podem ser “declaradas mortas”, pois constituem uma realidade administrativa e sua conservação é indispensável à capacidade de funcionamento da coletividade e da administração*³⁷.

Com efeito, é mesmo prática e logicamente impossível, além de indesejado à luz do princípio da separação dos poderes e do dinamismo dos fatos, que toda a atividade de organização das funções administrativas seja regrada por lei, em seu sentido formal e material.

Assim, desde que acentuado o caráter jurídico das tais *relações especiais de Direito Administrativo*³⁸, esclarecendo-se, portanto, que não estão à margem do Direito³⁹, forçoso reconhecer que o recurso a tal figura permite explicar situações jurídicas específicas cuja regulação não advém exclusiva e diretamente

³⁶ O seguinte exemplo da obra de **W. Jellinek**, citado por **Maurer**, permite compreender bem a base ideológica sobre a qual foi erigida a figura da relação especial de poder: “*o professor pode, sem rodeios, reter e encarcerar o aluno negligente.*” (ob. citada, pág. 195)

³⁷ Ob. citada, pág. 492.

³⁸ Esta é a terminologia atualmente proposta pela doutrina alemã, a qual consideramos apropriada por referir o caráter jurídico de tais relações.

³⁹ A “impermeabilidade” dessas relações era justificada pelo fato de serem tidas como pertinentes ao *âmbito interno da administração*, não obstante sua aplicação às relações que têm por objeto a prestação de serviços públicos em sentido amplo, tais como saúde e educação. Vale mencionar, ainda, que a quebra do que se denominou “dogma da impermeabilidade” do Direito em tais relações, no País berço de tal teoria, deu-se apenas em 14 de março de 1973, com a decisão proferida pelo Tribunal Federal Constitucional, sobre o pleito de anulação de circular da administração penitenciária por um presidiário, como menciona **Luciano Parejo Alfonso** às páginas 136 e 137 da ob. citada.

da lei, mas de *regras estabelecidas na própria relação jurídica e/ou em estatutos infralegais especiais* que a tem por fundamento.

Insta ressaltar, entretanto, que em nosso direito positivo⁴⁰, tais relações jurídicas especiais só são admitidas se a submissão às regras infralegais decorrer da vontade do sujeito que a elas se submete ou quando possuam estrito caráter organizativo⁴¹, e desde que - repita-se - não sejam contrárias ao Direito.

É o que, para nós, extrai-se forçosamente do princípio da legalidade consubstanciado no artigo 5º, II, da Constituição da República, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, donde deriva que, no Brasil, as obrigações decorrem de lei, em sentido formal e material, ou da própria vontade do obrigado.

No mais, poderão ser editadas regras para operacionalização dos direitos e obrigações previstos em lei ou que tenham mero caráter organizativo, como previsto no artigo 84, VI, da Constituição da República, sendo expressamente vedada a delegação de poderes legislativo ao executivo, conforme se tem do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias.

De modo que, a sujeição a regras infralegais, dentre as quais os denominados *regulamentos especiais* que disciplinam as relações jurídicas acima aludidas, restringe-se aos casos em que são imprescindíveis para estrita

⁴⁰ Acerca da admissão de tais relações perante o Direito positivo argentino, vale conferir o artigo de **Jorge Luís Salomoni**, “La cuestión de las relaciones de sujeción especial em el Derecho público argentino”, in Problemática de la Administración Contemporánea – Una comparación europeo-argentina. Quanto ao nosso Direito, vale citar decisão proferida no Recurso Especial nº 806.304 – DJ 17/12/2008, em que é reconhecido o caráter especial da relação jurídica entre a ANATEL e autorizatória de serviço de telefonia celular, citando-se o seguinte trecho da obra de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, que se refere à natureza jurídica das normas expedidas por agências reguladoras: “*Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que pode, igualmente, expedir, as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XII, 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”*”.

⁴¹ Limites em que deverão se enquadrar os regulamentos especiais editados pela administração penitenciária, assim como as regras pertinentes à fruição compulsória de serviços públicos.

organização e bom funcionamento dos serviços públicos⁴², tomada aqui a expressão em seu sentido amplo, ou em que há adesão voluntária dos sujeitos.

1.1.6. *Relações jurídicas contratuais e estatutárias*

As três relações jurídicas objeto deste trabalho revestem-se dessa feição especial e seu caráter *contratual* ou *estatutário* (também denominado *regulamentar*) será examinado de acordo com serem reguladas por *normas jurídicas contratuais*, diretamente aplicáveis apenas aos sujeitos entrelaçados, ou *estatutárias*, acrescentando-lhes, neste caso, uma vinculação objetiva.

Note-se que para que uma determinada relação jurídica possa ser caracterizada como *contratual* não basta que tenha origem em um acordo de vontades. Além do consenso em sua formação, é necessário que a relação seja regida por normas contratuais que prevejam direitos e obrigações recíprocos (sinalagma), passíveis de alteração e extinção *apenas* pela vontade das partes que os criaram.

As *relações jurídicas estatutárias* formam-se com a adesão concreta e subjetiva a um determinado estatuto (ou regulamento), assim entendido como um conjunto de regras referido a uma instituição ou a uma categoria de pessoas, no qual estão previstos os direitos e obrigações dos sujeitos a quem se aplicam. Nos

⁴² Conforme esclarece **Renato Alessi** (páginas 249 à 254 de seu Principii di Diritto Amministrativo, vol. I), tal hipótese se verifica nos casos em que (i) a fruição do serviço público implique contato mais acentuado com os usuários e que (ii) o bom funcionamento do serviço não possa ser assegurado por sua disciplina legal, fazendo-se necessário o estabelecimento de regras mais específicas, cuja finalidade é a de propiciar a própria fruição do serviço. Sendo assim, tem-se que: “*il comune potere di polizia si rivela come idoneo e sufficiente a disciplinare il comportamento personale dei singoli i quali vengano personalmente a contatto con la sfera dell’amministrazione in dipendenza dell’attuazione di un rapporto amministrativo, soltanto sinchè si tratti di raggiungere finalità negative di mera conservazione, di mera preservazione della colettività o di membri di essa da danni e pericoli che ad essa possano derivare dall’attività umana in relazione all’attuazione del rapporto di cui trattasi, mentre l’uso del potere anzidetto si rivella come inidoneo ed insufficiente allorchè si tratti di raggiungere finalità diverse, di carattere positivo, in relazione con la positiva migliore attuazione del rapporto di cui trattasi: ad es., la finalità del buon andamento del pubblico ufficio nel caso del rapporto di pubblico impiego o nel caso dei rapporti di prestazione amministrativa ai privati.*” (p. 254 – destaques nossos)

casos em que a adesão a um determinado estatuto é voluntária⁴³, esta se opera por meio de um ato, que na nomenclatura da famosa classificação de **Duguit**, é denominado *ato-condição*, o qual se expressa por meio de um determinado comportamento social, um fato jurídico, ou de ato jurídico propriamente dito.

Bem de se ver, portanto, que o acordo de vontades desempenha papel diverso nos dois tipos de relação: na *relação contratual*, o acordo de vontades tem a função de determinar sua formação e de proteger o conteúdo dos preceitos que regerão o relacionamento entre as partes; enquanto que na *relação estatutária* o acordo de vontades é determinante apenas para sua formação, mas não produz o efeito protetor típico da relação contratual.

Nas palavras de **Odilon Andrade**, “*enquanto o contrato estabelece e regula situação particular, pessoal, subjetiva, o estatuto cria e ordena situação geral, impessoal, objetiva – legal – dizem alguns autores, porque são essas também as características da lei.*”, e prossegue logo mais adiante, “*a situação contratual nasce da vontade dos contratantes, é sempre e eminentemente temporária, inalterável por leis posteriores, tem sempre valor econômico, e só vale entre as duas partes.*”⁴⁴

Enquanto que, segundo **André de Laubadère** “*a característica fundamental da situação regulamentar (ou estatutária, acrescentamos) é que a alteração das disposições gerais se aplica automaticamente às situações particulares já criadas pelos atos condições que submetem as pessoas aos regulamentos, o que de modo algum ocorre no caso dos contratos administrativos, em relação aos quais a situação jurídica do cocontratante é fixada sobre a base dos cadernos de encargos tal como redigidos no momento*

⁴³ Quando se trata de estatutos especiais infralegais a adesão é normalmente voluntária. Contudo, o exemplo das regras observadas por presidiários e de outras estabelecidas para a boa organização de funções administrativas cuja fruição não é voluntária, recomendam a ressalva.

⁴⁴ *In* Serviços públicos e de utilidade pública, pág. 17.

em que inseridos no contrato, e não se submete a modificações ulteriores pela via geral dos cadernos de encargos.”⁴⁵

Conquanto se tenha relativizado a maior parte das características jurídicas dos contratos⁴⁶, reputa-se ser bastante inadequado atribuir o mesmo rótulo, *contrato*, para relações jurídicas em que as partes não têm direito à preservação de seu conteúdo, ainda que mantidas as condições de fato vigentes à época de sua celebração.

Posto isso e já destacadas as características gerais das relações jurídicas, arremata-se o primeiro tópico deste Capítulo com a seguinte definição: *relação jurídica é o vínculo por meio do qual são atribuídas posições jurídicas correlacionadas a sujeitos de direito, seja por força do que prescreve o comando normativo geral e abstrato, que, por meio dela se individualiza e concretiza, seja em virtude do que prevê seu próprio conteúdo.*

1.2 – ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA

1.2.1. Pressupostos e elementos das relações jurídicas

Consideramos que para integral compreensão de uma determinada relação jurídica, é importante isolar e identificar cada um de seus aspectos constitutivos – *elementos* – e demais aspectos que determinam seu modo de ser – que chamamos de seus *pressupostos*.

⁴⁵ Tradução livre da passagem que se encontra às páginas 346/347 do Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs, as quais demonstram que os contratos de concessão na França tinha mesmo caráter contratual, dada a imutabilidade referida pelo autor.

⁴⁶ Nesse sentido, v. as observações de **Sílvio Luís Ferreira da Rocha** a respeito dos princípios jurídicos tradicionais e fundamentais do sistema contratual, mais especificamente, no que se refere à liberdade das partes em *estipular o contrato e determinar seu conteúdo*, a *paridade jurídica*, a *obrigatoriedade do contrato*, e a *relatividade* de seus efeitos (págs. 33 à 38 do volume que escreveu sobre Contratos (vol. 3) in Curso Avançado de Direito Civil.

Esse foi o método adotado para o estudo das três relações jurídicas direta e imediatamente constituídas para prestação de serviço público sob regime de concessão, cumprindo-nos, agora, elucidar a significação que a eles atribuímos, o que faremos, desde já, com destaque para as peculiaridades estruturais das relações jurídico-administrativas.

Seguindo a sistematização e nomenclatura adotadas por **Celso Antônio Bandeira de Mello** em seu estudo sobre os atos administrativos em sentido estrito⁴⁷, denominamos *elementos* os aspectos internos da relação jurídica, no sentido de que constituem partes que a integram, quais sejam, *forma* e *conteúdo*, e, para designar os aspectos que lhe são externos, mas que determinam seu modo de ser, utilizamos a expressão *pressupostos*, referindo-nos aos *sujeitos*, *objeto*, *causa* e *finalidade* de uma determinada relação jurídica.

Os *sujeitos* são os termos da relação jurídica aos quais são correlacionadas posições jurídicas. Embora concordemos com **Torquato Castro** quanto à simplificação inerente ao uso dos qualificativos *ativo* e *passivo* para designar os sujeitos que em uma relação jurídica encontram-se, respectivamente, na posição de vantagem ou desvantagem⁴⁸, especialmente no campo do Direito Administrativo, não consideramos incorreto chamar de *ativo* o sujeito que visa ao interesse que determinou a constituição da relação jurídica, deixando a qualificação de *passivo* para o outro.

No caso das relações jurídico-administrativas, *um dos sujeitos* – ativo ou passivo – há de ser, forçosamente, *pessoa legitimada, por lei ou ato administrativo, a exercer atividades pertinentes à administração pública*, seja

⁴⁷ In Curso de Direito Administrativo, pág. 386.

⁴⁸ Confira-se a observação do autor citado: “A consideração da posição de cada sujeito, não na perspectiva da norma, mas naquela **de fato**, da vantagem ou desvantagem que cada um aufere, além do defeito grave de deslocar a visão do problema para outro plano que não é o do direito, é, por outro lado, mesmo em tal plano fático, individual ou econômico em que é posto, muitas vezes falsa. Há poderes ditos **ativos** de direito – como aqueles que exercemos em proveito de terceiro, um **munus** que sobre nós recai – de que nenhuma **vantagem** decorre, mas só encargos e trabalho sem rendimento nos propicia, e dos quais não nos podemos de modo algum liberar, dado que temos de exercê-lo por título jurídico que repousa em razão de solidariedade humana ou moral.” (ob. cit., pág. 84 - destaques no original)

entidade integrada à sua estrutura orgânica ou, externa a ela⁴⁹, mas incumbida de realizar tarefa pertinente à administração pública e de travar relações diretas com os respectivos usuários⁵⁰.

O representante da administração pública será normalmente uma pessoa jurídica ou a pessoa física em que um determinado agente público se consubstancia. Isso porque, a rigor, não se admite que *órgãos*, os quais são, por sua própria natureza⁵¹ e força de nosso Direito positivo⁵², desprovidos de personalidade jurídica, possam ser sujeitos de relações jurídicas, razão pela qual

⁴⁹ Embora seja esta a opinião que prevalece atualmente na doutrina do Direito Administrativo, há uma visão mais restritiva, por vezes adotada pelo Judiciário, no sentido de que apenas as entidades integrantes da Administração Pública podem ser parte de relações jurídico-administrativas e/ou praticar atos administrativos em sentido estrito. Nesse sentido restritivo, confira-se o pensamento de **Ruy Cirne Lima** (*in Relação Jurídica no Direito Administrativo*): “Segundo corolário da adequação específica das pessoas administrativas à atividade de administração é a regra, segundo a qual o ato administrativo só pode emanar de pessoa administrativa.” (pág. 40) Isso porque, “Se a pessoa jurídica é a relação, com a qual se unifica e organiza para a ação uma coletividade de pessoas, dizer-se que o ato administrativo é privativo da pessoa administrativa vale dizer que o ato administrativo é privativo da comunidade política, da qual a pessoa administrativa é a expressão orgânica, primária (União, Estados Municípios), ou secundária (entidades autárquicas).” (pág. 41). O autor admite, entretanto, que uma atividade de administração possa vir a ser atribuída, de modo imediato, a uma pessoa jurídica de direito privado, mas o faz com a ressalva de que tal exceção à regra tem caráter *contra tenorem rationis* (pág. 38).

⁵⁰ Para que possa figurar em um dos pólos de relações jurídico-administrativas, não basta que a entidade externa à estrutura da administração pública tenha sido incumbida de realizar tarefas administrativas, mas é necessário que tenha sido delegado a ela a capacidade de se relacionar diretamente com os usuários do bem ou serviço prestado, elemento sem o qual a relação com os usuários será estabelecida com entidades da própria administração pública, havendo mera ligação indireta entre a entidade prestadora e os correspondentes usuários.

⁵¹ Posto que os órgãos, administrativos ou não, inserem-se *em* pessoas jurídicas, razão pela qual não podem ser, em si mesmo considerados, pessoas jurídicas.

⁵² Embora o DL 200/67, que atualmente regula a administração pública federal, não o diga expressamente, é o se extrai, forçosamente, de diversos dispositivos, tais como seus arts. 1º, 2º, 3º e 4º, III, e art. 10, §2º. No mesmo sentido, o *Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração*, elaborado a pedido do Ministério do Planejamento por uma comissão de juristas, cujo art. 4º faz expressa referência à ausência de personalidade características dos órgãos.

tais relações são estabelecidas com os agentes lotados nos órgãos ou com a pessoa jurídica na estrutura da qual se inserem⁵³.

Contudo, embora tal situação corresponda à normalidade das relações jurídicas, o Direito pode, como visto, atribuir legitimidade para agir, e até mesmo direitos e deveres, a determinados centros de imputação desprovidos de personalidade jurídica, inclusive, mas não só, a órgãos que integram a administração pública.

Esse fenômeno é especialmente freqüente em relação aos denominados *órgãos independentes* ou, com expressão mais feliz, *órgãos constitucionais autônomos*, v.g. os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e órgãos que exercem controle sobre eles, como os tribunais de contas e ministérios públicos, e que, por força de nossa Constituição, são dotados de autonomia funcional e administrativa, para o exercício da qual possuem patrimônio próprio.

Muito mais do que atuar em processos judiciais, tais órgãos realizam diariamente negócios jurídicos celebrados diretamente por eles com terceiros, donde deriva inclusive a necessidade de serem inscritos no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

Para assinalar tal fenômeno, consideramos apropriado que a eles se atribua a designação de *órgãos funcionalizados*, porque a referida autonomia deve-se a necessidades relacionadas ao bom desenvolvimento de suas funções.

No que se refere ao *outro sujeito* da relação jurídico-administrativa, consideramos, para os fins específicos deste trabalho, que será sempre um *terceiro*, no sentido supra assinalado, sem que este corte metodológico deva ser interpretado como expressão do entendimento de que as relações

⁵³ Nesse sentido, confira-se o que diz **Celso Antônio Bandeira de Mello**: “*Os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica. Por isto, as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre órgãos, são, na verdade, relações entre os agentes, enquanto titulares das respectivas competências, os quais de resto – diga-se de passagem –, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões indevidas de outros órgãos.*” (in Curso de Direito Administrativo, pág. 140 – destaques no original)

interadministrativas e *interorgânicas* não são relações jurídicas, ou que não são relações jurídicas peculiares ao Direito Administrativo.

Trata-se meramente de delimitação do escopo de nossa investigação, tendo em vista que o objeto deste trabalho restringe-se às relações jurídicas que são *direta e imediatamente* constituídas para o desempenho de função administrativa, expressão que aqui utilizamos em seu sentido mais técnico e estrito, adiante mencionado. Por tal motivo, tratar do complexo tema das *relações interorgânicas*⁵⁴ representaria um desvio de rota, a despeito de sua importância e escasso estudo.

Pois bem. No que toca às peculiaridades da relação jurídico-administrativa atinentes a seus sujeitos, cumpre-nos mencionar, ainda, outra peculiaridade das relações jurídico-administrativas quanto ao pressuposto da *capacidade jurídica* dos sujeitos para a válida constituição de tais relações.

Como cediço, a capacidade jurídica do sujeito é pressuposto de validade das relações jurídicas privadas. Nas relações jurídico-administrativas as coisas se passam de modo um tanto diverso, seja porque a capacidade do agente administrativo ou do outro sujeito que figura na relação jurídica nem sempre é relevante para sua válida constituição, seja porque, nos casos em que a capacidade é, para tanto, necessária, não é suficiente, pois insta também que o agente, o órgão que representa e a pessoa jurídica a que se vincula sejam também *competentes* para figurar na relação jurídica em questão.

No que se refere ao agente administrativo, sua capacidade é irrelevante para validade dos atos vinculados, porquanto a providência a ser adotada, e demais circunstâncias em torno dela, estão previstas em lei, de modo que, nesses casos, a validade do ato dependerá mais de sua adesão ao comando normativo, do

⁵⁴ Segundo **Vasco Pereira da Silva**, o tema é objeto de grande debate na Alemanha e autores do porte de Sabino Cassese tem-no por “*um dos problemas mais importantes do moderno Direito Administrativo*” (v. págs 92 à 95 da ob. citada).

que da *capacidade* do agente que o praticou⁵⁵. O caráter vinculado do ato é também relevante para que eventuais vícios de *competência* sejam tidos como convalidáveis ou não⁵⁶.

No que se refere ao outro sujeito da relação jurídico-administrativa, as soluções variam em função das características de cada relação jurídico-administrativa. Especificamente no que se refere ao tema objeto do presente trabalho, há serviços públicos, como o transporte coletivo de pessoas, cuja fruição independe de qualquer tipo de capacidade do sujeito (esteja ele em posse ou não de suas faculdades mentais, seja maior ou menor de idade, brasileiro ou estrangeiro, etc.), e outros cuja fruição demanda certas capacidades jurídicas e, até mesmo, habilidades específicas, como a prévia aprovação em provas de aptidão, necessária, por exemplo, para fruição do serviço de educação universitária.

Observa-se, portanto, que a fruição de serviços públicos depende mais do preenchimento de determinadas condições para fruição do serviço do que de uma questão de capacidade jurídica propriamente dita, o que deriva do princípio de que a prestação de serviços públicos deve ter caráter *universal*.

Completadas as observações relativas aos sujeitos das relações jurídico-administrativas, passemos a seu *objeto*.

⁵⁵ A irrelevância da capacidade do agente para a válida produção de atos administrativos vinculados é um dos elementos tomados em consideração por **Celso Antônio Bandeira de Mello** para propor a substituição do critério da vontade, como cerne para distinção entre atos e fatos administrativos, pelo critério do conteúdo prescritivo, que caracteriza o ato administrativo, e não o fato administrativo. A prática válida de um ato administrativo por funcionário em estado de loucura é apontada como exemplo da irrelevância que a vontade pode ter no Direito Administrativo (v. página 370 de seu *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed.)

⁵⁶ Nesse sentido, **Weida Zancaner** in *Da Convalidação e Invalidação dos Atos Administrativos*, p.87: “Portanto, tratando-se de atos vinculados o dever de convalidação se impõe, não havendo qualquer diferença se o agente produtor do ato é absoluta ou relativamente incompetente, pois a questão da vontade não se põe nesses casos, já que esta se encontra determinada pela dicção *lega*. Por outro lado, tratando-se de atos decorrentes do exercício de atividade discricionária, a questão se inverte e a obrigatoriedade do dever de convalidar torna-se insustentável, posto nesses casos o que gera a aplicação da norma é justamente o juízo subjetivo do administrador, e este não está compelido a acatar o juízo subjetivo formulado pelo emissor do ato gravado pelo vício de incompetência”.

O *objeto* de uma relação jurídica é sobre o que ela recai de modo imediato. A nosso ver, será sempre *uma conduta* (de dar, fazer ou não fazer), ainda que referida a uma coisa⁵⁷, porquanto o objeto regulado pelo Direito são as condutas, e não os homens que as praticam e as coisas a que se referem.

De modo que, não se deve confundir o objeto da relação jurídica com o objeto do *interesse* que determinou a constituição, modificação ou extinção da relação jurídica, esse sim, encarnado em um bem, seja ele uma coisa, uma ação, uma relação de fato, um direito.

O *objeto* das relações jurídico-administrativas, na acepção estrita em que a tomamos, deve ser sempre pertinente à função administrativa, entendida em seu sentido técnico-jurídico, de exercício de atividade em nome de outrem, noção que aprofundaremos mais adiante. Por ora, basta-nos deixar claro que o objeto, quando menos imediato, de tais relações será sempre uma conduta atribuída à administração pública ou aos cidadãos diante dela.

A *causa* da relação é sua razão jurídica originária, sua fonte ou título jurídico, como a chamam os teóricos do direito das obrigações. **Francesco Carnelutti**⁵⁸ adverte para a necessidade de distinguir *causa* de *ocasião*, sendo a *causa* a razão jurídica originária, verdadeira força motriz geradora da nova situação jurídica, e a *ocasião* uma situação de fato necessária para o desencadeamento da relação, razão pela qual, diz o autor, *não se pode equiparar a lei ao contrato como fonte da obrigação, senão esquecendo-se a diferença entre causa e ocasião*⁵⁹.

⁵⁷ Nesses casos, há quem diga que a coisa é o objeto mediato da relação, como faz **Maria Helena Diniz**, à página 508 de seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 17ª Ed.

⁵⁸ V. pág. 324 da ob. citada.

⁵⁹ Nesse sentido, confira-se o que diz **Orlando Gomes** in *Obrigações*, p. 33: “A obrigação é uma relação jurídica. Como tal, sua fonte há de ser necessariamente, a lei. Em última análise, é o Direito que empresta significação jurídica a relações de caráter pessoal e patrimonial que os homens travam na sua vida social. Se, portanto, a locução, fontes das obrigações, fosse empregada nesse sentido, a solução do problema não apresentaria qualquer dificuldade. Dever-se-ia usá-la no singular, pois se reduziria à lei. Mas a questão perderia o interesse, uma vez que todas as relações jurídicas, obrigatoriais ou não, têm, no Direito, por definição, sua

Contudo, como refere o autor citado em outra passagem da mesma obra, é necessário ter cautela com as *mudanças de terminologia, para que não provoquem desorientações que lhes superem as vantagens*⁶⁰. De modo que, sem deixar de observar a correta advertência do autor acima citada e de usar a terminologia corrente, fazemos referência às seguintes *causas* das relações jurídico-administrativas, com foco, sobretudo nas relações obrigacionais, e com base em **Karl Larenz**⁶¹ e **Hans-Uwe Erichsen**⁶²: (i) atos administrativos em sentido estrito; (ii) negócios jurídicos de direito administrativo (contratos, convênios e congêneres); (iii) comportamento material humano (conduta social típica ou outros fatos a que a lei atribua o efeito de acarretar relações jurídicas, como os atos ilícitos, p. ex.); e (iv) eventos naturais a que a lei tenha atrelado a aptidão para ocasionar relações jurídicas.

A lei e os regulamentos ou estatutos não são *causa* de relações jurídicas, no sentido em que empregamos a expressão, pois nos referimos apenas aos fatos jurídicos que as ocasionam de modo mais imediato e direto, embora, sem lei, referidos fatos sequer poderiam ser qualificados como jurídicos e seriam, portanto, insuscetíveis de ocasionar qualquer sorte de efeitos jurídicos, inclusive relações jurídicas⁶³.

E, por fim, o interesse juridicamente protegido em vista do qual a relação foi constituída é sua *finalidade*. Com efeito, de acordo com o que ensina

causa eficiente. Outro é o problema. Quando se indaga a fonte de uma obrigação, procura-se conhecer o fato jurídico ao qual a lei atribui o efeito de suscitá-la. É que entre a lei, esquema geral e abstrato, e a obrigação, relação-singular entre pessoas, medeia sempre um fato, ou se configura uma situação, considerando idôneo pelo ordenamento jurídico para determinar o dever de prestar. A esse fato, ou a essa situação, denomina-se fonte ou causa geradora da obrigação.”

⁶⁰ Ob. citada, pág. 233.

⁶¹ In Derecho de obligaciones, às págs. 55 e segs.

⁶² *Apud* de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, às págs. 177 da obra citada.

⁶³ Nesse sentido, **Emilio Betti** in Teoria Geral do Negócio Jurídico, p. 23: “*Assim se esclarece, também, o sentido da velha máxima “ex facto oritur ius”. Quer dizer-se com ela que a lei, só por si, não dá nunca vida a novas situações jurídicas, se não se verificam alguns fatos por ela previstos: não porque o fato se transforme em direito, mas porque é uma situação jurídica pré-existente que se converte, como sobrevir de um dado fato, numa situação jurídica nova.”*

Francesco Carnelutti⁶⁴, o interesse que corresponde à finalidade de uma relação jurídica deve ser visto em seu aspecto objetivo, *na relação entre os sujeitos e os bens por eles valorizados*, observação de fundamental importância à qual retornaremos quando examinarmos o conceito de *interesse público*.

Não se trata, portanto, da intenção dos sujeitos da relação (também denominada *móvel*), que podem ter móveis distintos, como ocorre no caso dos contratos. A *finalidade* também não deve ser confundida com o motivo, que é a causa impulsiva, pois constitui a causa *finalis*, a que se refere **Cirne Lima**⁶⁵, de uma relação jurídica, a qual se encontra no interesse que determinou a constituição, modificação ou extinção da relação jurídica, em virtude da proteção jurídica que recebe.

No que se refere aos *elementos*, tem-se a *forma*, que é o revestimento externo da relação jurídica, ou seja, o veículo físico por meio do qual se manifesta, e o *conteúdo*.

Diversamente do que ocorre com os atos administrativos, que são necessariamente revestidos de alguma forma para que se expressem ao mundo, as relações jurídicas nem sempre têm revestimento externo, embora as que carregam preceitos em seu próprio corpo devam, evidentemente, revestir-se de alguma forma, verbal ou escrita.

Por tal motivo, para os fins deste trabalho, cujo intuito é ressaltar os aspectos estruturais que mais digam a respeito do caráter das relações jurídicas a serem estudadas nos próximos capítulos, não trataremos de sua forma física, mas, de sua forma jurídica, o que faremos sob o rótulo mais conhecido de *natureza jurídica*, que se refere ao enquadramento jurídico em que se insere.

⁶⁴ À página 49 da ob. citada, na qual o autor citado refuta o que denomina de *concepção subjetiva do interesse*, por força do qual o interesse seria um juízo do sujeito em relação a um objeto. Para **Carnelutti**, o juízo revela o interesse ou, em outras palavras, revela a relação, mas não é, em si, a relação.

⁶⁵ In Relação Jurídica no Direito Administrativo, pág 62.

Quanto ao *conteúdo* de uma relação jurídica, é necessário atentar para distinção a que aludimos no início deste Capítulo entre as relações jurídicas que são apenas efeitos jurídicos e aquelas que, além de serem efeitos jurídicos, são, também, produtoras de relações jurídicas: as primeiras, *relações intrajurídicas* ou *eficaciais*, e as outras, *relações fundamentais* ou *básicas*.

Na primeira hipótese, que se refere às relações jurídicas meramente eficaciais, seu conteúdo mais enxuto corresponderá às posições jurídicas que por meio delas são atribuídas aos sujeitos de direito. Já no que toca às relações jurídicas básicas, que são também ambientes em que outras relações jurídicas se desenvolvem, seu conteúdo abrangerá o conteúdo das relações jurídicas por elas geradas, assim como seus preceitos originários, assim entendidos como os que derivam de seu próprio conteúdo e não da lei que causou sua constituição.

1.2.2 Posições jurídicas interiores e exteriores às relações jurídicas: distinção entre direitos e poderes, faculdades e prerrogativas, obrigações, sujeições e deveres subjetivos e objetivos, encargos e status

Resta-nos, agora, esclarecer a significação que atribuímos às tais *posições jurídicas*⁶⁶, que, como dito, são situações jurídicas subjetivas que se desenvolvem no interior de uma relação jurídica, a começar pelo *direito subjetivo*, que é a mais importante das posições jurídicas, porquanto, sem direitos, o homem não se reveste de sua condição de pessoa inserida em uma comunidade jurídica.

Com efeito, quando se diz - com razão a nosso ver - que nas sociedades escravocratas havia homens que não eram tidos como *pessoas*⁶⁷, faz-se alusão à

⁶⁶ **Torquato Castro**, in *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*, usa a expressão *situação jurídica*, mais ampla, que abrange tanto as posições atribuídas por meio de relações jurídicas quanto as que se referem a apenas um sujeito.

⁶⁷ Segundo **Pontes de Miranda** (in *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 154), *pessoa*, palavra vinda do verbo latino *perso*, *personare*, originário do etrusco, quer dizer, máscara de teatro, gente com *máscara*, o que significa que não refere o próprio homem, em sua natureza, mas o homem enquanto *personagem* no ambiente social. Significado que permite aquilatar a beleza da seguinte definição cunhada por **Miguel Reale** (in *Lições Preliminares de Direito*, 27^a Ed., pág. 231): “*“pessoa” é a dimensão ou veste social do homem, aquilo que o distingue e o*

ausência de *direitos*, pois *deveres*, *sujeições* e *obrigações*, impostos a chicotadas, nunca faltaram aos escravos.

Assim, sendo por meio da titularidade de *direitos* que o homem se afirma na sociedade enquanto *pessoa dotada de dimensão jurídica*, resta plenamente justificada a proeminência que se confere a tal posição jurídica, sem que se deva deixar de ressaltar que sua relevância não deve obscurecer a importância das demais posições jurídicas⁶⁸ e nem levar ao entendimento de que é o direito subjetivo o elemento gerador de uma relação jurídica⁶⁹, quando, ao contrário, a existência de um direito subjetivo depende da constituição de uma relação jurídica concreta que atribua a um dos sujeitos a possibilidade de invocar em causa própria a proteção jurídica abstratamente prevista.

Antecipe-se, ainda, que, a nosso ver, o caráter mais ou menos democrático de uma sociedade é proporcional à quantidade e qualidade dos direitos subjetivos de seus cidadãos, pensamento que denuncia nossa tendência em alargar os contornos de tal conceito, sobretudo no que se refere aos direitos subjetivos qualificados como *públicos*, embora cientes de que a exacerbação dessa tendência possa colidir com os compromissos e tarefas sociais⁷⁰.

Pois bem. Sobre o conceito de *direito subjetivo*, não consideramos esgotado o debate histórico entre a corrente dita *voluntarista* por tratar do

“presenta” e projeta na sociedade, para que ele possa ser, de maneira autônoma, o que corresponde às virtualidades de seu ser individual.”

⁶⁸ Nesse sentido, vale reproduzir a advertência de **Otto Bachof** et al.: *“É evidente que a orientação unidimensional da ciência jurídico-administrativa relativamente ao direito subjetivo pode ter efeitos negativos na conscientização dos deveres da comunidade jurídica. Teremos de esperar para saber se e em que medida o moderno direito do ambiente, fundado na responsabilidade e na obrigação, produz uma alteração das mentalidades.”* (In ob. citada, pág. 611)

⁶⁹ Nesse sentido, vide a crítica de **Vasco Pereira da Silva** à página 244 da obra citada.

⁷⁰ Por oportuno, cabe transcrever a seguinte observação **Jellinek**: *“Le continue concessione al riguardo e il riconoscimento di sempre nuovi interessi individuali, in conformità di forti correnti popolari, formano una caratteristica propria dei nostri tempi, così ricchi di contraddizione, nei quali numerose classi sociali combattono l'individualismo nella società e rendono necessaria la difesa di esso da parte dello Stato.”* (Ob. citada, pág. 81) Há de se convir, entretanto, que o alargamento do conceito de direito subjetivo público atende mais ao reconhecimento da solidariedade de interesses entre cidadãos do que ao individualismo.

elemento formal do conceito como *poder da vontade*, encabeçada por **Savigny**, e a que denominaríamos de *materialista*, que desloca o acento para seu elemento material consubstanciado no interesse, a qual teve **Ihering** como precursor.

Isso porque, conquanto nos tenham fornecido elementos valiosíssimos para a compreensão do conceito de *direito subjetivo*, nenhuma dessas concepções restou isenta de críticas fundadas. Nem mesmo a definição conciliatória proposta por **Jellinek**, no sentido de que o direito subjetivo seria um *poder da vontade relacionado a um interesse juridicamente protegido*⁷¹, que não escapa à crítica de que a configuração de direitos independe da vontade de seu titular, o qual, ademais, não possui, por si, qualquer poder⁷², além de nos parecer que tal definição é mais ampla do que o objeto definido, pois nos termos em que formulada abrangeria também os *poderes*, que entendemos ser distintos dos *direitos subjetivos*, à semelhança do autor citado.

Não temos, evidentemente, a pretensão de resolver problemas históricos tão complexos, mormente porque as definições que apresentaremos sobre as posições jurídicas que um sujeito pode ocupar no interior de uma relação jurídica têm caráter meramente elucidativo e operativo.

⁷¹ Na verdade, a expressão *potestade* é mais fiel ao pensamento do autor citado, que diferencia o *licere* do *posse*, e que menciona que a referida a pura *potestade* de querer é elemento formal das pretensões de direito público, enquanto que a *faculdade* de querer, que também compõem o *licere*, é exclusiva das pretensões de direito privado (v. 60 à 65 da obra citada).

⁷² Nesse sentido, vale referir a crítica de **Renato Alessi** (v. *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. II, páginas 523 à 531), o qual, citando outros autores da época, menciona que, na fase fisiológica do direito, assim entendida como a de seu cumprimento espontâneo, o poder que provoca seu cumprimento deriva diretamente da lei, e não do titular do direito, o qual, em caso de violação, terá que recorrer ao poder judiciário. De modo que, em nenhum momento, é conferido ao titular do direito qualquer tipo de poder que possa ser por ele dirigido a sujeito passivo da correspondente relação jurídica. Por tal motivo, o direito subjetivo é, para Alessi, uma *garantia legislativa de utilidade substancial dirigida a seu titular*. Justamente por considerar que o poder advém da ordem jurídica, **Kelsen** chega a afirmar que: “*O direito jurídico subjetivo é, em resumo, o Direito objetivo.*” (in *Teoria geral do direito e do estado*, pág. 116). A despeito dessa afirmação categórica, não correto dizer que **Kelsen** nega completamente a utilidade do conceito de direito subjetivo, pois admite sua utilidade para explicar os casos em que o conteúdo do direito subjetivo não corresponde exatamente ao reverso do dever jurídico objetivo, o que ocorre quando a aplicação da norma jurídica depender da expressão da vontade de um determinado indivíduo, que pode, então, “impor” a subjetivação da norma, cf. se tem às pags. 118 e 119 da obra citada.

Contudo, parece-nos correto pensar no *direito subjetivo* como a posição jurídica do sujeito que pode pretender que se aplique em seu proveito a tutela que o ordenamento jurídico confere a um determinado bem *da vida*, qualificativo que empregamos para referir o sentido amplíssimo em que se toma a expressão *bem*, a qual abrange não são só coisas materiais e imateriais, mas também condutas e direitos.

À definição supra enunciada, agregaremos outro elemento, necessário para *diferençar direitos e poderes*, o que só será adequadamente efetuado se examinarmos, antes, os conceitos de *poder*, *potestade* e *prerrogativa*.

Para **Santi Romano**, os *direitos subjetivos* são espécies de *poderes jurídicos*, que se diferenciam das *potestades*, a outra espécie do gênero, por estarem inseridos em uma relação jurídica concreta entre sujeitos determinados ou entre um sujeito determinado e uma coisa, enquanto que as *potestades* não se inserem em relações jurídicas concretas e não são necessariamente desenvolvidas em face de sujeitos determinados⁷³.

Inicialmente, pensamos que o autor citado estava correto em diferenciar *direitos* e *poderes*, mas dele discordávamos quanto a seu principal critério distintivo, isto é, serem os últimos exercitados fora de relações jurídicas e em face de sujeitos indeterminados, pois entendíamos que tal característica era meramente accidental, e não essencial e perene dos *poderes*.

Parecia-nos que tal característica só seria associável aos *poderes gerais*, assim entendidos como os que não atingem sujeitos determinados – p. ex., o poder legislativo e regulamentar -, mas não aos poderes exercidos face a sujeitos determinados - v.g., o poder de rescindir unilateralmente o contrato celebrado com um determinado sujeito, pois nesse último caso, pensávamos que a constituição de relação jurídica seria imprescindível para vincular o exercente do poder ao sujeito por ele atingido e que tal poder se desenvolvia enquanto tal no interior de dita relação jurídica.

⁷³ V. págs. 322 à 325 da obra citada.

Tal entendimento levou-nos a buscar outra distinção entre *poderes* e *direitos*, pela qual pudéssemos apartar os poderes que se exercem perante sujeitos determinados dos direitos, pois, como dito, pensávamos que ambos se inseriam no interior de relações jurídicas concretas.

Conquanto o tratamento prático que demos aos *poderes* nos dois capítulos que se seguem a este tenha nos revelado a correção do pensamento de Santi Romano, isto é, de que os poderes, mesmo os que são exercidos perante sujeitos determinados, não se inserem, enquanto tais, em relações jurídicas, pelos motivos que exporemos a seguir, a tentativa de buscar critério distinto entre tais poderes e os direitos acabou nos relevando o que, agora, percebemos ser uma segunda distinção entre eles, pois a primeira é, como visto, o fato de que apenas os primeiros se inserem em relações jurídicas.

Os *poderes* exercidos perante sujeitos determinados distinguem-se dos *direitos* também no que se refere a seu elemento teleológico, porquanto a finalidade atrelada a um *poder* só é atingida com a prática da conduta atribuída a seu próprio titular, enquanto que a finalidade de um *direito subjetivo* só é atendida mediante a conduta do sujeito passivo da correspondente relação jurídica.

Note-se que relativamente ao *poder* a conduta do sujeito passivo é mera condição da conduta principal que é atribuída ao sujeito ativo, o que significa dizer que a conduta do sujeito passivo não esgota a situação jurídica consubstanciada em um *poder*.

Diversamente, a conduta do sujeito ativo pode até constituir uma condição para o exercício de um *direito subjetivo*, no caso de sua violação, mas, a satisfação de tal direito, mesmo nessa fase patológica, dependerá sempre da conduta do sujeito passivo ou, quando menos, de sua responsabilização.

Para exemplificar o que se disse acima, tome-se um direito correlativo a uma *obrigação* de não fazer, cujo conteúdo é mais próximo ao que corresponde a uma *sujeição*: caso o sujeito passivo cumpra tal obrigação, ter-se-á, sem mais, a

satisfação do correspondente direito, o que não se verifica em relação ao *poder*, pois a *sujeição* não basta para que a potestade se desenvolva e cumpra sua finalidade, que dependerá, sempre, tanto na fase fisiológica quanto patológica, de que a conduta atribuída a seu titular seja praticada.

Com efeito, o conteúdo de um *direito subjetivo* é idêntico ao da correspondente *obrigação*, razão pela qual se pode afirmar que o conteúdo de um é reflexo do outro, o que não se aplica ao *poder* e *sujeição*, cujos objetos são distintos, pois a conduta atrelada ao poder é sempre diversa da conduta de suportar atribuída a quem a ele se sujeita.

Além disso, é corretíssimo o entendimento de **Santi Romano**, de que o exercício de um *poder* pode criar uma relação jurídica, assim como pode também alterá-la ou extingui-la, mas dentro dela não se insere ou, ao menos, nela não se insere enquanto *poder*.

Isso porque, para exercício de um *poder* não há necessidade de constituição de relação jurídica, eis que, como visto, sua satisfação normal depende da conduta de seu próprio titular, em virtude do que não é necessário conectá-lo a outra posição jurídica.

Contudo, o exercício de um *poder* perante sujeitos determinados pode criar relações jurídicas em que o titular do poder figurará como detentor de certa posição jurídica subjetiva, a qual não deve ser confundida com o *poder* em si, já exercido, e dotado de caráter objetivo.

Assim, p. ex., nos casos em que do exercício do *poder* de alteração unilateral do contrato resulte agravamento da situação patrimonial do contratado, haverá a constituição de uma relação jurídica por meio da qual se atribui ao titular do *poder* a obrigação de recompor a equação econômico-financeira do contrato, e, ao contratado, o correlato direito subjetivo de exigir a revisão para tanto necessária.

De se notar que a relação jurídica eventualmente criada pelo exercício do *poder* não o abrange enquanto tal, pois nela, seu exercente não figura como titular do poder já exercido, mas como detentor de certa posição jurídica decorrente do exercício do poder, no exemplo acima mencionado, de uma obrigação, embora, em outros casos, possam se configurar, direitos para o sujeito que exerceu o poder.

Há, portanto, poderes cujo exercício cria, altera ou extingue *situações jurídicas subjetivas*, dentre elas, as relações jurídicas, e outros, cujo exercício cria, altera ou extingue *situações jurídicas objetivas*, do que o poder legislativo e regulamentar são exemplos, mas se reconhece que ambos não se situam no interior de relações jurídicas.

Retornando à distinção entre *direitos subjetivos* e *poderes* deve-se agregar, ainda, consideração da ordem dos fatos segundo a qual os *direitos subjetivos* configuram sempre uma situação de vantagem para seu titular, o que nem sempre se verifica em relação aos *poderes*.

Para o fim de assinalar essa outra distinção, entre *poderes* que são desenvolvidos em vantagem de seu próprio titular dos que são exercidos no interesse de terceiro, chama-se os primeiros de *faculdades* e os últimos de *prerrogativas*.

Diante do exposto, à noção de *direito subjetivo* acima enunciada deve ser agregada a idéia de que *sua satisfação está indissociavelmente relacionada à conduta de outrem*, o que, como visto, não se aplica estritamente aos *poderes* e às *potestades*.

Extrai-se dessa característica dos *direitos subjetivos* sua associação, nem sempre existente, com as *obrigações*, sobre as quais passamos a nos debruçar.

A *obrigação* supõe o *dever*, embora um sujeito possa ser titular de um dever sem estar ainda obrigado⁷⁴, razão pela qual pode ser definida como a posição jurídica do sujeito que pode ser instado a cumprir seu dever de desenvolver uma determinada *prestação*, isto é, uma conduta de dar, fazer ou não fazer, e que responderá com o patrimônio correspondente à prestação devida em caso de inadimplemento.

Além de interiorizar o elemento da responsabilidade no conceito de *obrigação*, na esteira do que ensina **Emilio Betti**⁷⁵, a definição acima exposta revela que, para nós, a *obrigação* sempre corresponde a um *direito subjetivo*, eis que será por meio do exercício desse direito, consubstanciado em uma *pretensão*⁷⁶, que o sujeito pode ser instado a cumprir sua *obrigação*.

Isso não implica dizer que se trate de uma via de mão dupla, no sentido de que a todo *direito subjetivo* corresponde uma *obrigação*, o que é verdadeiro quando se tenha em mira os *direitos subjetivos pessoais*, mas que não se aplica aos *direitos reais*, observando-se, ainda, que, para nós, os denominados *direitos potestativos* são *potestades*, e não verdadeiros direitos.

⁷⁴ Nesse sentido, **Pontes de Miranda**, in Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXII, p. 49: “*Mas ter o dever de cumprir agora ou mais tarde já é ter o dever. Esse é um dos pontos em que mais se emaranha o pensamento dos que não firmaram na precisão da diferença entre ‘dever’ e ‘obrigação’.* Quem vende à vista tem o dever e a obrigação de prestar o que vendeu. Quem vende para entregar no começo do próximo ano já deve, porém ainda não está obrigado. Nasceu o dever, a dívida; porém não ainda a obrigação. O comprador tem o direito, o crédito, mas não a pretensão.”. A distinção entre dever e obrigação também é capturada por **Ruy Cirne Lima** que a expressa com as seguintes palavras: “*Ora, salvo em hipóteses determinadas, a regra jurídica não é, ainda, a obrigação: - é meramente a obrigatoriedade.*”.

⁷⁵ V. páginas 7 à 19 de sua Teoria Generale delle Obbligazioni, vol. II, das quais destacamos a seguinte passagem: “*L’obbligazione, intensa nel senso lato di obbligo il cui inadimplemento importa una responsabilità giuridica, e l’azione di condanna ed esecutiva hanno insomma una base giuridica comune e sono legate da una fondamentale identità di escopo econômico-sociale (non di obiettivo giuridico).*” (in pág. 12 da ob. cit. – destaques no original)

⁷⁶ Tendo em vista referirem-se à exigibilidade de um dever e de um direito subjetivo, **Pontes de Miranda** associa a *obrigação* à *pretensão*, e não ao *direito subjetivo*, o que, a despeito de nos parecer correto e de corresponder a uma distinção (entre *direito subjetivo* e *pretensão*) especialmente relevante no âmbito do processo civil e administrativo, não será aplicado a este trabalho, em razão da tradicional e corriqueira associação entre *direito subjetivo* e *obrigação*, que contém elementos suficientes para resolvermos os problemas sobre os quais nos debruçamos neste trabalho.

Na verdade, quem diz que *obrigação* é conceito correlato ao de *direito subjetivo*, de modo que não haveria obrigações sem direitos e vice-versa, incorre em uma das seguintes hipóteses: (i) adota conceito de obrigação mais amplo do que o acolhido pelo Código Civil ao tratar do Direito das Obrigações como ramo do Direito em que se constituem relações jurídicas de caráter pessoal, ou (ii) recusa caráter de direito aos *direitos absolutos*, sejam eles reais ou personalíssimos, tratando-os como poderes, solução que não nos pareceria de todo desarrazoada não fosse a confusão gerada pela ruptura com o emprego corrente dos correspondentes conceitos e nomenclaturas em nosso direito positivo.

Isso porque, se a toda obrigação corresponde um direito e vice-versa, então (i) há obrigações relacionadas a direitos absolutos, ou, (ii) se não há obrigações a eles relacionadas e não há obrigações sem os correspondentes direitos, então o que se chama de direito absoluto é, em verdade, um poder exercido genericamente em face de todos os demais sujeitos que não seu próprio titular.

Em nossa opinião, a todo *direito real* corresponde um *dever geral objetivo*, dotado, portanto, de abrangência *erga omnes*, e que se consubstancia em respeitar o desfrute de tal direito por parte de seu titular. Nesse nível, há mero gozo de direito sem que, para tanto, faça sentido, ou agregue qualquer proveito, cogitar da constituição de uma relação jurídica, cuja concepção esbarraria, ainda, no equívoco de admitir que possa se formar um número infinito e indeterminável de relações jurídicas entre o titular do direito real e os demais membros da mesma comunidade jurídica, ou, de uma só relação jurídica com o denominado *sujeito passivo total*, do qual só se exclui o titular do direito.

A violação desse dever geral, que se concretiza com a interferência ilegítima de alguém sobre a zona de domínio do titular do direito que corresponde a tal dever, configura ato ilícito, do qual decorrerá, aí, sim, uma obrigação de cessar a violação e/ou reparar a lesão sofrida pelo titular do direito real.

Assim, no que se refere aos *deveres jurídicos*, diferenciam-se das *obrigações* quanto ao grau de exigibilidade, além de possuírem espectro mais amplo⁷⁷, pois, além dos *deveres de índole pessoal*, há *deveres de tolerar*, denominados *pati* ou *sujeições*, categoria na qual se inserem os deveres vinculados a direitos absolutos, e outros aos quais não se vincula quaisquer *direitos subjetivos*, já que deles não resultariam, em princípio, situações jurídicas subjetivas substanciais, hipótese na qual se utiliza a expressão, rebarbativa, *deveres objetivos*.

Essa situação jurídica, que se configura quando a determinados deveres não correspondem direitos por meio dos quais se possa exigir seu cumprimento, verifica-se, sobretudo, no âmbito do Direito Administrativo, em razão do conteúdo do princípio da legalidade, do qual se tem que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de *lei*, cf. art. 5º, II, da Constituição da República.

Por força do *princípio da legalidade*, a atuação da administração pública deve estar sempre fundamentada em lei, a qual determina não só o que ela não deve fazer (proibição), como ocorre no âmbito do Direito Privado, mas também o que ela deve fazer (legitimidade de ação), de forma que em relação à atuação da administração pública a lei não representa apenas um *limite*, mas também uma *condição*, sem a qual lhe é vedado atuar, sem a qual ingressará ilegitimamente na esfera de liberdade dos cidadãos.

Sendo assim, o Direito Administrativo, muito mais que qualquer outro ramo do Direito, contém um grande plexo de normas jurídicas, que denominamos de *normas de conformação*, as quais se destinam, sobretudo, e até mesmo, exclusivamente, a legitimar e conformar a atuação da administração pública,

⁷⁷ Nesse sentido, **Maria Helena Diniz**, à página 26 de seu *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º Volume, Teoria Geral das Obrigações: “Do exposto percebe-se que *dever jurídico* é expressão mais ampla do que *obrigação*, por abranger não só os *deveres oriundos de relações creditórias*, mas também os *advindos dos direitos reais, dos direitos familiares, dos direitos de personalidade, bem como os resultantes do direito constitucional, administrativo, penal, tributário etc.*.”

mediante a demarcação de zonas de atuação e de suas respectivas condições de validade, estabelecimento de competências, parâmetros, diretrizes e outras vicissitudes relacionadas à conduta da administração pública, em si mesma considerada.

Fundada nesta constatação, a doutrina italiana⁷⁸ formulou a distinção entre *normas de relação* e *normas de ação*, as quais denominamos acima de *normas de conformação* por entender que tal designação reflete melhor sua função, além de ser mais compatível com o nome atribuído à categoria oposta, cujo conteúdo também se refere a ações ou omissões.

De acordo com **Enrico Guicciardi**, as *normas de relação*, que tratam das *relações entre a administração pública e os cidadãos*, demarcando os respectivos direitos, deveres e obrigações, distinguem-se das *normas de ação*, que *disciplinam o agir estatal*, no que se refere à sua organização, conteúdo e procedimento, porque as primeiras são postas na tutela de *interesses individuais*, enquanto que as outras tutelam *interesses públicos*.

Segue-se, portanto, que os atos administrativos que contrariam as *normas de relação* são *ilícitos*, aos quais corresponde a sanção de *reparar o direito lesado*, a ser aplicada pela *justiça ordinária*. Já a contrariedade às normas de ação gera (i) atos *ilegítimos* (por vício de incompetência, excesso de poder ou violação do procedimento a ser observado para sua emanção), cuja sanção é a *anulação do ato*, a ser aplicada pela *justiça administrativa*, ou (ii) atos

⁷⁸ O precursor, ou, quando menos, sistematizador da distinção entre *normas de relação* e *normas de ação* foi **Enrico Guicciardi**, que dela trata em seu *La Giustizia Amministrativa*. A distinção formulada pelo autor citado assumiu enorme relevância prática, porquanto, segundo o autor citado, o critério para divisão da competência entre jurisdição ordinária e administrativa na Itália é a causa de pedir da ação do cidadão contra a administração, e, a causa de pedir, segundo a doutrina italiana, compõe-se de um elemento ativo, que é a afirmação de um direito, e outro passivo, que é a alegação de um estado de fato contrário ao direito afirmado. Assume, portanto, relevância a natureza da regra jurídica que institui o direito em que se baseia a causa de pedir. Nos casos em que o direito deriva de uma *norma de relação*, a causa de pedir se compõe da afirmação de um direito subjetivo e da alegação de ilicitude do ato administrativo, cuja aferição cabe à justiça ordinária; já nos casos em que a causa de pedir se conecta com uma norma de ação, seu elemento ativo é um interesse público, e o elemento passivo é a alegação de ilegitimidade do ato, a ser apreciada pela justiça administrativa (v. pp. 57 e 58 da obra citada).

inoportunos (por vício de mérito, decorrente da violação de normas não jurídicas de natureza técnica ou política), cuja sanção é a *revogação*, que só pode ser aplicada pela *própria administração pública*.

Segundo **Guicciardi**, as normas dirigidas à regulação das relações entre administração e cidadão têm a mesma *natureza material* que as normas que regem relações individuais, assim como o mesmo objetivo, qual seja, a de resolver *conflitos de interesses entre os sujeitos*. Já as normas de ação têm *natureza instrumental*, pois regulam a atividade que a administração pública desenvolve para realizar suas atividades fim, reguladas pelas normas de relação, donde se tem que o objetivo de tais normas não é compor conflitos de interesses entre sujeitos, mas *impor à administração pública um comportamento objetivo, em favor do interesse público*.

Confirmam-se as seguintes palavras que resumem o pensamento do autor citado⁷⁹: “*Chiara appare pertanto la fondamentale distinzione fra norme amministrative di relazione e d’azione. Le prime tracciano la linea di demarcazione fra la sfera giuridica dell’Amministrazione e quella del cittadino; le seconde disciplinano l’attività che l’Amministrazione può svolgere entro la propria sfera giuridica.*”

Não obstante discordemos da identificação que o autor citado faz entre interesse *público* e interesse *da administração pública*, assim como da conclusão de que das normas ditas de ação (para nós, melhor designadas como normas de conformação) *nunca* resultarão *direitos subjetivos públicos*, parece-nos forçoso o reconhecimento de que há mesmo alguns *deveres objetivos* em relação aos quais não se poderá opor quaisquer *direitos subjetivos públicos substanciais*, ponto ao qual retornaremos mais adiante.

Por tal motivo, enquanto na seara do Direito Privado, os *direitos subjetivos* cobrem todo o espectro da legalidade, o mesmo não se pode dizer em

⁷⁹ Pág. 32 da obra citada.

relação aos *direitos subjetivos públicos*, porquanto há *deveres* que a lei atribui à administração pública que não podem ser por meio deles exigidos.

Isso não significa que não existam mecanismos para instar a administração pública a cumprir tais *deveres objetivos*, como, por exemplo, a atuação do Ministério Público e exercício do direito de petição, pois não são meros deveres morais da administração pública, como observa **Eduardo Garcia de Enterría**⁸⁰. Mas significa, isso sim, que os direitos de se valer de tais mecanismos no interesse de estrito controle da legalidade, conferem a seus titulares uma posição jurídica de caráter *instrumental*, porquanto seu exercício não lhes outorgará, a princípio, qualquer vantagem de caráter *substancial*⁸¹.

Deve-se reconhecer, portanto, que no âmbito do Direito Administrativo, nem todo *dever*, ainda que pessoal, corresponde a um *direito subjetivo* que confira a seu titular uma vantagem *substancial*, embora – e aqui retornamos ao ponto de que partimos para referir a distinção entre normas de relação e normas de ação – a toda *obrigação administrativa* corresponda um *direito subjetivo público*, ainda que *enfraquecido* como veremos adiante.

Feita a distinção entre *dever* e *obrigação*, assim como entre *direito subjetivo*, *poder*, *faculdade* e *prerrogativa*, cumpre-nos, ainda, dedicar algumas palavras sobre a diferença entre *obrigação*, *sujeição* e *encargo*, e falar, ainda, do *status*, para completar este panorama das *posições jurídicas* que podem ser encontradas no interior de uma relação jurídica.

⁸⁰ V. págs. 38 e 39 de seu *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II.

⁸¹ Nesse sentido, confirmam-se as palavras de **Enrico Guicciardi**, de quem discordamos, nesse ponto, por entendermos que nos casos em que a violação da norma objetiva é também causa direta de uma lesão substancial suportada por um determinado sujeito, configura-se um direito subjetivo público, conquanto reconheçamos o caráter instrumental dos direitos de se valer dos controles objetivos nos demais casos: “*interessi che, giova ripeterlo, sono qualificati giuridicamente soltanto agli effetti processuali della legittimazione a ricorrere, mentre dal punto di vista del diritto sostanziale rimangono interessi di fatto, che solo indirettamente ed in fatto risultano tutelati dal giudice amministrativo attraverso la loro accidentale coincidenza coll’interesse pubblico costituente la causa petendi attiva del giudizio.*” (pág. 59 da obra citada)

Pois bem. A possível confusão entre as figuras da *obrigação* e *sujeição* restringe-se aos casos em que se cogita de uma obrigação de não fazer, sendo, portanto, necessário esclarecer se a posição jurídica titularizada por quem se sujeita a um *poder* é equivalente a de quem titulariza uma *obrigação de não fazer*.

Caso se conclua pela equivalência entre *sujeição* e *obrigação de não fazer*, o conceito de *sujeição* perde sentido, de modo que, nesta hipótese, bastaria esclarecer que há *obrigações* que correspondem a *direitos subjetivos* e outras, que se vinculam a *poderes*.

Para nós, que já antecipamos que a toda *obrigação* corresponde um *direito subjetivo* (e não a *direitos subjetivos e poderes*), cumpre diferenciar a *sujeição* da *obrigação de não agir*, o que não será tarefa difícil já que seu critério diferencial é o mesmo que aparta as correspondentes posições ativas, *poder* e *direito subjetivo*, e que só pode ser vislumbrado nas relações recíprocas entre cada par, o que demonstra o valor de seu estudo sob o prisma da relação jurídica em que se inserem ou interferem.

Com efeito, o *dever de suportar* ou *pati*, que caracteriza a *sujeição*, pode parecer, mas não se identifica com a *obrigação de não agir*. Isso porque o *pati* implica tolerar a *conduta de outrem*, o que não se verifica em relação à *obrigação de não agir*, cujo cumprimento não depende de outra conduta que não a do próprio sujeito passivo.

Dito de outro modo, a *obrigação* refere-se única e exclusivamente à conduta do sujeito que é seu titular, razão pela qual se diz que a obrigação é *prius* relativamente ao correspondente *direito*, o que não se aplica no que se refere à *sujeição* e à *potestade*, porque a própria idéia de suportar se relaciona a alguém ou a algo distinto do próprio sujeito ou de sua atuação.

A *sujeição* nos parece ser a situação passiva por excelência, enquanto que o dever de não agir atrelado a uma *obrigação* assemelha-se mais a um estado *negativo* do que puramente *passivo*.

Assim, embora se tenha em ambos os casos um dever de não agir, as figuras devem ser separadas porque a situação jurídica formada por uma *potestade* e um *pati* não se esgota no cumprimento desse dever por parte do sujeito passivo, pois falta a atuação do sujeito ativo; enquanto que, na situação jurídica em que há um *direito subjetivo* e uma *obrigação de não agir*, a inação do sujeito passivo basta para que ambos sejam cumpridos.

É por essa razão que se diz que a *sujeição* não pode ser infringida, pois ainda que o sujeito se insurja contra o poder será ele, o poder ou potestade, o objeto da transgressão, e não a própria sujeição; enquanto que a violação de um *direito subjetivo* implica necessariamente o descumprimento da correspondente *obrigação*.

Já no que se refere ao *encargo*, distingue-se da *obrigação* porque sua satisfação não atende a *direito subjetivo* de outrem, mas do próprio sujeito que o titulariza, pois a satisfação de um *encargo* consubstancia-se, sobretudo, na prática de uma conduta necessária para a obtenção de um direito ou de outra situação favorável ao próprio titular do *encargo*.

Sendo assim, o descumprimento de um *encargo* não afeta a esfera jurídica de outrem, mas apenas a de seu próprio titular, o que não se verifica em relação ao descumprimento de uma *obrigação*, que sempre afeta a esfera jurídica do titular do correspondente *direito subjetivo*.

Tratemos, por fim, do *status*, que é uma situação jurídica subjetiva decorrente da aplicação de um determinado *estatuto*, assim entendido como um *complexo de direitos, potestades, prerrogativas, deveres, obrigações, sujeições e encargos objetivamente estabelecidos e que se aplicarão a sujeitos determinados desde que ocorram as condições previstas no próprio estatuto*, as quais podem estar relacionar a qualidades do próprio sujeito (como, por exemplo, a maioria, que investe o sujeito em seu *status* de eleitor) e/ou a ocorrência de um fato jurídico (como, por exemplo, o acesso a um determinado serviço público, que investe o sujeito no *status* de *usuário de serviço público*).

Note-se que a aplicação de um determinado *estatuto* a um sujeito, que passará a ser titular do correspondente *status*, pode depender ou não da manifestação de vontade do sujeito em se sujeitar a ele.

No primeiro exemplo acima mencionado, o *estatuto* de eleitor é atrelado ao sujeito que atingiu a maioria independentemente de sua vontade, razão pela qual se pode dizer que a aplicação do *estatuto* ao sujeito é automática, uma vez preenchidas as condições objetivas que o próprio estatuto estabelece para a generalidade dos sujeitos a quem é aplicável.

É o que ocorre em relação à maioria dos estatutos dotados de caráter legal.

Já no que se refere ao segundo exemplo, a aplicação do estatuto da concessão ao sujeito que assumirá o *status* de concessionária depende necessariamente de sua concordância em a ele se submeter, a qual se expressa por meio de um ato, usualmente denominado de ato-condição, designação que deriva da nomenclatura utilizada por **Duguít** na já referida classificação dos atos administrativos e das situações jurídicas a ele pertinentes.

Diga-se, por fim, que nas *relações jurídicas estatutárias*, assim entendidas como as que são regidas por um estatuto do qual derivam *status* para os sujeitos envolvidos, eventuais alterações do estatuto objetivo que regula a relação jurídica em que tais sujeitos figuram aplicam-se diretamente a eles⁸². Diversamente, as partes envolvidas em uma relação contratual têm direito à preservação de seu conteúdo, salvo drástica alteração nas condições de fato a ela subjacentes.

Tendo em vista que o agir da administração pública é objeto de uma plêiade de regras, em quantidade bem maior das que regem a conduta dos

⁸² De todo modo, o que resulta de um estatuto para determinado sujeito, ou, em outras palavras, o *status* de tal sujeito, será sempre uma *situação jurídica subjetiva*, uma posição jurídica que se desenvolve no interior de uma relação jurídica, e não uma *situação jurídica objetiva*, como propõe **Duguít** em sua aludida classificação. A *situação jurídica objetiva* é o *estatuto*, e não o *status* que dele pode resultar.

indivíduos, há de se convir, desde já, que a possibilidade de que a administração pública se encontra em uma relação jurídica puramente contratual, é remotíssima.

Aliás, tal “pureza” é rara a qualquer realidade jurídica.

Com esses comentários, consideramos encerradas as considerações pertinentes à Teoria Geral das Relações Jurídicas, com o que mergulharemos, agora, no universo do Direito Administrativo e das relações jurídicas que se impregnam de suas peculiaridades, as quais chamamos de *relações jurídico-administrativas*.

1.3 – PECULIARIDADES DAS RELAÇÕES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS

1.3.1. Caráter objetivo das relações jurídico-administrativas, o conceito de interesse público e a dimensão de sua preponderância

Quando se cogita acerca das peculiaridades das relações jurídico-administrativas, assalta-nos desde logo a idéia de que uma de suas principais peculiaridades é o desequilíbrio jurídico, não meramente fático, que existiria entre os *sujeitos* de tal relação.

Este desequilíbrio, que dissemos ser jurídico porque se ampara em fundamentos jurídicos e vale-se de instrumentos jurídicos para sua concretização, é apontado como motivo que, dentre outros, explica o desinteresse no estudo dos fenômenos do Direito Administrativo sob o prisma de suas relações jurídicas⁸³.

Bem ao contrário, a nosso ver, o estudo dos fenômenos do Direito Administrativo sob o prisma das relações jurídicas a ele pertinentes tende a colocar tal desequilíbrio no seu devido lugar: *primeiro*, porque demonstra que em boa parte dessas relações a administração pública figura na condição principal de

⁸³ Nesse sentido, vide **Vasco Pereira da Silva** à página 191 da obra citada.

sujeito passivo titular de *obrigações* instituídas em favor dos cidadãos; *segundo*, porque o exame mais aprofundado das relações jurídicas revela a complexidade das posições jurídicas titularizadas pelos correspondentes sujeitos que detêm *prerrogativas* atreladas a *deveres* e *direitos subjetivos* cujo exercício está vinculado a *encargos* e/ou *obrigações*, e *status* compostos por um conjunto de posições passivas e ativas que se aplicam a todos sujeitos envolvidos, e não apenas a um deles; e, *terceiro*, porque torna mais evidente que a preponderância dos interesses públicos em colisão com interesses privados gera a *obrigação* de compensar os direitos sacrificados, situação que pode ser melhor visualizada no bojo de um complexo de relações jurídicas reciprocamente consideradas.

Assim, conquanto tal desequilíbrio jurídico efetivamente exista, não se justifica por qualquer qualidade inerente ao *sujeito* que representa a administração pública, mas, em *função* da qualidade dos *interesses* que determinam a constituição da correspondente relação jurídica.

Por tal motivo, a depender das características e modo de concretização do interesse público que determinou a constituição de uma determinada relação jurídica, a administração pública, que é grosseiramente vista como titular dos interesses públicos, poderá figurar como seu sujeito passivo.

Do mesmo modo, a existência de relações jurídico-administrativa entre os cidadãos e pessoas que não integram a administração pública, mas que desenvolvem atividades necessárias para satisfação de interesses públicos, também é prova de que eventual desequilíbrio nestas relações não se deve à mera presença da pessoa administrativa, que, no caso, sequer é parte de tal relação jurídica.

Com efeito, o desequilíbrio jurídico que caracteriza as relações jurídico-administrativas, no sentido estrito em que a tomamos, adiante mencionado, é condição necessária para que a administração pública possa cumprir a *função* peculiar que lhe foi assinalada de realizar os *interesses públicos*, pois em alguns

casos sua satisfação dependerá forçosamente do sacrifício dos interesses colidentes.

Imagine-se, por exemplo, a realização de obras públicas de infra-estrutura sem o instituto da desapropriação..., viver em uma sociedade na qual as pessoas não pudessem ser multadas pelas infrações que afetam a organização do trânsito..., na qual bens privados não pudessem ser requisitados em caso de guerras ou calamidades públicas..., em que contratos de longa duração não pudessem ser alterados e até mesmo extintos em virtude de inovações tecnológicas que propiciem drástica redução de custos, menor impacto ambiental, ou outras características que se apresentem mais convenientes e oportuna para satisfação dos interesses públicos...

Ora, é evidente que a administração deve buscar, sempre, caminhos que evitem confrontos e sacrifícios de interesses privados ou que conduzam à menor onerosidade para os cidadãos, assim como há casos em que a satisfação de determinados interesses individuais constitui, em si, o interesse público a ser concretizado, como se verifica, por exemplo, na prestação de diversos serviços públicos.

Mas nada disso afasta a necessidade prática e jurídica de que o *interesse público prevaleça quando o conflito com um determinado interesse privado for inevitável*, o que se tem, por exemplo, nos casos de desapropriação por utilidade pública, sem que, por essa razão, deva-se admitir o pagamento de indenizações vis e a elaboração de projetos que simplesmente desconsiderem o impacto social de centenas de desapropriações e, tampouco, significa que a administração pública seja forçada a desapropriar nos casos em que pode, simplesmente, comprar.

Esclareça-se⁸⁴, portanto, que falar em *preponderância do interesse público sobre o privado* não significa dizer que os indivíduos não sejam sujeitos

⁸⁴ A fim de não se incorra na interpretação, a nosso ver, equivocada, referida por **Marçal Justen Filho** à página 79 de seu “O Direito Administrativo de espetáculo”, (*in* Direito Administrativo e

de *direitos subjetivos* em face da administração pública, até porque, como ressalta **Celso Antônio Bandeira de Mello**, o Direito Administrativo é, *por excelência, o Direito defensivo do cidadão*⁸⁵.

Também não se quer dizer que os *interesses públicos e privados concretamente considerados* não sejam múltiplos, diversos, e reais. É evidente que no plano concreto não cabe cogitar de interesse público unitário. Fala-se, deveras, em um *conceito abstrato de interesse público*, por meio do qual se esclarece, dentre outras questões, que, no caso concreto, o interesse de um determinado indivíduo pode prevalecer sobre o interesse da administração pública.

Com efeito, não é de hoje que aqueles que se valem desse conceito abstrato, como **Renato Alessi e Celso Antônio Bandeira de Mello**, p. ex., não deixam de frisar que não se deve confundir *interesse público* com *interesse da administração pública*, o qual, na medida em que sirva de meio para concretização do interesse público, será considerado interesse secundário, assim como os interesses privados na mesma situação.

seus novos paradigmas), com as seguintes palavras: “Logo, os interesses dos particulares não podem ser reputados como intrinsecamente inferiores a um “interesse público” em abstrato. O particular é sujeito de direitos. Seus interesses podem ser tutelados pela ordem jurídica, inclusive em face do Estado, de toda a Nação e dos demais particulares. Afirmar que todo e qualquer conflito de interesses entre particular e Estado se resolver pela prevalência do chamado **interesse público** é uma afirmação inconsistente com a ordem jurídica. E assim se passa precisamente porque a Constituição contempla, antes de tudo, um conjunto de garantias **em favor do particular** e contra o Estado. A supremacia do interesse público somente é consagrada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direito. Mais ainda, é impossível afirmar a existência de um “interesse público” único e unitário. Na generalidade das hipóteses existem diversos interesses tutelados pela ordem jurídica, todos merecedores de idêntica proteção. A decisão concreta a ser adotada sempre pressuporá a identificação efetiva e cristalina desses diversos interesses. Bem por isso, afirmar o “princípio da supremacia do interesse público” não fornece qualquer critério para identificar a solução compatível com o direito. É indispensável verificar, em face do caso concreto, quais são os interesses em conflito e, somente então, produzir a solução mais compatível com os valores protegidos.”

⁸⁵ Página 47 de seu Curso de Direito Administrativo.

Ora, em que pese o valor que atribuímos aos *direitos fundamentais*, o qual de modo algum se pretende amesquinhar, é preciso enxergar que os direitos individuais fundamentais têm *contorno social*, até porque não tivessem contorno social não seriam *direitos*, pois o Direito é, em si mesmo, um fenômeno social, tem caráter relacional, trata da convivência humana, e não dos homens consigo mesmos enquanto seus interesses não os levem a assumir uma determinada conduta.

Assim, os *direitos* titularizados por um indivíduo não correspondem precisamente aos *interesses* que aquele indivíduo tem em relação ao que é objeto de seu direito, pois, enformados nos correspondentes direitos, tais interesses são reciprocamente modulados, tratando-se de seus possíveis conflitos, composições e comunhão com os interesses dos demais indivíduos que se inserem na mesma sociedade.

É por isso que o consagrado *direito fundamental* à inviolabilidade de domicílio - garantia tão preciosa contra a violência - não autoriza o indivíduo a impedir que a administração pública fiscalize o imóvel em que está domiciliado, para o fim de verificar se nele não se encontra um foco de dengue, mesmo que essa não seja a vontade do indivíduo lá domiciliado.

Não se trata aqui de dizer que *nenhum direito é absoluto*. Ao contrário, afirma-se que há, sim, *direitos absolutos*, e o direito à inviolabilidade de domicílio é um deles. O que ocorre é que os direitos, mesmo os *absolutos*, e sobretudo eles, em razão de serem oponíveis *erga omnes*, têm um contorno social que delinea sua exata dimensão, o qual é facilmente vislumbrado no que se refere, *v.g.*, ao direito de propriedade, apenas para citarmos outro *direito fundamental*.

Assim, dizer que o legítimo interesse de um determinado indivíduo em relação ao objeto de sua propriedade (p.ex., no caso de um imóvel, o interesse do proprietário em contar com aluguéis mensais derivados de seu uso por um locatário) cede diante do legítimo exercício do poder expropriatório, não é o

mesmo que negar o direito de propriedade desse indivíduo e, tampouco, seu caráter de direito fundamental e absoluto.

Mas, significa - isso sim - que o interesse do dono do imóvel, que pretendia receber alugueis mensais derivados de seu uso, será sacrificado se esse imóvel for de utilidade pública, para fins de desapropriação, porquanto o interesse público que recai sobre tal bem prepondera sobre o interesse privado de seu proprietário, em virtude do que o exercício do poder expropriatório sobre o objeto do direito de propriedade daquele determinado indivíduo fará com que seu direito seja convertido em uma indenização, ainda que esse não seja seu legítimo interesse, pois, como visto em nosso exemplo, o proprietário do imóvel não pretendia receber uma indenização, mas alugueres mensais, e quiçá utilizá-lo diretamente em um outro momento.

Do mesmo modo, dizer que, observados os limites legais, como, por exemplo, a necessidade de autorização judicial, a administração pública poderá ingressar em um determinado imóvel, ainda que não seja essa a vontade de quem lá se encontra domiciliado, não significa dizer que poderá violar seu direito, que a administração possa abusar da autorização que obteve para ingressar em seu domicílio contra a sua vontade ou que possa se valer de autorização nula ou possa nele ingressar sem qualquer autorização.

Note-se que nos dois exemplos acima mencionados – inviolabilidade de domicílio e propriedade - *o interesse público*, consubstanciado em determinados bens, quais sejam, a saúde e a utilidade pública concretamente visada na desapropriação, *prevaleceu sobre o interesse privado* dos donos dos dois imóveis, em que pese a proteção sobre a propriedade e a inviolabilidade do domicílio corresponder a direitos fundamentais, os quais, nos exemplos citados, não foram violados, e nem devem ser em qualquer outra hipótese.

Assim, a nosso ver, não se há de negar a juridicidade e aplicação do princípio da *preponderância do interesse público sobre o privado*, constatável *icto oculi* em nossa realidade jurídica, mas é importante que se destaque, em

primeiro lugar, seu fundamento jurídico, consubstanciado no dever do Estado de *promover o bem de todos, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*, os quais constituem, como cediço, os *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil* (cf. art. 3º de nossa Constituição); esclarecer, em segundo lugar, que o reconhecimento e aplicação de tal princípio não se baseia, portanto, em qualquer característica inerente aos sujeitos incumbidos de tais deveres em face dos cidadãos, mas, sim, na qualidade desses deveres que lhes foram assinalados, de modo que *não se há de confundir interesse público com interesse da administração pública*; e, em terceiro lugar, que os instrumentos jurídicos de que a administração pública possa se valer para o cumprimento de seus deveres têm caráter instrumental, razão pela qual seu exercício só será legítimo se a ele se mantiver fiel.

Deveras, pedimos vênias por tecer considerações tão elementares em um trabalho de doutorado, que nos foram referidas já na primeira aula de Direito Administrativo do curso de graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ministrado pela professora **Weida Zancaner**, que as ressaltou com seu brilhantismo contagiante.

Contudo, a reprodução de tais considerações neste trabalho justifica-se, a nosso ver, porque é provável que nem todos os estudiosos e interessados no Direito Administrativo tenham gozado da mesma sorte que nós quanto à sua formação básica na matéria, e, também, porque esse Capítulo não é mais do que exposição de noções elementares que utilizaremos no desenvolvimento deste trabalho.

Diante do exposto, não há modo melhor de arrematar tais considerações, que não a citação de lição elementar tirada de quem é o fundador dessa escola do Direito Administrativo em que nos formamos, por ter apresentado de modo tão didático e destacado suas bases de compreensão, já popularizadas nas sucessivas edições de seu Curso Básico, atualmente em sua 27ª edição. Com a palavra, **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

*“Seria de esperar, inclusive, que a partir deste Mestre [o autor refere-se à Leon Duguit e à inversão do eixo metodológico do Direito Administrativo por ele proposta] houvessem ganho muito maior tomo estudos teóricos que se propusessem a demonstrar que não é o “poder” que serve como razão explicativa dos institutos de Direito Administrativo, pois as idéias de **dever**, de **função**, é que cumprem com exatidão este papel no Estado de Direito.⁸⁶”* E, logo mais adiante: *“Onde, então, o lugar para o Poder no moderno Direito Público? O Poder, no Direito Público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal. Assim, esta impressão generalizada que enaltece a idéia de Poder, entretanto, e ainda que desgraçadamente até hoje seja com freqüência abonada nas interpretações dos diversos tópicos do Direito Administrativo, nas quais se trai claramente um viés autoritário, é surpreendentemente falsa, basicamente desconstruída com a História e com a própria razão de ser do Direito Administrativo.”*

Compreende-se que o uso abusivo e/ou deturpado das prerrogativas administrativas tenha levado diversos autores estrangeiros e brasileiros a criticá-las. Contudo, parece-nos mais preciso e útil dirigir nossas críticas à utilização patológica de tais prerrogativas, e não a elas mesmas, posto serem necessárias em alguns casos de conflito entre interesse público e interesse privado. Vale lembrar que as posturas que adotamos por força exclusiva das circunstâncias e da patologia a elas relacionadas normalmente desconsideram os fundamentos, motivos determinantes e finalidades subjacentes a certos institutos e instituições, em que pese devam estar sob constante processo de aperfeiçoamento e readequação às novas realidades.

Assim, parece-nos ser mais adequado formular os devidos esclarecimentos, contornos, conceitos e noções que sirvam como limites, condições de validade e legitimidade para o uso adequado de tais prerrogativas,

⁸⁶ Página 45 da obra citada.

ao invés, de relegá-las ao caminho mais simples do banimento, que a real complexidade da vida social certamente rejeitará.

Parece-nos que não é chegado ainda o momento em que se possa deixar de encarecer o que a essa altura já deveria ser o óbvio: as prerrogativas são instrumentos necessários para que a administração pública possa cumprir seus deveres e só assim se legitimam.

Diga-se, ainda, que o *interesse público* destinado a preponderar sobre o interesse privado, em caso de conflito entre eles, não só não é o *interesse próprio da administração pública*, como são *próprios* de quem quer que seja. Não se confundem com os interesses *individuais* da máquina administrativa nem com os interesses *individuais* dos cidadãos, pois embora esses possam coincidir com aquele, o contrário não ocorre, porquanto o interesse público será sempre mais amplo.

Como ensina **Renato Alessi**⁸⁷, o interesse público, em si e por si, não é um interesse *subjetivo*, mas uma expressão unitária abstrata, isto é, um conceito de caráter *objetivo*, cujo conteúdo é, a nosso ver, melhor vislumbrado no *que* se consubstancia (em um objeto, *quid*), e não em *quem* (sujeito que) é seu titular. Nesse sentido conceitual associado à expressão, *interesse público* não corresponde a uma *posição subjetiva* titularizada por quem quer que seja, mas a uma *situação objetiva* amparada por lei.

Deveras, os interesses públicos não são os interesses da maioria, não são uma somatória ou síntese de interesses, que podem ser coincidentes, contraditórios ou neutros em suas relações recíprocas. Vistos em sua objetividade de conceito abstrato, não são interesses de quem quer seja, conquanto certos indivíduos, em determinadas situações, possam invocar a proteção que incide sobre o objeto de tais interesses em seu próprio benefício, hipótese em que se configura um *direito subjetivo*, ou para desenvolver competências em interesse alheio, caso em que se configura uma *potestade do tipo prerrogativa*.

⁸⁷ *In Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 200 à 202)

De se reconhecer, portanto, que tais interesses não estão, eles e tampouco os instrumentos necessários para sua concretização, à disposição de quem quer seja, pois a proteção que sobre eles recai limita até mesmo as pessoas que são incumbidas de sua persecução.

Nesse sentido, encontra-se a que é, para nós, a principal nota distintiva das *relações jurídico-administrativas* que são, como diz **Ruy Cirne Lima**⁸⁸, constituídas *more objetivo*, isto é, estruturadas em função de uma *finalidade objetiva*, que não se sujeita à *vontade* do titular das correspondentes prerrogativas e direitos atribuídos para exercício de um *fim cogente*.

Diferenciam-se, portanto, das relações constituídas *more subjetivo*, cuja *finalidade* vincula-se à *vontade* do titular dos correspondentes direitos e potestades, a quem cabe a *livre decisão* quanto a seu exercício ou não.

Assim, com base na lição de **Francesco Carnelutti**⁸⁹, para quem o *interesse é uma relação de fato entre o sujeito e determinados bens*, e no caráter objetivo do interesse que constitui a finalidade das relações jurídico-

⁸⁸ In A Relação Jurídica no Direito Administrativo, destacando-se em especial a seguinte passagem que se encontra à página inicial de sua obra: “*A par do conceito clássico de relação jurídica, segundo o qual as cousas e os fatos se vinculam ao sujeito de direito **more subjetivo**, quer dizer, ligando-se incondicionalmente, à vontade daquele, tinham, os Romanos, noção, embora menos precisa, de outra figura de relação jurídica, segundo a qual a ligação entre o sujeito de direito e as cousas ou os fatos se opera **more objetivo**, isto é, vinculando-se estes, àquele, meramente, como órgãos de um fim. Dessa relação jurídica, em que o poder e o arbítrio da vontade são grilhoados à superioridade de um fim, modelo e exemplo é a relação sagrada: a religião.*” (destaques no original)

⁸⁹ In Teoria Geral do Direito, da qual destacamos as seguintes palavras que se encontram às páginas 88/89: “*O interesse é uma relação. Esta verdade transparece da própria palavra, que é uma das mais expressivas: “quod inter est” não pode ser senão uma relação. Com dizer isto... [“omissis”], deu-se com a primeira razão do erro daqueles (e são a maioria) que fazem do interesse um juízo, qualquer coisa, portanto, que estaria dentro e não fora de nós,...” e prossegue logo mais adiante: “Deste modo, quando, já no primeiro volume das “Lezioni”, eu próprio defini o interesse como uma posição favorável para a satisfação de uma necessidade, e, portanto, como uma relação entre o ente que experimenta a necessidade (homem) e aquele que é capaz de satisfazê-la (bem), foi esta uma intuição que a experiência e a meditação de vinte anos me permitiram confirmar e demonstrar.*”

administrativas, conforme destacado por **Ruy Cirne Lima**⁹⁰, entendemos que o conceito abstrato de interesse público se consubstancia nos bens valorizados por uma determinada sociedade, tomando-se a expressão *bens* em seu sentido mais amplo que abarca não só as coisas materiais e imateriais, mas também condutas, direitos, e tudo mais que possa ser valorizado pelos homens, o que alguns chamam de *bens da vida*.

Em outras palavras, o *interesse público* deve ser visto em sua *dimensão objetiva*, que se expressa na relação que as pessoas entretêm com os bens que fazem parte de seu mundo exterior (*interesse-bem*), e não nos desejos e intenções internamente cultivadas por determinados sujeitos (*interesse-vontade*), os quais o Direito – quiçá a psicanálise... – sequer é capaz de revelar.

Diversamente, as relações entre os homens e os bens por eles valorizados são objetivamente aferíveis, como observa **Otto Bachof et al.** nas seguintes palavras: “*a par disto [o autor refere-se ao interesse subjetivo e material] existe também o verdadeiro interesse objetivamente determinável de um sujeito que, na sua existência e no seu grau de valor, é independente da existência e da força do interesse subjetivo e material. Não se averigua em que medida um objeto é apreciado do ponto de vista material, mas relativamente a determinadas necessidades, fins e objetivos, sendo apreciado do ponto de vista da sua perfeição.*”⁹¹ (destaques no original)

Assim, nas hipóteses em que determinados bens da vida despertem interesse geral, no sentido de serem valiosos, úteis, necessários para um grupo estável, organizado e irrestrito de indivíduos, estar-se-á diante de bens que são objeto de *interesse público*.

⁹⁰ Conforme se tem da passagem da obra supra citada, sem que resistamos à tentação de confidenciar que só agora acreditamos ter compreendido em toda sua extensão a conexão entre *interesse público* e a *relação de administração*, tão encarecida por **Ruy Cirne Lima**, o que nos leva a pensar que os gênios não desnudam por completo suas descobertas, para que qualquer incauto possa vislumbrá-las despudoradamente, talvez por desejarem um certa dedicação da parte daqueles que delas pretendem tirar proveito, pois, a despeito de sua genialidade, imaginasse não ter sido sem qualquer esforço que as descobriam.

⁹¹ V. pág. 425 da obra citada.

Como as pessoas raramente se encontram na mais completa solidão e isolamento⁹², impõe-se considerar que o *interesse* que vincula um determinado sujeito a certos bens da vida não se restringe às suas próprias necessidades, pois um determinado bem pode interessá-lo em razão das relações comerciais, familiares, de amor, amizade e solidariedade que entretém com outras pessoas. Afinal, os indivíduos não vivem somente em si e para si, como ocorre com as outras.

Contudo, mesmo nesses casos, o interesse do sujeito será *individual*, porquanto pertinente a um indivíduo determinado, mas o bem sobre o qual esse interesse individual recai é objeto de interesse *público*, pertinente a um grupo irrestrito de indivíduos, cujo número de membros não só é indeterminado, como, também, indeterminável, pois relativo tanto a seu presente quanto a seu futuro.

Na lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, a expressão unitária que chamamos de interesse público é “*a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.*”⁹³

Por isso, preferimos mirar os interesses públicos em sua dimensão objetiva, encarnados em objetos materiais e imateriais que suscitam interesse geral, porquanto a tentativa de enxergá-los em sua dimensão subjetiva, qual seja, dos sujeitos que os titularizam, cerca-nos de dificuldades que a nossos olhos parecem tanto inúteis quanto insolúveis, porquanto as respostas que cogitamos para debelá-las esbarram em artificialismos que, para nós, são insustentáveis.

Pois, afinal, quem seriam os titulares dos interesses públicos?

⁹² Conforme mencionado acima, a palavra *pessoa* refere justamente a máscara, personagem, *social* dos homens.

⁹³ V. pág. 60 de seu Curso de Direito Administrativo.

A própria administração pública? Se a resposta a tal indagação for afirmativa, ainda que separemos apenas os interesses públicos primários, seríamos forçados a negar o caráter funcional de sua missão, que deixaria de ser o desempenho de atividades em interesse *alheio*, pois seria ela mesma a titular desses interesses.

E se a administração não é a titular dos interesses públicos, como repartir sua titularidade entre os cidadãos? Note-se que a teoria de que haveria uma *representação político-institucional*, pela qual a administração pública teria mera capacidade de agir, sendo os cidadãos os titulares do interesse, também não viria em nosso auxílio, salvo se admitirmos que o representante possa validamente agir contra os interesses de seus representados ou – o que nos parece igualmente artificial - que não haveria, sob qualquer hipótese, contrariedade aos verdadeiros interesses dos cidadãos, conquanto não correspondam àqueles que efetivamente guiam suas ações.

A solução seria supor, então, que cada cidadão poderia titularizar os interesses públicos? Para responder *sim*, teríamos então que admitir que o arroseiro que foi instado a sair da terra por ele ocupada em razão de ter sido tradicionalmente utilizada por índios, poderia se apresentar como titular do interesse de proteção das comunidades indígenas, o que não nos parece aceitável.

E assim, poderíamos continuar formulando diversas outras questões até chegarmos à única que a nosso ver possui alguma utilidade: o que buscamos explicar com todas essas indagações?

Parece-nos que a solução buscada pode ser atingida quando focamos os interesses públicos em sua dimensão objetiva, consubstanciados nos bens da vida que, em virtude de sua importância social, presente e futura, são protegidos pelo Direito.

Abandonemos, portanto, as questões relacionadas à titularidade desses interesses, pois não vemos como atrelar sujeitos determinados e concretos a uma unidade abstrata, porquanto seus interesses poderão coincidir com os interesses

públicos, mas, com eles não se confundem, embora, apresse-se em dizer, exista uma relação que, como diz **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁹⁴, *íntima e indissolúvel* entre os interesses públicos e os interesses individuais da administração pública e dos cidadãos, os quais, já se disse, não se restringem apenas àqueles que são próprios dos indivíduos, mas abrangem também os que valoriza em razão do exercício de sua profissão, dos laços de família, amor, amizade e solidariedade.

Ressalte-se que esses *interesses individuais* coincidentes com os interesses públicos serão *interesses secundários* (ou instrumentais), sejam eles interesses individuais da administração pública ou dos cidadãos, na medida em que a satisfação dos *interesses públicos primários* (ou finais), realiza-se por sua tutela direta e independente de outros interesses, mas também, indiretamente, pela tutela dos *interesses secundários* coincidentes com o *interesse primário*, como ensina **Renato Alessi**⁹⁵.

De se observar, portanto, que o caráter *público* de um interesse não deriva de qualidades relacionadas aos *sujeitos* que o titularizam, mas de propriedades relacionadas aos *objetos* sobre os quais recaem, pois, como dito, há objetos que suscitam interesse disseminado por toda sociedade.

⁹⁴ V. pág. 60 de seu Curso de Direito Administrativo. Vale mencionar, ainda, os efeitos práticos que o autor citado atrela à afirmação de que os interesses públicos são a **faceta coletiva dos interesses individuais**: “*enseja mais facilmente desmascarar o mito de que interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de serem defendidos por particulares (salvo em ação popular ou civil pública) mesmo quando seu desatendimento produz agravo pessoalmente sofrido pelo administrado, pois aniquila o pretense calço teórico que o arrimaria: a indevida suposição de que os particulares são estranhos a tais interesses; isto é: o errôneo entendimento de que as normas que os contempla foram editadas em atenção a interesses coletivos, que não lhes diriam respeito, por irrelevantes a interesses individuais.*”

⁹⁵ V. nota de rodapé da pág. 200 da obra supra citada.

1.3.2. Características especiais das posições jurídicas engendradas por relações jurídico-administrativas: direitos subjetivos públicos e deveres e obrigações administrativas

Agora, para saltar do plano dos fatos ao Direito, ou, em outras palavras, para que os *interesses* consubstanciados nesses bens da vida com os quais os membros de uma sociedade e seu conjunto se relacionam positivamente possam ser exigidos por meio de *direitos subjetivos públicos*, impõe-se que tenham sido objeto de tutela jurídica, sem o que não serão sequer *interesses juridicamente protegidos*.

Ocorre que a tutela legal incidente sobre um determinado bem e seu correspondente interesse é *condição necessária*, mas não suficiente para que possam ser exigidos por meio de *direitos subjetivos públicos*, pois há que se perquirir, ainda, se a tutela geral e abstrata prevista na lei pode ser invocada em proveito do sujeito que se apresenta como titular do direito subjetivo público em questão.

Em outras palavras, para que se tenha um *direito subjetivo público* não basta que se configure seu *elemento material*, consubstanciado em um *interesse juridicamente protegido*, impõe-se, ainda, um *elemento formal*, que consiste no poder, potestade, faculdade, permissão, enfim, a expressão que se entenda ser a mais adequada para referir a possibilidade de que um determinado sujeito possa invocar em proveito próprio a tutela jurídica incidente sobre aquele bem.

E com isso passamos à outra peculiaridade das relações jurídico-administrativas que se refere às características especiais de certas posições jurídicas por meio delas engendradas, a saber, os direitos subjetivos *públicos* e os deveres e obrigações *administrativas*.

Esclareça-se, antes disso, que, conquanto a administração pública também possa ser titular de direitos subjetivos, sobretudo nos negócios jurídicos que celebra, utilizamos a expressão *direitos subjetivos públicos* apenas para referir os direitos subjetivos que podem ser titularizados pelos cidadãos em face da

administração pública, e, do mesmo modo, embora os cidadãos tenham obrigações perante ela, quando falamos em *deveres ou obrigações administrativas* reportamo-nos as que são titularizadas pela administração pública.

Pois bem. Essa segunda condição necessária para configuração dos direitos subjetivos públicos, ganha especial complexidade na seara do Direito Administrativo, porquanto, conforme destacado acima, *o agir da administração pública é integralmente regido pelo Direito*, em virtude do *princípio da legalidade e liberdade dos indivíduos*, a que se refere o inciso II do artigo 5º de nossa Constituição⁹⁶.

Por força de tal peculiaridade, há no Direito Administrativo (i) uma série de normas jurídicas cuja finalidade é a de legitimar a atuação da administração pública em certos domínios, demarcar competências para seus agentes e estabelecer diretrizes de conduta e outras condições para seu válido exercício, que são as que acima denominamos *normas de conformação*, v.g., a que se extrai do artigo 21, II, da Constituição da República⁹⁷; (ii) outro grupo de normas jurídicas que estabelecem, de modo indubitável, *obrigações* que a administração pública deve desenvolver em favor dos cidadãos e vice-versa, atreladas aos correspondentes *direitos subjetivos públicos*, v.g., a que deriva do artigo 196 da Constituição da República⁹⁸; e, por fim, (iii) outras normas jurídicas cujo

⁹⁶ Sobre o significado de tal princípio, vale citar as belas palavras de **Eduardo Garcia de Enterría**: “*Es en estas reglas profundas, que siguen siendo la base estructural de cualquier construcción de un Estado de Derecho, donde se articulan las posiciones jurídicas básicas de la Administración y del administrado. La legalidad de La Administración no es así una simple exigência a Ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es también antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que La Ley no autoriza o Le impida de hacer lo que La Ley permite no solo es una acción ilegal, es una agresión a La libertad de dicho ciudadano.*” (In Curso de Derecho Administrativo, II, pág. 50)

⁹⁷ Art. 21. Compete à União:

I – [omissis];

II – declarar a guerra ou celebrar a paz.”

⁹⁸ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

enquadramento nos blocos acima designados como (i) ou (ii) dependerá da interpretação que o sujeito responsável pela aplicação da regra em questão fará à luz de uma pretensão concreta, v.g., as que constam do artigo 21, XI, da Constituição da República⁹⁹.

Assim, tome-se como exemplo, a regra que consta do parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.987/95, segundo a qual “*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.*”

Tem-se, à primeira vista, uma regra que deveria ser enquadrada no bloco (i), pois dela se extrai o caráter nacional de algumas das regras instituídas pela Lei 8.987/95, assim como a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para estabelecer regras específicas sobre a matéria, que estejam, sobretudo, relacionadas às peculiaridades dos serviços que lhes cabe organizar e promover.

Vista desse modo, esta seria uma *norma de conformação*, das quais derivam relações jurídicas entre as entidades políticas nela citadas, sem que delas resultem, a princípio, quaisquer *direitos subjetivos públicos*.

Contudo, imaginemos que um determinado cidadão requeira a anulação e indenização pelos danos ocasionados por ato da União que tenha se baseado em regra por ela editada sobre peculiaridade relativa a um serviço municipal. Supondo que realmente tenha havido um dano econômico e que ele esteja de fato inserido em uma linha de causação derivada do ato da União que violou a norma jurídica citada, pergunta-se: teria ele *direito subjetivo público* que amparasse seu pedido de indenização e anulação do ato?

⁹⁹ “Art. 21. Compete à União:

I – [omissis];

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações...”.

Ora, independente da resposta que possamos oferecer a tal pergunta, pois não é a resposta que agora nos importa, a possibilidade da pergunta já basta para afirmar que há uma zona de penumbra relacionada a determinadas normas jurídicas, a qual não pode ser eliminada *a priori*, conquanto a incerteza, que abstratamente a caracteriza, possa se esvanecer diante das claras circunstâncias que cercam a realidade examinada.

Bem de se ver, portanto, que a distinção entre *normas de conformação* e *normas de relação* não é sempre tão nítida e, tampouco, imutável, sobretudo porque assume contornos diversos à luz da realidade concreta, *de modo que não se deve afirmar que das normas de conformação não se originam quaisquer espécie de direitos subjetivos públicos*.

Quanto à qualidade das normas aptas a gerar direitos subjetivos públicos, não vislumbramos – ao menos, escapa a nossos olhos – critérios teóricos e suficientemente seguros para eliminar *a priori* e por completo quaisquer dúvidas que possam assaltar o espírito dos que se encontram premidos pelo dever de ditar uma determinada solução em meio a essa zona de penumbra.

Todavia, vale tecer algumas considerações em torno da denominada *teoria da norma de proteção*, que a doutrina alemã extraiu de sua prática jurisprudencial, para que nos aprofundemos um pouco mais na discussão relacionada à configuração dos *direitos subjetivos públicos*, questão que, nas palavras de **Eduardo Garcia de Enterría**, *alcança, como poucas outras, importância de primeira significação no Direito Público*¹⁰⁰.

Assim, conquanto tal questão tenha, em virtude de sua importância, merecido atenção da doutrina e jurisprudência dos mais diversos países, destacaremos especialmente o pensamento originário da Alemanha, porque, à semelhança do que ocorre em nosso País, a figura dos *interesses legítimos* não

¹⁰⁰ In Direito Administrativo Geral, pág. 39.

foi acolhida em seu Direito Positivo, o qual protege quase que exclusivamente os *direitos subjetivos* dos cidadãos¹⁰¹.

De acordo com a *teoria da norma de proteção*, o elemento determinante para que se possa extrair um *direito subjetivo público* de uma norma jurídico-administrativa é, nas palavras de **Hartmut Maurer**, a “*proteção do interesse legalmente pretendido*”¹⁰².

Isso porque, destaca o autor citado, para “*aceitação de um direito subjetivo devem ser examinadas sempre duas questões: a) Existe uma norma jurídica que obriga a administração a uma determinada conduta (dever jurídico da administração)? b) Deve a norma jurídica – pelo menos também – servir à proteção dos interesses do cidadão individual (interesse individual)?*”¹⁰³

O autor menciona, ainda, que, de acordo com a doutrina alemã dominante, a “*direção do interesse*” juridicamente protegido deve ser desprendida da prescrição jurídica correspondente diante de cada caso concreto, razão pela qual passa ao exemplo da pretensão que um determinado sujeito possa ter em anular uma licença para construir que a administração pública tenha outorgado a seu vizinho.

Para que tal pretensão possa ser acolhida, prossegue o autor citado, não basta que a licença para construir seja antijurídica, mas que a norma violada tenha caráter protetor da vizinhança, sendo assim, e como as prescrições jurídicas

¹⁰¹ Conquanto nosso Direito positivo se refira por vezes aos *interesses* (v.g. art. 129, III, da Constituição, que faz referência aos *interesses difusos*; a Lei 7.347/85, que trata da defesa de tais interesses por meio de *ação civil pública*; assim como, o art. 9º da Lei 9.874/98, que possibilita a participação dos *interessados* nas decisões administrativas nos correspondentes processos administrativos em âmbito federal), nas poucas vezes em que o faz, não o trata como *posição jurídica subjetiva de caráter substancial*, pois não prevê a possibilidade de ressarcimento a sujeito algum, até porque os denominados interesses difusos seriam aqueles em relação aos quais não há titularidade definida.

¹⁰² *In* Direito Administrativo Geral, pág. 178.

¹⁰³ Pág. 178 da obra citada.

raramente expressam quais são seus objetos de proteção, “*trata-se decisivamente de uma questão de interpretação*”¹⁰⁴.

O autor informa que, em um primeiro momento, a jurisprudência alemã sobre essa específica questão não identificava proteção aos vizinhos nas normas que regulam a elaboração de projetos de construir, posto que não se extrai da norma examinada um círculo determinado ou suficientemente determinável de indivíduos que merecessem ser especialmente protegidos.

Contudo, constatou-se posteriormente que uma exclusão geral da proteção de vizinho nesse âmbito do Direito Urbanístico seria dificilmente sustentável, com o que se passou a admitir a anulação da licença nos casos excepcionais em que o efeito forte e duradouro da situação ilegal afetasse o vizinho de modo grave e insuportável.

Mais tarde, o Tribunal Administrativo Federal desenvolveu o *princípio da tomada em consideração*, no caso, da situação do vizinho, como dever jurídico objetivo a ser observado pela administração pública, com o que as pretensões de anulação de licenças ilegalmente concedidas passaram a ser concedidas.

Conforme mencionado acima, concordamos com o autor citado no sentido de que a identificação dos interesses protegidos por uma determinada norma jurídica é, em alguns casos, uma questão de interpretação, a ser resolvida à luz das circunstâncias de tais casos concretos, razão pela qual cabe examinar um pouco mais o exemplo por ele mencionado, a fim de que possamos, quiçá, dele extrair alguns parâmetros.

Debrucemo-nos, em primeiro lugar, sobre o entendimento inicial da jurisprudência alemã no sentido de que não seria possível extrair direitos subjetivos públicos de normas jurídicas que não favoreçam um grupo determinado de pessoas, como é a categoria dos vizinhos, no exemplo mencionado por **Maurer**.

¹⁰⁴ Pág. 180 da obra citada.

Tal entendimento pode ser associado ao que deriva da concepção segundo a qual os serviços públicos *uti universi*, assim entendidos como aqueles que são fruídos de modo coletivo, tais como, defesa nacional, segurança pública, conservação de vias públicas, limpeza urbana e iluminação públicas, não poderiam ser objeto de verdadeiras *prestações administrativas*, como defende Renato Alessi em sua magnífica obra *Le Prestazioni Amministrativa rese ai privati*.

É certo que a restrição do conceito de *prestação* proposta pelo autor citado deve-se, sobretudo a um corte metodológico necessário para que atingisse seu objetivo de elaborar uma *teoria das prestações administrativas passível de ser integrada à teoria dos serviços públicos*, em virtude de ter constatado que muito se fala dos serviços públicos que resultam dessa prestação, mas pouco se trata da correspondente prestação, em que pese ser ela o fenômeno jurídico do qual resulta o serviço público, que constitui, portanto, mera indicação externa do desenvolvimento de uma *prestação que é objeto de relações jurídicas concretas*¹⁰⁵.

Nada obstante, resulta claramente da obra de **Renato Alessi** que, a seu ver, o desenvolvimento de atividades destinadas à vantagem genérica dos cidadãos - *uti universi* – não pode ser tomado como objeto de relações jurídicas concretas

¹⁰⁵ Nesse sentido, confirmam-se as palavras que revelam a perspicácia do autor e inspiraram a elaboração do presente trabalho: “*Che se, per contro, si vuol passare ad una analisi intrinseca e ad una giuridica ricostruzione del fenomeno dell’esplicazione del servizio, la nozione di **servizio** risulta di primo acchito del tutto inadeguata ed insufficiente, inquanto che il fenomeno in questione, intrinsecamente considerato suffgge del tututo alla nozione stessa, mentre esso può essere convenientemente analizzato e ricostruito soltanto sulla base della nozionde di prestazione, instrinseco contenuto del servizio ed oggetto del rapporto giuridico sulla cui base giuridica il servizio stesso viene appunto esplicato. Ecco, pertanto, sotto quale profilo la nozione di **prestazione** deve valere ad integrare quella di **servizio**, ove vogliasi giuridicamente analizzare e ricostruire il fenomeno intrinseco e concreto dell’espletamento del servizio. Ed infatti, noi troviamo che nel campo del diritto privato non si è creata alcuna **teoria dei servizi**, in quanto che il fenomeno dell’espletamento dei servizi veri e propri ha potuto e dovuto rientrare in quella che, sostanzialmente, è la teoria delle prestazioni private: alludo alla **teoria delle obbligazioni**, in base alla quale soltanto può essere analizzato e costruito il fenomeno dell’espletamento concreto del servizio ed il rapporto giuridico che vi si accompagna.*” (in obra citada, pág. 30/31 – destaques no original)

entre a administração pública e um determinado sujeito, porque em relação a tais atividades faltaria uma específica vantagem individual da parte de cada cidadão que possa ser tutelada mediante uma relação jurídica obrigatória¹⁰⁶.

Nesses casos, entende-se – **Georg Jellinek, Enrico Guicciardi, Renato Alessi, Pontes de Miranda, Hartmut Maurer**, dentre outros – que eventual vantagem individual resultante da aplicação de normas jurídicas postas no interesse geral terá mero caráter ocasional, será mero *reflexo do Direito Objetivo* (ou *reflexo jurídico*), que corresponderá, no máximo, a um interesse legítimo, mas, nunca, a um direito subjetivo público.

Isso porque, em tais casos, a finalidade legal não é a tutela *direta* do interesse individual¹⁰⁷, como meio de atingir o interesse público, donde se extrai que eventuais vantagens individuais que resultam da tutela normativa não foram *legalmente queridas*¹⁰⁸, razão pela qual não poderão ser exigidas por meio de um *direito subjetivo público*.

Conforme mencionado acima, nos países em que a figura do *interesse legítimo* é tutelada pelo correspondente ordenamento jurídico, ou naqueles em que há previsão de um *recurso objetivo* dirigido à autoridade judiciária, ainda que administrativa, os sujeitos que sejam especialmente beneficiados pela aplicação da norma posta no interesse geral poderão pleitear a anulação do ato administrativo que a tenha violado, mas não a reparação do dano por eles suportado ou a obtenção de um determinado benefício.

Sendo assim, os sujeitos que se encontram em tal condição estão legitimados a atuar na *defesa da legalidade*, desenvolvem função semelhante à que cabe ao Ministério Público, possuem um *poder objetivo* de caráter *processual*, mas não um *direito subjetivo* por meio do qual se lhes garanta uma vantagem *substancial*.

¹⁰⁶ V. pág. 29 da obra citada.

¹⁰⁷ Cf. **Georg Jellinek**, in Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi, p. 79, e **Enrico Guicciardi**, in La Giustizia Amministrativa, p. 31 à 38.

¹⁰⁸ Cf. **Hartmut Maurer**, in Direito Administrativo Geral, p. 178.

No Brasil, assim como na Alemanha, a única posição subjetiva objeto de integral proteção jurídica são os *direitos*, como se tem do artigo 5º da Constituição da República, por força do qual cabe ao Poder Judiciário apreciar as lesões ou ameaças de lesão a *direitos* (inc. XXV), e conceder mandado de segurança para proteger *direito* líquido e certo (inc. LXIX).

Não obstante, nosso Direito Positivo prevê diversos instrumentos de *controle objetivo* da legalidade que podem ser acionados pelos cidadãos, tais como o *direito de petição*, previsto no artigo 5º, XXIV, “a”, da Constituição da República, a *ação popular* referida no inciso LXIII do mesmo artigo, a formulação de denúncias aos tribunais de contas a que se refere o artigo 74, §2º, da Constituição da República, a legitimidade conferida aos interessados nas decisões administrativas para participarem dos correspondentes processos administrativos (cf. art. 9º da Lei 9.874/98), assim como a participação em audiências e consultas públicas.

Contudo, tais mecanismos são, como dito, instrumentos de controle objetivo, pois nenhum deles possibilita a obtenção de qualquer tipo de vantagem substancial específica para o sujeito que por meio deles indica a ocorrência de violação a ordem jurídica.

Assim, retornado ao exemplo de **Maurer**, a prevalecer o entendimento de que as normas que regulam as edificações visam o *interesse geral de adequada urbanização da cidade*, sem que, por tal razão, devam beneficiar o *interesse individual do vizinho que não foi objeto direto da tutela legal*, também aqui, no Brasil, este sujeito não obteria a reparação pelos prejuízos que tenha suportado em razão do ato ilegal¹⁰⁹, e - o que é ainda pior -, só poderia pleitear a anulação da licença de construir perante a mesma administração pública que a concedeu,

¹⁰⁹ Note-se que neste caso específico a licença de construir ilegalmente concedida é mera condição, e não *causa* de eventuais prejuízos suportados pelo vizinho, razão pela qual eventual obrigação de repará-los deveria recair, a nosso ver, sobre quem edificou o imóvel. Mas, haverá diversos outros casos, em que o ato administrativo ilegal poderá ser a causa de danos injustamente suportados por aqueles que podem ou não ser seus destinatários diretos.

pois não teria legitimidade para apresentar tal pleito perante o Poder Judiciário (!!!).

Para nós, a *indeterminação dos sujeitos* que possam ser beneficiados pelo cumprimento de uma norma jurídica posta no interesse público, assim como a identificação de que sua *finalidade não é a tutela direta de um interesse individual*, não constitui razão suficiente para que se negue a proteção nela contemplada a quem tenha sua esfera jurídica individual concretamente lesada em razão da violação da norma cuja finalidade é proteger o mesmo bem da vida que foi individualmente restringido.

Restringir os *direitos subjetivos públicos* aos casos em que a norma vise diretamente à satisfação dos interesses de determinados indivíduos como meio de satisfação do interesse público, retira dos cidadãos a possibilidade de se beneficiarem da proteção conferida ao conjunto no qual se inserem, o que constitui, a nosso ver, um paradoxo insustentável.

Como diz **Celso Antônio Bandeira de Mello**, “*não há razão lógica prestante para dimensionar os direitos subjetivos públicos em termos tão angustos que impliquem negar, no direito público, proteção a situações que o Estado de Direito reclama estejam sob cabal amparo.*”¹¹⁰

Com efeito, nos casos em que *o descumprimento da conduta prevista na norma jurídica posta no interesse geral é também a causa direta de uma lesão individual*, tem-se um indício de que aquele interesse individual nada mais é do que particularização do interesse mais geral que constitui a finalidade legal, razão pela qual sua proteção coincide com a proteção mais geral visada pela norma, ainda que o contrário não seja verdadeiro, ou seja, que a proteção mais geral não se esgote na proteção dos interesses individuais.

Assim, no exemplo de **Maurer**, o interesse protegido pelas normas que regulam a elaboração de projetos de construção é a *adequada urbanização da cidade*, o qual se reveste indubitavelmente de caráter geral. Destarte, *o interesse*

¹¹⁰ In Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais, pág. 42/43

individual do vizinho cuja morada deixou de estar adequadamente aerada e iluminada por força de construção autorizada por ato administrativo ilegal é a particularização concreta do interesse geral, com o qual *coincide*.

Já o interesse que um determinado cidadão possa ter em construir edificação com três andares em sua propriedade, a fim de que nela se alojem todos os membros de sua família, e a despeito de vedar a adequada iluminação e circulação de ar na propriedade vizinha, não é compatível com o interesse geral de adequada urbanização da cidade, razão pela qual não poderá, evidentemente, ser protegido pela mesma norma jurídica.

Independente de saber se o interesse do indivíduo que edificou o prédio de três andares em sua propriedade é ou não objeto de proteção jurídica, parece-nos fora de dúvida dizer que se o for, certamente não será protegido pela norma em questão, mas por outras, como, por exemplo, a que protege o direito de propriedade, hipótese na qual poderá se instaurar um conflito de interesses que sejam ambos protegidos, a depender das circunstâncias do caso concreto e da dicção das normas jurídicas que a ele se aplicam.

Como o que nos interessa aqui não é a existência de um possível conflito e sua solução, retornemos à possibilidade de que o indivíduo cujo interesse seja compatível com o interesse público visado pela norma possa se valer de sua tutela em benefício próprio, ou seja, se ele tem *direito subjetivo público* por força do qual possa requerer a proteção incidente sobre bens de interesse público.

A resposta será certamente positiva se considerarmos que os direitos subjetivos *públicos* se singularizam justamente por permitir que um determinado indivíduo lesado em sua esfera jurídica individual possa se valer da proteção que incide sobre determinado bem que objeto de interesse público e também de seu interesse individual.

Isso porque, fazendo nossas as palavras de Renato Alessi, “*a satisfação do interesse coletivo primário, conceito abstrato, obtém-se em concreto mediante a subordinação dos interesses secundários que estejam concretamente em conflito*”

com ele, e com a correspondente satisfação dos interesses secundários coincidentes com o interesse público primário.” (destacamos) ¹¹¹

Ressalte-se que, segundo **Otto Bachof et al.**¹¹², em Estados Sociais e Democráticos de Direito, a interpretação da norma de proteção deve pautar-se em uma *presunção da existência de direito subjetivo*, porquanto, neles, fazendo nossas as palavras de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, o Direito Administrativo *é, por excelência, o Direito defensivo dos cidadãos*¹¹³.

Adotada tal presunção e linha de interpretação, deve-se inverter a ótica original da *teoria da norma de proteção* que passa a se fundar na seguinte proposição: toda vez que a finalidade de uma determinada norma jurídica for a satisfação de um interesse público, deve-se pressupor que os interesses individuais lesados por seu descumprimento são por ela protegidos, razão pela qual os sujeitos que tenham suportado prejuízos derivados do descumprimento de tal norma de proteção detêm *direito subjetivo público* de pleitear a anulação do ato ilegal e de obter a reparação dos prejuízos por ele acarretados.

Em tais casos, configura-se o que **Eduardo Garcia de Enterría**¹¹⁴ chama de *direito subjetivo reacional* ou *impugnatório*, que deriva da conjugação do prejuízo e da ilegalidade, e confere a seu titular o direito de eliminar a atuação ilegal e o restabelecimento da integridade de seu interesse.

Ocorre que o restabelecimento da integridade de um interesse juridicamente protegido varia de acordo com a categoria do interesse em questão.

No caso dos denominados *direitos de domínio*, dentre os quais se incluem os direitos personalíssimos e reais, relativos às liberdades e demais poderes titularizados pelas pessoas, o restabelecimento da integridade do interesse

¹¹¹ tradução livre da autora de passagem da obra La responsabilità della pubblica Amministrazione, vol. I, à pág. 175

¹¹² V. págs 658 e 659 da obra citada.

¹¹³ V. pág. 47 de seu Curso de Direito Administrativo.

¹¹⁴ Vide páginas 49 à 56 da ob. citada.

depende apenas da restauração da legalidade e reparação de eventuais prejuízos que decorram do descumprimento da norma jurídica violada.

Isso porque, conforme observa **Celso Antônio Bandeira de Mello**¹¹⁵, a satisfação de tais interesses *independe de prestação alheia*, razão pela qual as eventuais relações jurídicas que se desenvolvem em torno deles restringem-se à manutenção do proveito que já deriva do próprio direito.

Contudo, quando estão em pauta *direitos pessoais*, cuja tônica precípua é a *colaboração*, sua satisfação depende exclusivamente da conduta de outrem, razão pela qual se lança mão de todos os mecanismos que o Direito dispõe para constranger alguém a agir em um determinado sentido, tais como a fixação de *astreintes*, prisão por descumprimento de ordem judicial, etc.

Na seara do Direito Administrativo, tal situação se verifica nas hipóteses em que a satisfação do direito implica o cumprimento de uma *obrigação* por parte da administração pública, por força da qual deverá desenvolver uma *prestação* em favor de seu titular.

Em tais hipóteses, o que se deseja é a prática de uma conduta, e não seu correspondente em espécie, que constitui mera compensação nos casos em que a satisfação plena do direito não é possível. Assim, o restabelecimento integral do interesse só ocorrerá se a *administração pública for instada a desenvolver uma determinada prestação*.

Destaque-se, ainda, que nas hipóteses em que a prestação deva ser desenvolvida em favor de todos os cidadãos a compensação pecuniária equivalente à prestação não deixa de recair sobre os próprios cidadãos e torna cada vez mais escassos os recursos que são necessários para sua execução, razão pela qual a indenização de prejuízos não pode ser vista como solução.

Cabe, portanto, examinar se tal situação se verifica em relação a todos os *deveres administrativos*, isto é, se todos eles correspondem a *direitos subjetivos*

¹¹⁵ In Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais, pág. 22

públicos por meio dos quais se possa exigir a correspondente *prestação*. Para tanto, socorre-nos a distinção que **Celso Antônio Bandeira de Mello** formulou para o fim de evidenciar a aptidão que os direitos possuem em conferir efeitos imediatos a seus titulares, em sua *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*¹¹⁶.

De acordo com o autor citado, há hipóteses em que a norma jurídica indica a conduta necessária para o cumprimento do dever, mas, em outros casos, restringe-se a apontar uma finalidade sem indicar a conduta necessária para que seja atingida.

Na opinião do autor citado - à qual aderimos -, na primeira hipótese, os favorecidos por tal conduta possuem direitos subjetivos por meio dos quais poderão exigí-la, enquanto que, na segunda, não disporão de direitos subjetivos para exigir condutas que sequer foram especificadas, mas poderão se insurgir contra práticas que contrariem a finalidade estabelecida na norma e exigir que tais finalidades sejam sempre tomadas em consideração¹¹⁷.

Assim, diríamos que nas hipóteses em que a norma jurídica contempla um *dever objetivo*¹¹⁸, como são as diretrizes de conduta, ou até mesmo outro *dever administrativo*, a ser desenvolvido em favor de um interesse público ou individual, sem que contenha a especificação da conduta a ser exigida, seu descumprimento comissivo ou omissivo poderá ser contrastado por meio dos *controles objetivos* ou, nas hipóteses em que seja também causa de um prejuízo especial e concreto suportado por um determinado indivíduo, por meio dos *direitos subjetivos reacionais*, aos quais nos referimos acima.

¹¹⁶ V. páginas 22 à 26 da obra citada.

¹¹⁷ Nas palavras do autor, os titulares de tais direitos poderão: “a) *opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras.*” (pág. 25 da ob. cit.)

¹¹⁸ Sobre o conceito de *dever objetivo*, v. pág. 38 à 41 deste Capítulo.

Diversamente, quando das normas jurídicas resultar uma conduta suficientemente especificada para que possa ser exigida, ainda que sobre elas paire algum elemento de discricionariedade, estar-se-á diante de verdadeiras *obrigações*, cujas correspondentes prestações poderão ser exigidas por *direitos subjetivos plenos*.

Insta esclarecer que essas questões assumem contornos diferenciados quando se mira direitos subjetivos cuja natureza fundamental é reconhecida pela Constituição, a qual, por um lado, implica o dever de valorizá-los e buscar sua eficácia, por outro lado, reveste-se de uma natural fluidez e indeterminação de seu específico conteúdo.

Entretanto, em que pese a natural indeterminação do conteúdo dos direitos subjetivos fundamentais, o mesmo não se pode dizer de seu objeto, *v.g.*, o direito à saúde, em relação ao qual não se tem, já no plano constitucional, a descrição das condutas por meio das quais se obterá a plena satisfação do direito, mas se tem a clara indicação de seu objeto, de forma que, conquanto não se tenha condutas específicas, sabe-se que deverão assegurar a saúde do titular do correspondente direito.

Assim, toda vez que o objeto de um direito fundamental estiver sob risco de perecimento, seu titular poderá exigir a prática da conduta que se mostre suficiente para atingi-lo, mesmo que tal conduta não esteja especificada na própria Constituição e/ou na legislação infraconstitucional em que se encontra o detalhamento das condutas relacionadas a tais direitos.

A *pretensão de eficácia*¹¹⁹ de que se revestem as normas constitucionais força o reconhecimento de que a indicação do objeto de um direito subjetivo público fundamental constitui especificação suficiente para que se possa exigir prestações específicas necessárias para sua concretização.

Deve-se, observar, entretanto, que a Constituição não trata todos os direitos fundamentais do mesmo modo. Enquanto alguns deles são claramente

¹¹⁹ Nesse sentido, **Konrad Hesse**, à pág. 14 de sua A força normativa da Constituição.

tratados como *direitos subjetivos públicos* aos quais atrela uma série de *obrigações administrativas*, como ocorre, por exemplo, em relação aos direitos à saúde e educação, cuja importância é encarecida nos diversos dispositivos a eles dedicados; há outros que mereceram apenas – o que não chega a ser pouco – uma proclamação, à qual correspondem *deveres administrativos*, o que, a nosso ver, ocorre em relação ao direito à moradia e ao trabalho.

Assim, em nossa opinião, a Constituição cuidou suficientemente bem do direito à saúde e educação para que os cidadãos possam exigir as prestações necessárias para que possam usufruí-los, porém, o mesmo não se pode dizer do direito à moradia e ao trabalho, cuja proclamação parece-nos corresponder a uma diretriz de conduta, sem que com base nela se possa exigir determinadas prestações administrativas.

Note-se que se teria situação diversa caso uma determinada entidade política edite, no cumprimento do dever relacionado à moradia e emprego dos cidadãos, um determinado plano de habitação ou de acesso ao pleno emprego, por meio do qual especifique condutas a serem desenvolvidas em seu favor, as quais poderiam ser, então, exigidas por *direitos subjetivos plenos*.

Ressalte-se, ainda, que o descumprimento comissivo ou omissivo de tais deveres poderá se contrastado por meio dos *mecanismos de controle objetivo da legalidade* à disposição dos cidadãos, do ministério público e de outros órgãos e entidades para tanto legitimados, assim como, nos casos em que o descumprimento de tal dever acarretar prejuízos concretos e específicos a um determinado indivíduo, poderão ser opostos os *direitos subjetivos reacionais* acima mencionados.

Para o fim de arrematar as considerações em torno dos *direitos subjetivos públicos fundamentais*, vale mencionar que as prestações correspondentes aos direitos subjetivos públicos fundamentais poderão (e deverão) ser objeto de especificação em normas infraconstitucionais e atos administrativos, assim como se admite que alguns aspectos relacionados a sua fruição possam depender do

preenchimento de certos requisitos objetivos ou de avaliação técnica por parte da administração pública, como ocorre nos casos de internação de pacientes em hospitais e acesso a ensino universitário.

Não se deve admitir, entretanto, que o caráter obrigatório das correspondentes prestações possa ser restringido ou relativizado por leis infraconstitucionais e atos administrativos mediante a previsão de elemento de discricionariedade, por força do qual a autoridade administrativa possa avaliar se a conduta obrigatória deve ou não ser desenvolvida à luz de sua oportunidade e conveniência perante o interesse público.

Os requisitos e avaliação técnica a que tais prestações podem estar submetidas serão somente aqueles que possam ser objeto de mera constatação (*accertamento*) ou avaliação técnica, a qual, na lição precisa de **Renato Alessi**, não corresponde aos verdadeiros juízos discricionários, que envolvem valoração (*apprezamento*) relacionada à conveniência e oportunidade de determinadas condutas e situações¹²⁰.

Conforme esclarece **Renato Alessi**, nos casos em que o elemento de discricionariedade já surge com o dever e abrange toda sua extensão, ele não terá um direito subjetivo como correlativo, não será uma obrigação, pois a norma jurídica conferiu aos responsáveis pelo desenvolvimento de uma determinada conduta o poder de avaliar se tal conduta é mesmo compatível com o interesse público à luz das circunstâncias concretas a ela relacionadas, e, com base em tal avaliação discricionária, decidir se irão praticá-la ou não.

Já nos casos em que o elemento de discricionariedade não se origina lógica e concomitantemente com o dever ou quando o elemento de discricionariedade não abranja toda sua extensão, mas apenas determinados aspectos, configura-se um direito subjetivo até que surja, se surgir, o elemento da discricionariedade, hipótese na qual esse direito ficará condicionado à avaliação

¹²⁰ Embora a distinção seja abordada em diversas obras do autor citado, é especialmente examinada à luz da problemática sob exame em sua La responsabilità della pubblica amministrazione, às páginas 186 à 196.

político-administrativa pertinente, por isso ser chamado de *direito subjetivo enfraquecido* (*diritto subbiettivo affievolito*) ou de *direito subjetivo condicionado*.

Assim, na primeira hipótese, se o elemento de discricionariedade, originado no plano normativo e mantido no plano fático, autorizar que o responsável pela conduta decida se a executará ou não e, ainda, em que momento, sob qual forma e condições, ter-se-á (i) mera *faculdade de ação*, como a que é estabelecida pelo artigo 23-A da Lei 8.987/95¹²¹, figura mais comum no Direito Público que no Direito Privado, tendo em vista que nessa seara há liberdade no silêncio da lei, ou, (ii) *dever administrativo*, como o previsto no *caput* do artigo 175 da Constituição da República¹²², que, a despeito de seu caráter cogente, não consubstancia, ainda, uma *obrigação administrativa* cuja correspondente *prestação* possa ser exigida por meio de um *direito subjetivo público*.

Contudo, como visto acima, a prática de atos que violem tais *deveres administrativos*, aliada a um prejuízo concreto especialmente suportado por um determinado indivíduo, poderá ser contrastada por meio dos *direitos públicos reacionais* acima referidos, com base nos quais poderá ser pleiteada a anulação do ato ilegal, assim como a reparação dos prejuízos suportados por seu titular.

De se mencionar, ainda, que a eliminação do elemento de discricionariedade, no plano dos fatos, transforma o que *era dever*, no plano da norma, *em obrigação*. Assim, no exemplo acima citado, a efetiva organização e estruturação de um determinado serviço público, que pode ocorrer, dentre outras possibilidade, com a outorga da respectiva concessão, confere imediatamente aos interessados em usufruir da correspondente prestação o direito subjetivo público de exigí-la.

¹²¹ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

¹²² “Art. 175. Incumbe ao Poder Público,... [omissis], a prestação de serviços públicos.”

Na segunda hipótese aventada por **Renato Alessi**, tem-se verdadeiras *obrigações administrativas*, mas nelas reside algum elemento de discricionariedade, assim entendido como juízo político-administrativo acerca do momento ou modo de desenvolvimento da correspondente conduta que seja mais compatível com os interesses públicos em questão, v.g. a obrigação administrativa prevista no artigo 11 da Lei 8.987/95¹²³.

Nesses casos, o direito subjetivo correlacionado à tal obrigação existe, mas fica condicionado à resolução do elemento de discricionariedade, em virtude do que se terá um *direito subjetivo enfraquecido ou condicionado* correspondente à uma *obrigação fraca ou sob condição*.

Note-se que, também aqui, a eliminação do elemento de discricionariedade transforma a obrigação, que no plano da norma era fraca e se encontrava sob condição, em *obrigação forte e incondicionada*, e, o direito subjetivo que era condicionado ou enfraquecido, em *direito subjetivo pleno* ou *perfeito*.

Assim, no exemplo citado, se as circunstâncias de fato revelarem a possibilidade de que a receita da concessionária possa ser complementada por fontes alternativas de receita que favoreçam a modicidade tarifária, a entidade concedente será obrigada a prevê-las no correspondente edital, ao invés de reservá-las para si com o intuito de satisfazer seus interesses secundários.

Vale ainda observar que como se trata de norma posta no interesse público, tal conduta poderá ser exigida por qualquer cidadão, até porque, nessa fase de previsão editalícia, não se terá ainda uma concessionária.

Em suma: se por um lado, a compostura dos direitos subjetivos públicos confere a seus titulares a possibilidade de se valer da proteção jurídica dirigida

¹²³ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

diretamente a seus interesses individuais, bem como a incidente sobre os interesses públicos com os quais seus interesses individuais coincidam; por outro lado, o desfrute de tais direitos subjetivos públicos pode ficar condicionado a juízo discricionário da administração pública, nos casos em que as normas que previram as correspondentes obrigações administrativas confirmam a ela algum elemento de discricionariedade que se mantenha à luz das circunstâncias do caso concreto.

No que se refere aos *deveres administrativos*, seu cumprimento poderá ser exigido por meio dos mecanismos de controle objetivo da legalidade supra referidos ou, nos casos em que causar prejuízos a alguém, seu descumprimento poderá ser contrastado por meio dos *direitos subjetivos públicos reacionais*, figura cuja feição não tem paralelo no Direito Privado, conquanto por meio de sua existência se garanta que os *direitos subjetivos públicos* desempenhem papel semelhante ao que é alcançado pelos os direitos subjetivos privados em relação ao controle da legalidade e as repercussões derivadas da sua violação.

Esse caráter especial das posições jurídicas engendradas pelas relações jurídico-administrativas acarreta-lhes uma assimetria peculiar, no sentido de que, diversamente do que se verifica na maioria das relações jurídicas que se desenvolvem no âmbito do Direito Privado, *as posições jurídicas titularizadas pelos sujeitos envolvidos em relações jurídico-administrativas nem sempre se ligam a um par correlato que corresponda exatamente a seu reflexo*, assim como poderão ser modificadas de acordo com as circunstâncias concretas e suas repercussões em relação aos interesses públicos.

Para arrematar as considerações em torno das peculiaridades das relações jurídico-administrativas referentes ao caráter especial das posições jurídicas que engendra, confirmam-se as seguintes palavras de **Hans Kelsen**¹²⁴: “*Quando os indivíduos com poder (competentes) para criar ou aplicar normas jurídicas são juridicamente obrigados a exercer a sua competência e, assim, são também*

¹²⁴ In Teoria Pura do Direito, pág. 183/184.

sujeitos jurídicos (no sentido tradicional) – ...[omissis]... -, as relações entre estes indivíduos e os indivíduos a quem as normas por eles criadas ou aplicadas impõem deveres ou conferem direitos são, na verdade, relações entre sujeitos jurídicos. São, porém, em primeira linha, relações entre sujeitos de deveres: os sujeitos do dever de criar ou produzir normas jurídicas e os sujeitos dos deveres por essas normas estabelecidos, e só em segunda linha relações entre os sujeitos do dever de criar ou aplicar normas jurídicas e os sujeitos dos direitos (Berechtigungen) estabelecidos por essas normas. E estes direitos não são reflexos daqueles deveres, isto é, dos deveres dos órgãos de criar ou aplicar normas jurídicas, mas reflexos dos deveres que são estatuídos por essas normas”.

1.3.3 Submissão a regime jurídico de Direito Público

Passemos, então, à outra peculiaridade das relações jurídico-administrativas, a terceira em nossa ordem de exposição, a qual se refere à sua regência.

De se notar, antes de mais nada, que a relação jurídico-administrativa cujas peculiaridades vimos ressaltando na parte final deste Capítulo é tão somente a que se constitui *more objective*, ou seja, aquela cuja finalidade objetiva é a satisfação de interesses públicos, pois, como visto, é ela que mais distinções apresenta em relação às demais relações jurídicas, não apenas em quantidade, mas, especialmente, no que se refere à qualidade e importância de tais diferenças.

Ocorre que, como cediço, há outras relações jurídicas que são regidas pelo Direito Administrativo em alguns de seus aspectos, sobretudo os relacionados à sua formação, o que se verifica, por exemplo, em contratos de seguro contra incêndio de repartições públicas.

Disso resulta que o conceito sobre o qual nos debruçamos ao longo deste Capítulo abrange apenas as relações jurídico-administrativas desenvolvidas no

exercício da correspondente *função*, expressão a ser tomada em sua acepção técnico-jurídica de *exercício de atividade em nome alheio*.

Pois bem. Conforme já mencionado alhures, a tutela legal incidente sobre tais atividades visa à proteção dos interesses públicos até mesmo em relação aqueles incumbidos de sua satisfação, pois, afinal, devem buscar interesses distintos daqueles que correspondem a seus interesses individuais imediatos.

Destarte, para fazer com que tais sujeitos não se desviem do que é a verdadeira finalidade das relações jurídico-administrativas as normas jurídicas estabelecem não só uma série de requisitos formais, que conformam sua validade, mas também seu conteúdo, e que se aplicam tanto à formação, quanto ao desenvolvimento e extinção de tais relações jurídicas.

Tais regras protetoras constituem a base da disciplina legal incidente sobre as relações jurídico-administrativas, pois, com visto, foram formuladas com esse intuito, qual seja, o de proteger e viabilizar os interesses públicos.

Assim, conquanto às relações jurídico-administrativas possam ser aplicadas algumas regras de Direito Privado, sua disciplina precípua será composta por normas jurídicas de Direito Público, as quais prevalecerão sobre quaisquer outras.

De modo que outra peculiaridade que distingue as relações jurídico-administrativas das demais é a de que sua formação, desenvolvimento e extinção são regulados por normas jurídicas de Direito Público que se referem não só a seus requisitos formais, mas também à própria materialidade e conteúdo, *as quais, como dito, prevalecerão sobre quaisquer outras, em caso de conflito*.

1.3.4 Caráter multilateral ou poligonal de certas relações jurídico-administrativas

Mencione-se, por fim, outra peculiaridade das relações típicas de do Direito Administrativo, a qual, à diferença das três outras peculiaridades acima

referidas, não é uma característica constante, mas acidental, razão pela qual a ela nos referiremos mais pelo interesse específico que assume para o presente trabalho, sem que seja inserida na enunciação que ao final faremos sobre o conceito de relação jurídico-administrativa.

Tal característica, à semelhança das demais, também deriva de sua finalidade, a qual, como já se vê constitui o núcleo do qual todas as outras notas distintivas emanam.

Sendo o interesse público a finalidade geral de todas as relações peculiares ao Direito Administrativo, e em virtude da abrangência de tal interesse, ampliada pelo fenômeno das sociedades de massa, é comum que as relações jurídico-administrativas estejam inseridas em uma vasta rede articulada de relações reunidas por vínculos de implicação mútuos.

É o que se tem, por exemplo, quando a administração outorga uma concessão de serviço público, da qual derivam a *relação de concessão*, entre a entidade concedente e a concessionária, *as relações de prestação do serviço público concedido*, entre a concessionárias e os respectivos usuários, e, ainda, as relações entre esses e a entidade concedente, que denominamos *relações de garantia de prestação do serviço público concedido*.

Tal fenômeno constitui as relações *multilaterais* ou *poligonais* a que se refere a doutrina alemã¹²⁵, sendo as primeiras relações que vinculam mais de duas partes e, as outras, uma rede entrelaçada de relações. Em tais casos, resta evidente que a integral compreensão da realidade jurídica a elas subjacentes dependerá não só do exame de cada relação em si mesma considerada, mas, também, de que as tomemos em suas relações recíprocas.

É o que se passa a fazer nos próximos capítulos, mas não sem antes apresentar uma breve síntese das notas peculiares das relações jurídico-administrativas de modo a consolidar o correspondente conceito.

¹²⁵ Cf. **Vasco Manuel Paschoal Dias Pereira da Silva**, às páginas 273 à 281 de seu Em busca do ato administrativo perdido.

Resulta do exposto que *as relações jurídico-administrativas diferenciam-se das demais por uma de suas partes ser agente da administração pública, no sentido de pessoa legitimada para exercer atribuições que lhe são pertinentes, e, sobretudo, em razão do caráter objetivo de sua finalidade, alheia ao interesse subjetivo dos que nela figuram, que se consubstancia na satisfação dos interesses públicos, em virtude do que as posições jurídicas por meio delas engendradas revestem-se também de características peculiares, compondo uma relação dotada de certa assimetria, e que é precipuamente regida por normas jurídicas de Direito Público, que visam garantir sua finalidade.*

CAPÍTULO SEGUNDO

NATUREZA JURÍDICA E PRESSUPOSTOS DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB REGIME DE CONCESSÃO

Conforme exposto na introdução a este trabalho, o fenômeno da prestação de serviço público sob regime de concessão se desenvolve sobre a base de três relações jurídicas distintas, mas juridicamente interligadas, a saber: i) a relação de *concessão* de serviço público entre poder concedente e concessionária; ii) a relação de *prestação* do serviço público sob regime de concessão entre a concessionária e cada usuário dos serviços por ela prestados; e iii) a relação de *garantia* de prestação de serviço público adequado por parte da concessionária que se forma entre o usuário dos serviços públicos e o poder concedente; doravante denominadas, respectivamente, de *relação de concessão*, *relação de prestação* e *relação de garantia*.

O presente Capítulo objetiva examinar as distinções e interligações entre essas três relações jurídicas pertinentes à sua *natureza jurídica* (tópico I), e a seus *pressupostos*, que são os *aspectos externos* de tais relações, quais sejam seus *sujeitos* (tópico II), *objeto* (tópico III), *causa* (tópico IV) e *finalidade* (tópico V).

Embora a *natureza ou forma jurídica* das relações jurídicas seja parte delas, à semelhança de seu *conteúdo* e diversamente de seus *pressupostos*, trata-se dela neste Capítulo porque o caráter introdutório das considerações que lhe são pertinentes facilita a compreensão dos temas abordados nos demais tópicos deste Capítulo.

O estudo do *conteúdo* das três relações objeto deste trabalho, que, assim como a *forma jurídica*, é aspecto interno a elas, será objeto do Capítulo 3º.

2.1 - NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica de uma relação ou instituto jurídico retrata seu perfil estritamente jurídico, seu enquadramento nas categorias jurídico-dogmáticas, de acordo com a função jurídica peculiar por ele desempenhada. Com base nas considerações expostas no Capítulo 1º, tratar-se-á do *caráter básico ou eficaz* das três relações jurídicas que constituem o objeto deste trabalho, de seu enquadramento como *relações especiais de direito administrativo*, e de sua natureza estatutária, embora a *relação de concessão*, revista-se também de aspecto contratual, como segue.

2.1.1 - Caráter de relações jurídicas básicas de conteúdo normativo especial de direito administrativo das relações de concessão e prestação e caráter eficaz e especial da relação de garantia

A *relação de concessão* enquadra-se no conceito de *relação jurídica básica* exposto no Capítulo 1º¹, tanto no sentido de ser uma relação inter-humana juridicizada quanto no de que constitui *base jurídica em que se desenvolverão outros efeitos jurídicos*, para além do que lhe é associado desde o momento de sua formação, a saber, a constituição de um vínculo jurídico específico entre os sujeitos que nela figuram.

Dito de outro modo: além de ser, em si mesma considerada, uma relação jurídica, a *relação de concessão* também gera, ao longo de sua existência jurídica, *outras relações jurídicas e situações jurídicas subjetivas uniposicionais*², mediante a configuração concreta dos fatos jurídicos abstratamente previstos em seu próprio conteúdo ou em outras normas regulamentares advindas dos regulamentos e leis a ela pertinentes.

¹ V. páginas 2 à 5 nas quais tratamos do conceito de *relação jurídica básica* e de sua distinção face às *relações jurídicas eficazes*, formulado por **Pontes de Miranda**.

² Sobre o conceito de *situação jurídica subjetiva* e a distinção entre as que têm estrutura relacional, isto é, as *relações jurídicas* que carregam mais de uma *posição jurídica*, e as que contêm uma só *posição jurídica*, vide item 2 do Capítulo 1º.

Assim, a celebração de um contrato de concessão produz, *ipso facto*, o efeito de vincular juridicamente a entidade concedente e concessionária, mas também produzirá, ao longo de sua duração, uma série de outras relações jurídicas entre as partes vinculadas, *v.g.*, a relação jurídica que se instaurará no caso de exercício da prerrogativa de alteração unilateral das normas que regulam a prestação do serviço, por meio da qual se atribui à concessionária o direito subjetivo concreto de obter o reequilíbrio do contrato de concessão e, à entidade concedente, a obrigação de promovê-lo, concomitantemente à alteração (cf. art. 9º, §4º, da Lei 8.987/95).

Embora sejam menos abrangentes e, em geral, menos duradouras que a *relação de concessão*, as *relações de prestação* também são *relações jurídicas básicas*, constituídas sobre a relação inter-humana que se consubstancia no fornecimento de serviços a título oneroso, e das quais podem derivar outras relações jurídicas independentemente da vontade das partes já vinculadas, como, *p. ex.*, a que tem por objeto a responsabilização da concessionária por danos causados a determinado usuário.

Já a *relação de garantia* é conseqüência jurídica da prestação de serviço público sob regime de concessão, é puro resultado desse fato jurídico, a relação inter-humana que lhe é associada não é sua base, mas seu efeito. Trata-se, portanto, de *relação jurídica estritamente eficaz*, sem expressão físico-material, por isso nos ser menos evidente.

Além disso, diversamente do que se passa com as *relações de concessão e prestação*, a *relação de garantia* não é, em si mesma, um ato jurídico produtor de outros efeitos jurídicos³, razão pela qual seu conteúdo abrange apenas as posições jurídicas (direitos subjetivos, obrigações, etc.) atreladas aos sujeitos por ela correlacionados.

³ No item 1.1.1 do Capítulo 1º mencionamos a distinção entre relações jurídicas que, além de serem efeito do fato jurídico, são também atos jurídicos produtores de outros efeitos jurídicos, em relação aos quais cabe fazer certas cogitações incabíveis quanto às relações jurídicas que são apenas efeitos do fato jurídico, como as que se referem, *p. ex.*, a suas condições de validade e a sua forma, que só fazem sentido quando se trata de relações jurídicas que são também atos jurídicos. As implicações de tal distinção quanto ao conteúdo das correspondentes relações jurídicas são mencionadas à pág. 50 do Capítulo 1º.

Já as *relações de concessão e prestação* carregam em seu conteúdo não só as *posições jurídicas* atreladas a seus sujeitos, mas, também, um *conjunto de preceitos originários*, assim nomeados porque compõem um regime especial com aptidão para criar situações jurídicas novas, além das previstas em lei.

Pois bem. Por força do princípio da legalidade, pelo qual ninguém é *obrigado* a fazer ou deixar de fazer algo senão *em virtude de lei*, a submissão de determinado sujeito a preceitos originários infralegais depende de seu *consenso*, isto é, da manifestação de vontade dos sujeitos em ingressar em tais *relações jurídicas especiais de direito administrativo*⁴.

Isso porque, nesse tipo especial de relação jurídico-administrativa, os dispositivos legais funcionam como *limite*, porquanto seu regime especial não deve contrariá-los, mas pouco dizem a respeito do que pormenorizadamente ocorrerá durante o desenvolvimento de tais relações.

A maioria desses preceitos originários que regem não só as *relações de concessão e prestação*, mas também a *relação de garantia*, é composta por normas de índole *regulamentar*, também dita *estatutária*, e integram o que se denomina *estatuto do serviço*, o qual produz efeitos jurídicos diretos para cada uma das partes das três relações jurídicas sobre as quais o fenômeno da prestação de serviços públicos sob regime de concessão se desenvolve, o que se passa a examinar com maior detença.

⁴ Tratamos das *relações especiais de direito administrativo*, que não passa de outro rótulo atribuído ao conceito de *relação de supremacia ou sujeição especial*, no item 5 do Capítulo 1º. Vale ressaltar, por oportuno, que lá mencionamos haver algumas relações especiais de direito administrativo cuja formação não depende de consenso, como são as que se instauram entre presidiários e a administração penitenciária e também as que se constituem para fruição obrigatória de certos serviços públicos, como são os de saneamento básico. Em ambos os casos, o caráter obrigatório da relação jurídica decorre de lei e, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, os preceitos que as regulam devem se restringir a medidas de organização dos serviços, de modo que eventuais restrições à propriedade e, no caso dos serviços de fruição compulsória, à liberdade dos indivíduos devem estar previstas em lei, o que, nessa última hipótese, afetará a remuneração do prestador, como mencionado no Capítulo 3º.

2.1.2 - Caráter estatutário, eficácia jurídica tripla e flexibilidade das normas regulamentares da concessão, em oposição ao caráter contratual, eficácia jurídica intra-partes e proteção jurídica de suas cláusulas contratuais

Esse regime especial que se aplica à *relação de concessão* se encontra nas *cláusulas contratuais da concessão* (cf. designação dos artigos 29, VI, e 31, IV, da Lei 8.987/95), e, também, nas *normas do serviço* (cf. designação do art. 31, VI, da Lei 8.987/95), assim entendidas as que estabelecem as condições de prestação do serviço público sob regime de concessão.

Essas *normas do serviço* podem estar inseridas no próprio instrumento contratual da concessão, em suas *disposições regulamentares* (cf. designação do art. 29, VI), ou constar de leis ou de *regulamentos*, nome que nosso Direito positivo atribui às normas gerais e abstratas de caráter infralegal (cf. designação dos artigos 49, IV; 84, IV; 103-B, §4º, I; 105, § ún., I; 111-A, §2º, I; e 130-A, §2º, I, da Constituição da República).

Com efeito, as *disposições regulamentares* que constam do instrumento contratual da concessão e as *normas do serviço* que constam dos *regulamentos* são ambas *normas regulamentares* com igual natureza jurídica: (i) têm a mesma finalidade, qual seja, regular as condições de prestação de um determinado serviço público, e (ii) carregam o mesmo conteúdo-tipo, isto é, tratam das condutas relacionadas à prestação do serviço público ou de outros aspectos pertinentes à delegação outorgada à concessionária.

Além de terem a mesma finalidade e conteúdo jurídico, tais *normas regulamentares* (iii) têm igual abrangência jurídica subjetiva, pois, conquanto constem de instrumentos contratuais, as *disposições regulamentares* não deixam de ser *normas do serviço*, e enquanto tais, produzem efeitos jurídicos não só para os sujeitos que assinaram o respectivo contrato de concessão, mas, também, para os usuários do serviço que tais normas regulam.

Não se trata, entretanto, de estipulações contratuais *em favor de terceiro*, pois tais “cláusulas” não prevêm apenas efeitos favoráveis aos usuários, mas também, deveres, obrigações, encargos e sujeições.

Constem elas de regulamentos ou inseridas em instrumentos contratuais, as normas que disciplinam a prestação do serviço sob regime de concessão têm *eficácia jurídica tripla*, como pontua **Maria Sylvia Zanella di Pietro**⁵, porquanto estabelecem, para a entidade concedente, concessionária, e usuários dos serviços por elas regulados, *posições jurídicas subjetivas regulamentares*, que lhes são atribuídas por meio de suas mútuas relações jurídicas, como veremos neste Capítulo e no que a ele se segue.

Acrescente-se, ainda, que assim como as normas que constam de *regulamentos*, as *disposições regulamentares* que figuram no instrumento contratual da concessão podem ser unilateralmente alteradas, do mesmo modo que foram unilateralmente estabelecidas, em que pese a participação dos interessados em seu conteúdo nas audiências públicas promovidas pela entidade concedente.

Já as *cláusulas contratuais da concessão*, cuja finalidade e conteúdo jurídico não são a regulação do serviço, e que instituem direitos, obrigações e outras posições jurídicas que se referem precipuamente à esfera jurídica dos sujeitos que são partes do correspondente contrato, não podem ser unilateralmente alteradas, como reconhece o artigo 58 da Lei 8.666/93⁶, que se aplica, subsidiariamente, à *relação de concessão*.

Eventual alteração unilateral recai exclusivamente sobre as *normas regulamentares* do serviço e pode gerar o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos termos expressos nas *cláusulas contratuais da*

⁵ Confirmam-se as palavras da autoria citada: “Uma das características do contrato de concessão de serviço público é a de produzir efeitos trilaterais: embora celebrado apenas entre poder concedente e concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste e que são os usuários do serviço concedido.” (in Parcerias na Administração Pública, pág. 94). Trata-se, portanto, de efeito associado ao denominada entidade *extroverso* da administração pública.

⁶ §1º do art. 58 da Lei 8.666/93: “As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.”

concessão, que tratam das hipóteses de reequilíbrio, assim como da metodologia, critérios e parâmetros a serem considerados para mensuração do desequilíbrio e dos mecanismos e procedimentos a serem observados para a recomposição do equilíbrio original.

Note-se que se tais cláusulas fossem, em si mesmas, passíveis de alteração unilateral, isto é, se até os parâmetros que configuraram o equilíbrio original da equação econômico-financeira do contrato e os que serão utilizados para sua recomposição pudessem ser modificados, sem o consenso da concessionária, não haveria como lhe assegurar a *manutenção das condições efetivas da proposta*, como manda o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, pois eventual reequilíbrio do contrato que se fizesse para compensar os impactos econômico-financeiro da alteração das *cláusulas contratuais da concessão* seria promovido com base em novos parâmetros, a despeito de eventual discordância da concessionária.

Assim, *os compromissos que a entidade concedente assumiu em favor dos interesses econômico-financeiros da concessionária*, vazados nas *cláusulas contratuais da concessão* ou *cláusulas econômico-financeiras e monetárias*, na designação do artigo 58, §1º, da Lei 8.666/93, são insuscetíveis de alteração unilateral por força de referido dispositivo legal, e como imperativo para cumprimento do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, razão pela qual a alteração dessas regras sem o consenso da concessionária constitui violação do contrato celebrado e das leis a ele aplicáveis.

Já a alteração das *normas regulamentares* do serviço não configura descumprimento dos deveres e obrigações que a entidade concedente assumiu em favor da concessionária. Bem ao contrário, trata-se de hipótese prevista em lei e nas *disposições regulamentares* inseridas nos contratos, e é medida que legitimamente se impõe para readequar as condições de prestação de serviço às cambiantes necessidades coletivas.

De se reconhecer, portanto, que as *disposições regulamentares* do contrato de concessão não têm natureza verdadeiramente contratual⁷. Em que pese serem denominadas “cláusulas” e estarem inseridas em instrumento contratual, são normas de caráter regulamentar, em sua finalidade, conteúdo e abrangência jurídica subjetiva, pois podem ser invocadas por sujeitos que não são partes no contrato, além de serem passíveis de alteração unilateral.

Com efeito, a inserção de normas do serviço no *indispensável* instrumento contratual (cf. *caput* do artigo 1º da Lei 8.987/95) atende a uma formalidade exigida por nosso Direito Positivo (cf. art. 23 de referido diploma legal), e também cumpre a função de demarcar a configuração inicial do serviço, para fins de apresentação das propostas e aferição da equação econômico-financeira original da concessão.

Deveras, não fosse o comando legal no sentido de impor a inserção de *disposições regulamentares* no instrumento contratual⁸, todas as *normas do serviço* poderiam constar de *regulamentos*, aos quais o edital e contrato faria remissão para demarcar as condições vigentes à época em que se calculou a equação econômico-financeira original do contrato e servir de parâmetro para apresentação das propostas, produzindo-se efeito jurídico idêntico ao que se verifica com sua inclusão no contrato.

Isso porque, não há nada na natureza jurídica dessas “cláusulas” que as diferenciem das normas que constam de regulamentos editados pelo poder concedente, pois como visto, têm igual finalidade e conteúdo jurídico, a mesma abrangência subjetiva, isto é, são ambas dotadas de eficácia jurídica tripla e têm ambas a mesma flexibilidade que as torna passíveis de alteração unilateral pelo concedente.

⁷ Nesse sentido, confira-se o que diz **Maria Sylvia Zanella di Pietro**: “*Ainda que tais normas constem do contrato (como efetivamente costumam constar), na realidade mantém-se sua natureza regulamentar e não contratual.*” (pág. 78 da obra citada)

⁸ De acordo com referido dispositivo legal, devem constar do contrato de concessão as regras relativas ao modo, forma e condições de prestação do serviço, assim como os parâmetros definidores de sua qualidade, o preço do serviço, os direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço, e etc.

2.1.3 - Critério material de distinção entre as normas regulamentares e contratuais da concessão

Tendo em vista que as *normas regulamentares* do serviço também constam de “cláusulas” inseridas no corpo do instrumento contratual ou em anexos que constituem partes dele integrantes, há de se tratar, agora, do critério material que nos permita separá-las das *normas contratuais* da concessão, de acordo com seu conteúdo, para o fim de que se lhes aplique o regime jurídico pertinente.

Ange Blondeau⁹ propõe o seguinte critério, baseado na jurisprudência do Conselho de Estado francês, lembrando-se que na França as *normas regulamentares* da concessão também se integram a instrumentos contratuais, por meio de anexos denominados *cadernos de encargos*: as *normas regulamentares* são aquelas que poderiam constar do *estatuto do serviço* caso explorado diretamente pelo Estado, todas as demais, são normas contratuais.

Trata-se, à toda evidência, de critério pretoriano, formulado com o intuito de resolver os problemas práticos submetidos à apreciação dos julgadores, sem que nele se identifique preocupação em apontar as características que correspondem à denotação dos correspondentes conceitos.

Diversamente do que ocorre na França, em que as condições de prestação de serviços pela própria administração pública são estipuladas com a precisão e minúcia que caracteriza as descrições francesas - desde suas leis às receitas de sua famosa culinária -, a aplicação de tal critério à realidade brasileira teria que se basear em abstrações, porquanto a disciplina infralegal dos serviços prestados diretamente pela administração pública não costuma fornecer indicação minuciosa das condições em que será desenvolvido.

É bem verdade que tal fato pode ser explicado porque, nesse caso, a descrição das condições de prestação do serviço não é imprescindível para a

⁹ Em sua célebre e clássica obra, já referida na introdução a este trabalho, La concession de service public, pág. 198.

formulação de propostas econômico-financeiras que os licitantes apresentarão na licitação, das quais se extrairá, ainda, os parâmetros da equação econômico-financeira a ser mantida ao longo da duração da *relação de concessão*, bem como para que se possa conhecer os indicadores da qualidade do serviço a ser prestado, cujo descumprimento acarretará a aplicação de sanções e, até mesmo, a caducidade da concessão.

Contudo, a explicação para esse fato não chega a justificá-lo, porquanto os usuários de qualquer serviço prestado por quem quer que seja têm o direito à informação acerca das condições da prestação que lhe é devida, mesmo nos casos em que não pague diretamente por isso. Além disso, a elaboração de estatutos dos serviços prestados diretamente pela administração pública reduz a margem de discricionariedade conferida ao prestador e se impõe em nome da transparência da correspondente relação jurídica, mas, não é o que se verifica em nossa realidade, diversamente do que ocorre na França, mesmo nos casos de prestação *en régie*.

De todo modo, para nós, as *normas regulamentares* que figuram no instrumento contratual da concessão não se restringem as que poderiam constar de estatuto também aplicável à prestação direta de serviços pela administração pública, pois, nos casos de concessão, *as condições de prestação do serviço se entrelaçam às que conformam a delegação conferida à concessionária*, p. ex., a área e prazo da concessão e as condições de exercício das prerrogativas a serem exercidas em face da concessionária, para garantir a adequada prestação do serviço, v.g., as que são relacionadas às penalidades aplicáveis à pelo descumprimento das normas regulamentares da concessão.

Todas as normas da concessão que, além da entidade concedente e concessionária, afetem também e de modo direto a esfera jurídica dos usuários do serviço público objeto da concessão têm caráter de *norma regulamentar*, assim como também o têm aquelas cuja flexibilidade é imprescindível para a adequada prestação desse serviço público.

A nosso ver, *são normas regulamentares do serviço*, dentre outras, as que versam sobre: (i) objeto, área e prazo da concessão¹⁰; (ii) métodos e metodologias de execução, práticas, procedimentos e normas técnicas a serem adotados pela concessionária; (iii) metas e objetivos a serem alcançados; (iv) modalidades de serviço disponíveis, incluindo eventuais condições especiais de fornecimento (p. ex., coleta de lixo domiciliar e industrial, distintos volumes de gás que possam ser requeridos, tarifas a serem pagas para transporte de cargas especiais, etc.); (v) condições relacionadas à qualidade do serviço, tais como níveis de serviço, indicadores de desempenho e parâmetros de qualidade; (vi) cronogramas de execução e/ou critérios que definam o momento em que deverão ser executadas determinadas atividades compreendidas no objeto da concessão, como, p.ex., a execução de obras públicas; (vii) valor da tarifa¹¹ e outras fontes de receita da concessionária; (viii) condições de acesso ao serviço e de sua suspensão, em caso de inadimplência do usuário; (ix) bens da concessão e outros cuja posse tenha sido transferida para a concessionária por meio da concessão, dispondo sobre suas condições de uso, procedimento e hipóteses em que poderão ser alienados e repostos, obrigações relativas à sua conservação e manutenção, inclusive as taxas e reservas de depreciação a serem observadas, bem como o rol dos bens reversíveis; (x) obrigações relativas às desapropriações, se for o caso; (xi) eventuais poderes que o concessionária possa exercer sobre os usuários e

¹⁰ Conquanto as normas relativas ao objeto, área e prazo da concessão sejam regulamentares e, portanto, passíveis de alteração unilateral, sua modificação deverá obedecer, dentre outros parâmetros, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por força dos quais não se deve admitir que as modificações que recaiam sobre o objeto, área e prazo da concessão cheguem a desnaturá-los por completo. Tendo em vista que os limites estabelecidos no artigo 65 da Lei 8.666/93 não se aplicam às concessões, parece-nos que um bom critério para aquilatar a validade de tais modificações é a viabilidade técnica e econômica de ser aberta outra licitação para outorga de concessão que tivesse por objeto a execução das modificações desejadas. Assim, por exemplo, a entidade concedente poderá alterar a área da concessão para suprimir ou inserir alguma localidade, mas não poderá, p. ex., dobrar a área inicialmente estabelecida, ainda que assegure o direito ao reequilíbrio da concessionária.

¹¹ Isso porque o contrato de concessão protege o equilíbrio econômico-financeiro e não o valor inicial da tarifa, por isso não ser correto dizer que o regime de tarifa contratada adotado pela Lei de concessões estabelece tarifas rígidas, mas, sim, que o valor inicial da tarifa contratada será considerado como representativo dos custos e receitas estimadas pela concessionária. Com disse **Temístocles Brandão Cavalcanti**, no parecer ementado como “Concessão de Serviço Público – Energia Elétrica – Regime legal vigente”, em RDA vol. 68, abril-junho de 1962, pág. 365: “*As cláusulas financeiras, isto é, as que asseguram a estabilidade econômica das empresas, são imutáveis em seus elementos básicos, embora variáveis em sua expressão numérica*”

seus limites; (xii) mecanismos de resolução de controvérsias entre as concessionárias e os usuários; (xiii) condições relacionadas ao atendimento dos usuários, tanto pela concessionária quanto pela entidade concedente; (xiv) normas relativas à fiscalização da prestação do serviço; (xv) sanções e procedimento sancionatório aplicável às concessionárias; (xvi) demais condições relacionadas ao exercício das prerrogativas titularizadas pelo concedente a serem exercidas perante a concessionária e os usuários; (xvii) os seguros a serem contratados pela concessionária.

O modo de disciplina e grau de detalhamento dessas normas que compõem o *estatuto do serviço* inserem-se, a nosso ver, no âmbito discricionário da entidade concedente, a quem, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, das peculiaridades de cada serviço e dos fins visados com a concessão, observadas, ainda, as condicionantes fáticas e jurídicas aplicáveis, caberá decidir, dentre outros modos de disciplina: (i) se os procedimentos e metodologias a serem adotados pela concessionária serão pré-definidos ou por ela propostos e aprovados pela entidade concedente; (ii) se estabelecerá cronogramas fixos de execução ou indicará critérios para determinação do momento de execução de uma dada obra ou serviço, (iii) se definirá os meios a serem utilizados pela concessionária ou indicará apenas os fins a serem alcançados.

Também não há necessidade de que a entidade concedente opte por adotar um ou outro modo de disciplina que seja exclusivo, pois poderá pré-determinar alguns meios e indicar fins para outros casos, estabelecer cronogramas fixos para determinados eventos e estabelecer critérios indicativos para execução em relação a outros, determinar certos procedimentos e metodologias e contar com a *expertise* da concessionária para conceber soluções não anteriormente vislumbradas pela entidade concedente.

De modo geral, parecem-nos melhores as regras que indicam objetivos a serem alcançados, por serem mais adaptáveis às mudanças inerentes a contratos de longo prazo e grande abrangência, sem necessidade de modificação de seu conteúdo, composto basicamente por um critério, como são, p. ex., as normas

que indicam *níveis de serviço* cuja saturação implica uma determinada conduta obrigatória.

Pré-estabelecer condutas rígidas com base em projeções sobre o que supostamente ocorrerá ao longo de 20 ou 30 anos não costuma ser uma boa solução, seja porque nunca se tem controle sobre as múltiplas variáveis atreladas à realidade de um processo complexo e de longa duração, seja porque as projeções que serviram de base para fixação de condutas relacionadas a investimentos e despesas vultosas podem estar equivocadas.

É claro que é sempre possível alterar regras que se mostraram ruins, inúteis, que prejudicam o serviço, ao invés de melhorá-lo. Diríamos até que, nesses casos, a alteração de seu conteúdo é medida que se impõe. Mas, como se sabe, tais alterações custam caro e desgastam, se muito freqüentes e de grande impacto, as partes envolvidas.

Também não nos parece útil fixar regras de controle puramente burocrático, desprovido de qualquer critério seletivo, como são, p. ex., as que impõem a necessidade de pré-aprovação de quaisquer projetos a serem executados pela concessionária e a elaboração de longos relatórios com informativos diários, por meio dos quais o controlador busca inutilmente conhecer todas as informações, e perde a oportunidade de examinar com a devida atenção as que são mais importantes.

Há que se considerar, ainda, que a produção e circulação de bens e serviços é o ramo de atuação da iniciativa privada, por excelência, em que o empreendedorismo e arrojo que a caracterizam agregam valor. De modo que *a entidade concedente há de se valer daquilo que foi buscar*, isto é, deve dar espaço para contribuição daquele que, afinal, é o responsável direto pela execução do serviço e aproveitar-se também do fato de que a má execução das tarefas atribuídas à concessionária recai sobre si mesma, o que não significa, evidentemente, deixar que estragos se concretizem, mas que se deve fazer uma regulação inteligente, diversa da que exerce sobre contratos cuja duração máxima é de 5 (cinco) anos.

Diga-se, por fim, que, em que pese a margem de liberdade da entidade concedente quanto ao grau de detalhamento e modo de disciplina das *normas regulamentares do serviço*, delas deve resultar, forçosamente, o que, afinal, constitui a *prestação adequada do serviço objeto da concessão*, a fim de nortear a conduta da concessionária e a fiscalização da entidade concedente e usuário.

Já as *normas contratuais propriamente ditas* são as que tratam das garantias e demais deveres de conteúdo econômico-financeiro que a entidade concedente tenha assumido perante o concessionário em seu próprio nome, e não dos usuários, razão pela qual, conquanto delas lhes possa resultar algum *efeito jurídico reflexo*, como, p. ex., a alteração do valor da tarifa em razão do cumprimento do dever de garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Assim, são *normas contratuais da concessão*, dentre outras, as que versem sobre a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, por meio da descrição de: i) hipóteses fáticas de configuração do dever de reequilíbrio, em favor da concessionária ou não, e a partilha de riscos entre as partes; ii) mecanismos a serem adotados para recomposição do equilíbrio, v.g, revisão do valor da tarifa, alteração do programa de investimentos, extensão do prazo da concessão, aporte de recursos públicos, etc.; iii) métodos de avaliação e critérios de mensuração do desequilíbrio a ser compensado, e demais parâmetros e metodologias de cálculo que serão utilizados para a recomposição, tais como as taxas de crescimento e de desconto; iv) procedimento a ser observado para realização das revisões e reajustes, inclusive eventuais prazos de conclusão, se houver; v) índice e data-base dos reajustes; vi) periodicidade das revisões ordinárias, se houver previsão nesse sentido, bem como sua data-base, a descrição de seu objeto e objetivo; vii) eventual previsão de compartilhamento de ganhos econômicos advindos ou não do aumento de produtividade da concessionária e outros fatores redutores que poderão influenciar as revisões periódicas, e viii) os critérios de avaliação dos bens para fins de cálculo de eventual indenização devida por sua reversão.

Além destas, também constituem cláusulas contratuais do contrato de concessão, as que se refiram a: ix) eventuais obrigações de pagamento do concedente em favor da concessionária, as quais não devem ser escamoteadas por mecanismos unilaterais de avaliação de desempenho; x) eventuais obrigações de pagamento em favor da entidade concedente, tais como ônus da outorga, taxas de fiscalização e outras verbas com destinação específica; xi) eventuais deveres assumidos pela entidade concedente de realizar determinadas tarefas e atividades pertinentes à concessão, como, por exemplo, construção de uma certa obra, obtenção de determinadas licenças; xii) eventual exclusividade que tenha estabelecido em favor da concessionária, e ix) eventuais garantias contra a inadimplência desses deveres.

Ressalte-se que a proteção contratual incidente sobre as *normas contratuais da concessão* não as torna imutáveis, mas, apenas, condiciona sua alteração ao consenso das partes, o qual, normalmente, acaba por se instaurar, pois, a princípio, os contratantes costumam ter interesse em preservar a continuidade da relação que os une.

Contudo, a violação das *normas contratuais* da concessão constitui ato ilícito e gera para a parte prejudicada não só o direito à restauração da legalidade, mas também à reparação dos eventuais prejuízos que tenha suportado em razão da prática do ato ilegal.

Por tal motivo, nada obsta, a nosso ver, que se prevejam, também em relação à entidade concedente e não só à concessionária, multas pelo descumprimento das *normas contratuais da concessão*, o que normalmente não ocorre tendo em vista a elaboração unilateral das minutas de contrato pela administração pública, em que pese a participação dos interessados nas correspondentes audiências públicas.

Em síntese, do ponto de vista de seu conteúdo, as *normas regulamentares* diferenciam-se das *normas contratuais* propriamente ditas por estabelecerem as diversas condições de prestação do serviço e da própria concessão outorgada à concessionária, enquanto que as *normas contratuais*

tratam das garantias conferidas à concessionária e demais deveres de conteúdo econômico-financeiro que a entidade concedente assume, em seu próprio nome, perante a concessionária.

Como dito, tais *normas regulamentares*, que compõem o *estatuto do serviço*¹², constem elas de regulamentos editados pelo concedente ou figurem no instrumento contratual da concessão, também (i) afetam de modo direto os usuários que não são parte da *relação de concessão*, não só para lhe estabelecer direitos e poderes, mas também obrigações e sujeições, e (ii) podem ser unilateralmente alteradas pelo concedente, observados os limites e condições legais, em virtude do que concessionária e usuários não têm direito à preservação de seu conteúdo.

2.1.4 - Natureza complexa da relação de concessão e a integração de seus aspectos regulamentar e contratual

Bem de ser ver, portanto, que, conforme sustentado por **Celso Antônio Bandeira de Mello**¹³, a *relação de concessão tem natureza jurídica complexa*, porquanto se encontram em seu bojo um (i) aspecto estritamente regulamentar, relativo à instituição do serviço e às condições da delegação de sua execução para o concessionário, o qual é regido por normas legais e outras que integram o *estatuto do serviço*; mas, também, por (ii) aspecto que é contratual não apenas no nome, seja porque sobre ele incide a proteção jurídica que singulariza a figura

¹² Embora existam também regras legais que disciplinam a prestação do serviço, as quais, evidentemente, também são dotadas de caráter estatutário, reservamos a expressão *estatuto do serviço* apenas para marcar as que têm esse caráter mutável e infra-legal e, portanto, distinguir normas com caráter jurídico bastante distinto.

¹³ V. págs. 711 à 713 de seu Curso de Direito Administrativo, das quais se transcreve a seguinte passagem: “A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de **funcionamento, organização e modo de prestação do serviço** em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, pro cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário. Sem embargo do que se vem de dizer, no Direito brasileiro a concessão de serviço público tanto como a de obra pública são pura e simplesmente nominadas de contratos administrativos.” (p. 711).

contratual no cenário jurídico, seja porque a vontade da concessionária lhe integra o conteúdo, como veremos.

A índole regulamentar desse aspecto da *relação de concessão* parece-nos inegável ante a constatação de que a concessionária não tem direito a prestar o serviço público sob as mesmas condições estabelecidas no momento de celebração do contrato de concessão. Ao se candidatar e aceitar prestar determinado serviço público, a concessionária sujeita-se à permanente conformação da atividade por ela desenvolvida aos interesses públicos, o que a expõe ao exercício das *prerrogativas administrativas* que propiciam a alteração das condições de prestação do serviços, independentemente de sua vontade, e o controle interno da atividade por ela desenvolvida, e, até mesmo, à rescisão unilateral da relação de concessão, ainda que esteja cumprindo adequadamente seus deveres, nos casos em que a continuidade do vínculo for contrária ao atendimento de interesses públicos concretamente configurados.

Em poucas palavras: a concessionária se dispõe a prestar o serviço sob direção e controle do poder concedente, pois assume o cumprimento de obrigações que são a concretização de deveres a ele atribuídos e dos quais não pode simplesmente se desincumbir, conforme resulta claramente do artigo 175 da Constituição da República.

Trata-se, portanto, de situação que não se resume meramente a sujeitar alguém a uma regulação especial para desenvolver atividades que a lei submete à intervenção mais intensa do Estado, em reconhecimento a sua utilidade e impacto social, por meio de licenças, autorizações e credenciamentos administrativos¹⁴. Mas da assunção de compromissos com a universalidade, igualdade,

¹⁴ Aderimos ao entendimento de **Paulo Modesto** (cf. “Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas”, publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE nº 02, disponível no sítio eletrônico www.direitopublico.com.br), no sentido de que entre a prestação de serviço público pela iniciativa privada e o desenvolvimento de atividade econômica há um zona intermédia na qual se inserem certas atividades de relevância pública, e que ficam, por tal motivo, sujeitas a autorização ou outro tipo de credenciamento por parte da administração pública, que lhe permite algum controle interno sobre seu desenvolvimento, embora não se compare ao que exerce sobre as atividades em relação às quais está diretamente comprometida e que são desenvolvidas por outrem em seu lugar e, portanto, no cumprimento de obrigações que são suas.

continuidade e mutabilidade, para citar apenas alguns dos princípios que caracterizam o serviço público prestado pelas concessionárias de serviços públicos.

Ocorre que ninguém se submeteria à tal instabilidade e possibilidade de agravamento das próprias obrigações, não fosse uma contrapartida, que é a proteção dos interesses da concessionária consubstanciados em uma *equação econômico-financeira*, que não se extrai apenas da configuração original do serviço e das cláusulas contratuais da concessão, mas também dos elementos econômico-financeiros que constam da proposta¹⁵ que a concessionária apresentou na licitação de que se sagrou vencedora (cf. artigo 37, XXI, da Constituição Federal).

É, por esse motivo, que a proposta apresentada na licitação constitui parte integrante do correspondente contrato de concessão, e, sobretudo no que se refere a seus elementos econômico-financeiros, tem força criativa e integra, efetivamente, o conteúdo da *relação de concessão*, a qual ganha, sob esse outro aspecto, feição contratual propriamente dita, eis que sobre ele incide a proteção que caracteriza o perfil funcional de tal figura jurídica.

¹⁵ Referimo-nos às projeções financeiras em que a proponente se baseou para propor o valor da tarifa a ser cobrada e que compõem o *fluxo de caixa* da futura concessionária, de onde se extrai, p. ex., a Taxa Interna de Retorno – TIR, que embora não seja garantida à concessionária, costuma ser utilizada como parâmetro para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Mesmo nos casos em que se cogita de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão com base em parâmetros diversos dos que constam da proposta apresentada na licitação, mediante a criação de um *fluxo de caixa marginal*, as projeções econômico-financeiras que constam da proposta apresentada pela concessionária se integram ao contrato de concessão porque serão utilizadas em algumas hipóteses de reequilíbrio, como, v.g., as que decorram de alterações legislativas posteriores à apresentação da proposta que gerem impacto econômico-financeiro significativo no contrato de concessão. Para melhor compreensão do tema, vale transcrever o seguinte trecho do Voto do Ministro-Relator **Walton Alencar Rodrigues**, no Acórdão 393/2002 – TCU – Plenário: “O *fluxo de caixa* é o instrumento que permite, a qualquer instante, verificar se a taxa interna de retorno original está sendo mantida. Cabe ressaltar que a Taxa Interna de Retorno – TIR é extraída diretamente da proposta vencedora da licitante e expressa a rentabilidade que o investidor espera do empreendimento. Em termos matemáticos, a TIR é a taxa de juros que reduz a zero o valor presente líquido do *fluxo de caixa*, ou seja, a taxa que igual o *fluxo de entradas de caixa* com as saídas, num dado momento. Assim, pode-se dizer que a manutenção da taxa interna de retorno é garantia tanto do Poder Público, quanto da concessionária, e sua modificação dá ensejo à revisão contratual, na forma prevista na lei e no contrato.”

Como diz **Odilon Andrade**¹⁶: “*aqui se patenteia a verdadeira e única razão de ser do contrato aposto à concessão: garantir o concessionário pelo capital que investe no serviço.*”, às quais o autor acrescenta logo mais adiante que: “*o concessionário, invertido o seu capital, ficaria sempre à mercê das manifestações posteriores dessa soberania, eventualmente ruinosas para ele. Como ninguém, é claro, poderia aceitar uma situação tão contingente, mister foi envolver a concessão na única forma capaz de lhe dar estabilidade e segurança, resguardando-a do próprio Estado: contrato. Donde se conclui que a concessão, pelo regime que a governa atualmente, só se enquadra numa definição: regulamento protegido por um contrato. Será talvez um contrasenso jurídico, mas é o que melhor traduz a realidade das coisas.*”

Note-se que esse aspecto contratual da *relação de concessão* é particularmente acentuado nas concessões de serviço público outorgadas após a vigência da Lei 8.987/95 e que se submetem a sua disciplina legal¹⁷, cujo artigo 9º alberga o *regime da tarifa contratada* ou *tarifa pelo preço*, o qual, para nós, resulta também da conjugação do inciso I do parágrafo único do artigo 175 (que faz alusão ao *caráter especial do contrato*¹⁸ de concessão), com o artigo 37, XXI (que menciona a preservação das *condições da proposta*), da Constituição da República.

¹⁶ Às páginas 98/99 de seu magistral Serviços Público e de Utilidade Pública.

¹⁷ Como cediço, as concessões do setor de telecomunicações (tanto de telefonia quanto de difusão de sons e imagens) não são regidas pela Lei 8.987/95.

¹⁸ A referência constitucional a um *contrato* de concessão não infirma, a nosso ver, o que se sustentou quanto à natureza predominantemente regulamentar ou estatutária do vínculo entre concessionária e concedente. Primeiro, porque há, de fato, um aspecto contratual em tal relação jurídica, e, segundo, porque a referência ao *caráter especial* do que denomina *contrato* denota a particularidade do vínculo em relação aos demais contratos. Além disso, é de se reconhecer que a expressão *contrato*, de larga utilização dentro e fora do meio jurídico, não costuma referir apenas o sentido técnico-jurídico associado à função peculiar e efeitos jurídicos produzidos por tal instituto, qual seja, o de conferir proteção jurídica sobre o conteúdo objeto da avença. Ao contrário, o uso mais corrente da expressão abrange quaisquer vínculos consensuais de caráter oneroso instaurados para o intercâmbio de bens e serviços entre os sujeitos de direito, a despeito da diversidade de efeitos jurídicos entre os vínculos contratuais propriamente ditos e os que têm caráter estatutário ou regulamentar.

Conforme consta de referido artigo 9º, o valor tarifário é estabelecido na proposta do licitante vencedor¹⁹, o qual é *preservado*, por meio de reajustes e revisões, de modo que o preço ofertado tem importância decisiva não só para o fim de determinar o vencedor da licitação, mas ao longo de toda duração da *relação de concessão*, pois será sempre considerado nas revisões tarifárias.

Tal sistema substituiu o *regime da tarifa pelo custo*, instituído em nosso Direito positivo pelo Código de Águas²⁰, Decreto 24.643/34, que se caracteriza pela *fixação regulamentar*, e não contratual, *das tarifas*, porquanto o valor da tarifa a ser cobrada varia de acordo com o custo do serviço, apurado periodicamente, e é estabelecido *pela entidade concedente* em atos regulamentares²¹.

Assim, nas concessões em que se adota o *regime de tarifas pelo custo*, o valor da tarifa é fixado por atos unilaterais da entidade concedente, em que pese a participação da concessionária no processo de avaliação dos custos do serviço por ela prestado; enquanto que nas concessões em que se adota o *regime de tarifa pelo preço*, o valor das *tarifas* varia de acordo com os custos ordinários relacionados à prestação do serviço, e seu valor é definido no contrato de concessão, o qual será preservado por meio de regras de reajuste e revisão, como se verá no Capítulo 3º, por isso o maior destaque do aspecto contratual da concessão quando adotado o *regime da tarifa contratada*.

Pois bem. O estudo da natureza jurídica do instituto da concessão de serviço público pelo prisma das relações jurídicas que lhe são pertinentes permite

¹⁹ Embora seja essa a regra geral, o artigo 15 da Lei 8.987/95 faculta que o julgamento da licitação seja baseado em outros critérios, sobre o que falaremos adiante.

²⁰ Não obstante a regulação pertinente a esse regime tarifário, prevista no Decreto 41.019/57, só foi elaborada 23 anos após a promulgação do Código de Águas.

²¹ Sobre o tema, vale transcrever o seguinte trecho de parecer da lavra de **Orosimbo Nonato**, em A Verdade sobre as Concessões de Eletricidade no Brasil: “*Até o advento do Código de Águas, dominava na concessão de serviço público (ainda no terreno da energia elétrica) concepção puramente contratual. E, não obstante alterações de valores nas tabelas vigentes, derivadas de atos do Governo Provisório, guardou-se, em linha de princípio, o sistema de tarifas máximas e rígidas, de base contratual e de vigência longo-duradoura. Contra esse sistema, armavam-se objeções momentosas e a influência do exemplo norte-americano contribuiu para que, no Código de Águas, Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, as concessões de energia elétrica assumissem natureza de ato misto – regulamentar e contratual.*” (pág. 19 da obra citada).

que se vislumbre melhor que *seus dois aspectos*, derivados de atos com características jurídicas distintas - atos regulamentares expedidos ao longo de toda a duração da *relação de concessão* e contrato celebrado para a proteção dos interesses econômicos da concessionária -, *integram-se no bojo de uma mesma relação jurídica*, que os integra, sem fundi-los.

Por tais considerações, aderimos integralmente ao pensamento de **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**²², expresso nas seguintes palavras:

“Ambas as teorias [o autor refere-se às teorias unilaterais e contratuais sobre a natureza jurídica da concessão de serviço público], no entanto, não podem explicar como esses dois atos, unilateral, regendo a organização e funcionamento do serviço, e contratual, dispondo sobre o aspecto patrimonial dele, condicionam-se um ao outro sem se fundirem, integrando-se no instituto complexo da concessão. E que, para estabelecer tal relação jurídica, há necessidade de outro ato, ato esse que condiciona a aplicação das normas objetivas da organização e funcionamento do serviço, às situações subjetivas surgidas do acordo entre concedente e concessionária. Daí a necessidade de nova teoria para solver a incógnita.

Então, surge a concepção daqueles que entendem que o ato jurídico instituidor da concessão não é nem ato unilateral, nem um contrato, e sim ato-união pelo qual se acorda a instituição de um serviço público, que será explorado nos termos regulamentares prescritos por ato unilateral do concedente, garantida ao concessionária a estabilidade econômico-financeira da empresa [o autor utiliza tal expressão no sentido de empreendimento], nos moldes fixados pelo contrato complementar ao ato de concessão.” (destaques nossos).

Ressalte-se que o resguardo dos legítimos objetivos de lucro do concessionário não abrange, evidentemente, seu comprometimento pela própria atuação do concessionário, e deve-se a que, diversamente do que cabe à entidade concedente, o interesse – no sentido de *móvel* - que tem na prestação do serviço

²² *In Natureza Jurídica da Concessão do Serviço Público*, pág. 895.

público não é a consecução do bem-estar coletivo, mas o que se consubstancia em seu retorno econômico-financeiro, sem o qual perderá o interesse em sua continuidade.

Por tal motivo, *tais interesses são protegidos por um contrato*, pois essa é a figura que a Teoria Geral do Direito concebeu para conferir segurança jurídica ao conteúdo avençado pelas partes por meio dele vinculadas, princípio consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, e que explica sua presença na *relação de concessão*.

2.1.5 - Natureza estatutária da relação de prestação

Resulta do exposto quanto à flexibilidade das regras que compõem o *estatuto do serviço* e da função jurídico-social que caracteriza a figura do contato, que a relação entre concessionária e usuário não tem caráter contratual, como se tem também das seguintes observações.

De se observar, em primeiro lugar, que a ampla maioria dos preceitos originários que integram esse conteúdo normativo especial da *relação prestação* não é estipulada por seus próprios sujeitos, que também não podem alterar o conteúdo das *normas regulamentares* do serviço pré-estabelecidas na *relação de concessão*.

Salvo no que se refere ao preço, as principais *normas regulamentares* do serviço que é objeto da *relação de prestação* são estipuladas pelo concedente, a qual estabelece também as possíveis variações a serem ajustadas entre concessionárias e usuários dos serviços públicos.

Apesar de não ser parte na *relação de prestação*, a entidade concedente detém, ainda, o *poder* de alterar o conteúdo das *normas regulamentares* do serviço, assim como poderá alterar até mesmo seu sujeito passivo, caso exerça a potestade de extinguir a *relação de concessão*, cabendo-lhe, nessa hipótese, o dever de substituir o prestador, no caso de haver exclusividade na outorga da concessão.

Deveras, e em que pese o princípio do caráter não exclusivo da outorga de concessão, previsto no artigo 16 da Lei 8.987/95, nem sempre haverá diversas concessionárias do mesmo serviço público para que o usuário possa exercer a liberdade de escolha entre os prestadores, referida no inciso III do artigo 7º do mesmo diploma legal.

A possibilidade de que apenas uma concessionária seja responsável pela prestação de determinado serviço público é expressamente aludida nos mesmos dispositivos legais que tratam da não exclusividade da outorga de concessão, e é, na verdade, a regra, e não a exceção, quando se trata da prestação de serviços públicos em que a concessionária é também responsável pela implantação, manutenção e/ou melhoramento da correspondente infra-estrutura.

Nesses casos, nem mesmo a liberdade de selecionar quem será o outro sujeito da *relação de prestação* existe para o usuário, a qual, de todo modo, nunca existe para a concessionária, pois, uma vez atendidos os requisitos objetivos de acesso ao serviço, que são estipulados pela entidade concedente, não poderá deixar de estabelecer as relações jurídicas necessárias para que cada indivíduo interessado possa usufruir da correspondente prestação, assim como não poderá suspendê-la ou extingui-la, enquanto tais requisitos continuem a ser atendidos.

Há, ainda, os já aludidos casos em que a prestação envolve serviço a ser compulsoriamente fruído pelos cidadãos, como o serviço de coleta de lixo e tratamento de água e esgoto. Nessas hipóteses em que a fruição individual do serviço público é, em si, objeto de interesse público, nem mesmo a vontade do usuário em obter e utilizar o serviço é necessária para a constituição da correspondente relação jurídica, observando-se, nesse caso, a ressalva referida no item 1 deste tópico I.

Resulta do exposto que há pouco espaço – por vezes, nenhum - para que a vontade das partes envolvidas na *relação de prestação* influencie e individualize seu conteúdo. Conquanto algumas *relações de prestação* possam carregar em seu conteúdo preceitos originários que não sejam mera reprodução das *normas regulamentares* da concessão, como, p. ex., o valor a ser

efetivamente cobrado pela prestação serviço, nos casos em que da *relação de concessão* resulta apenas a tarifa-teto a ser observada pela concessionária; a opção por alguma condição especial de fornecimento do serviço; e a estipulação da data de vencimento do pagamento dos serviços com periodicidade mensal; não consideramos que tais preceitos originários da *relação de prestação* tenham caráter *contratual* propriamente dito.

Tais preceitos constituem, a nosso ver, meras modulações das *normas regulamentares* da concessão, por serem opções nelas previstas e postas à disposição de todos os interessados na prestação do serviço, as quais, após exercidas, enquadram-se em determinado regramento objetivo e igualitário.

Retomando os exemplos acima citados, o valor a ser efetivamente cobrado pela prestação serviço, além de limitado ao teto pré-estabelecido nas *normas regulamentares* da concessão, não é negocialmente estabelecido entre as partes da *relação de prestação*²³, será o mesmo para todos que tenham optado por iguais condições de prestação do serviço; eventuais condições especiais de fornecimento do serviço também não são livremente ajustadas em cada *relação de prestação*, restringem-se ao leque de opções pré-estabelecido nas *normas regulamentares* da concessão, que contêm também a disciplina aplicável a cada uma delas; e, por fim, a mera possibilidade de fixação de data específica para vencimento da conta a ser paga não há de ser tomada como suficiente para caracterizar a existência de *contrato* entre as partes.

Com efeito, esse espaço limitado para individualização do conteúdo de cada *relação de prestação* é decorrência do regime jurídico aplicável à prestação de serviços públicos, os quais, a despeito de serem fruídos individualmente, são coletivamente concebidos, *vedadas distinções não aplicáveis a uma mesma classe ou coletividade de usuários do serviço*, como deriva do princípio da igualdade, concretizado no preceito do parágrafo único do artigo 35 da Lei 9.074/95, dentre outros.

²³ A fim de evitar mal entendidos, esclareça-se desde já que o fornecimento de energia de produtor independente para grandes consumidores, p. ex., não constitui, a nosso ver, prestação de serviço público, pelos motivos a serem expostos adiante.

Por tal motivo, a opção entre aspectos variáveis da *relação de prestação*, nas hipóteses em que cabível, não chega, em nosso entender, a consubstanciar elemento *contratual* de tal relação jurídica, mas constitui expressão de ato *convencional* que recai sobre alguns de seus aspectos, cumprindo a função de mero requisito para aplicação de certos preceitos específicos à determinada *relação de prestação*, cujo conteúdo objetivo consta do correspondente *estatuto do serviço*.

A *relação de prestação* configura-se, portanto, como típica *relação jurídica estatutária*, assim qualificada por ser regida por determinado *estatuto*, isto é, por um *conjunto de regras que não são ditadas por seus próprios sujeitos, os quais não têm também direito a sua imutabilidade*.

Note-se que não se trata sequer de um *contrato de adesão*, pois mesmo nesses, os contratantes têm direito a que sua relação jurídica seja regida por aquele determinado conjunto de regras, o que não ocorre na *relação de prestação*, em que as condições de prestação derivam do *estatuto do serviço* que lhe é pertinente - composto pelas normas regulamentares da concessão e as que figuram em regulamentos editados pelo poder concedente – e refletem fielmente as alterações nele introduzidas.

2.1.6 - Natureza estatutária da relação de garantia

O caráter puramente eficaz da relação de garantia torna sua natureza estatutária ainda mais evidente do que se verifica nas *relações de concessão e prestação*. De fato, não há qualquer instrumento físico-material a que se atribua a denominação *contrato* para formalizar a relação que se instaura entre condente e usuários dos serviços públicos, de modo que sua regência por normas estatutárias de base legal, inclusive constitucional, assim como regulamentares, é indiscutível.

A instituição da relação jurídica entre concedente e usuário, mais específica do que a relação de cidadania, embora com ela se comunique, deriva,

como dito, do fato jurídico de prestação do serviço público sob regime de concessão e fundamenta-se, precipuamente, no dever que o artigo 175 atribui ao poder público, do qual o concedente, evidentemente, não se desincumbe por completo ao delegar a responsabilidade direta pela prestação do serviço público à concessionária.

Como cedição, o concede *não transfere a titularidade* do serviço objeto da concessão, mas tão somente, seu *exercício*, o que significa que permanece incumbido das responsabilidades inerentes a tal titularidade, que não se restringem à subsidiariedade²⁴ na reparação danos causados aos usuários, mas abrangem também a prática de todos os atos de *conformação* necessários para *garantir a adequada prestação do serviço objeto da concessão* aos usuários.

Nesse sentido, vale citar as seguintes palavras de **Carmen Lúcia Antunes Rocha**²⁵: “*a opção por uma ou outra forma de prestação do serviço – direta ou indireta – não afasta a responsabilidade plena do Poder Público de assegurar à comunidade a adequação da atividade. Nesse sistema não se poderia cogitar, então, de uma escolha livre da forma de prestação sem o correlato comprometimento pelo resultado adequado da atividade.*”

De modo que a *obrigação de manter serviço público adequado*, referida no inciso IV do artigo 175 da Constituição da República, não é atribuída apenas à concessionária, mas, também, ao concedente responsável pela conformação do serviço e da conduta da concessionária aos interesses públicos.

Por tal motivo, consideramos inaceitável que o concedente manifeste seu desinteresse jurídico em ações judiciais em que não se discute a prestação do serviço em si mesma considerada, mas, sim, sua configuração. É incrível que possa alegar não ter interesse jurídico na discussão quanto à juridicidade ou não da cobrança de assinatura mensal de telefonia, p. ex., como se fosse alheio ao serviço público concedido, apenas porque não é parte do “*contrato*” estabelecido

²⁴ Sobre o tema, v. item 2.3.2.2 do Capítulo 3º.

²⁵ Em Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro, pág. 33.

entre a concessionária e o usuário, como se a relação entre esses dois não derivasse de ato seu, assim como seu conteúdo.

Ora, conquanto seja certo que o concedente não integra a *relação de prestação*, do mesmo modo que também não consideramos correto entender que o usuário faça parte da *relação de concessão*, há também entre eles a *relação de garantia*, sem a qual o fenômeno da prestação de serviço público sob regime de concessão não pode ser integralmente compreendido.

Com efeito, a submissão do usuário ao *estatuto do serviço*, assim como a possibilidade de que invoque suas normas em seu favor, perante a concessionária e o concedente, não derivam apenas do “*contrato*” de prestação e nem do “*contrato*” de concessão, resultam diretamente dos efeitos desse fato jurídico riquíssimo que é a prestação do serviço público sob regime de concessão, do qual resultam duas - e não apenas uma - relações jurídicas, cuja configuração resulta ainda de uma terceira relação jurídica, todas, interligadas.

Como dito, constem ou não do instrumento contratual da concessão, as normas regulamentares do serviço aplicam-se diretamente aos usuários quando fruem o serviço público por elas disciplinado, independentemente de qualquer alteração no “*contrato*” de prestação; seu efeitos também não são meros *reflexos jurídicos* do “*contrato*” de concessão, e, tampouco derivam de *estipulações* “*contratuais*” *em favor de terceiro*, seja porque repercutem diretamente em sua esfera jurídica, seja porque não veiculam apenas situações de vantagem, que possam ser aceitas ou não pelo estipulado.

Do mesmo modo, a influência que a entidade concedente exerce sobre o “*contrato*” de prestação não pode ser explicada com recurso à figura dos *direitos potestativos* que se atribui a certos sujeitos alheios a determinada relação, para que possam modificá-la ou, até mesmo, extingui-la. Isso porque, não se trata do exercício de *direitos* por parte do concedente, mas de *prerrogativas administrativas*, a serem manejadas em nome dos interesses públicos, razão pela qual não as usa *quando e como quer*, e em virtude do que são também *deveres*-

poderes, cujo cumprimento pode ser também exigido pelos indivíduos que integram a coletividade em função da qual foram atribuídos.

Em suma, como nos foi ensinado pelo Professor **Celso Antônio Bandeira de Mello**, pouco se explica da concessão de serviço público e de sua prestação com recurso à figura do contrato.

Eis aqui mais um fenômeno jurídico cuja Teoria Geral do Direito nos ajuda a entender, mas que só pode ser integralmente compreendido à luz dos institutos e princípios peculiares do Direito Administrativo.

2.2 - SUJEITOS

São três os sujeitos correlacionados nas três relações jurídicas que constituem a base jurídica sobre a qual se desenvolve a prestação de serviço público sob regime de concessão: i) concedente e concessionária são os sujeitos da *relação de concessão*; ii) concessionária e usuários dos serviços públicos são os sujeitos da *relação de prestação*; e iii) usuários e concedente são os sujeitos da *relação de garantia*. Examinemos-os um pouco mais de perto.

2.2.1 - O que é e quem pode ser poder concedente: desconcentração e descentralização das funções da entidade concedente, corte epistemológico, estatais reguladoras, vícios de competência

Poder concedente é a *entidade política incumbida do dever de estruturar, organizar e promover a prestação de um determinado serviço público, a qual, por força do artigo 175 da Constituição, detém o correspondente poder concessório*, qual seja, de atribuir a outrem a responsabilidade direta, tanto jurídica quanto material, de prestar o serviço público em questão.

É o que decorre do inciso I do artigo 2º da Lei 8.987/95, que especifica as entidades que devem ser consideradas *poder concedente*, para fins de aplicação das normas jurídicas constantes de tal diploma legal: *a União, os Estados, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontra o serviço objeto de concessão ou permissão*.

O exercício do poder concedente em relação à prestação de determinados serviços público deve ser autorizado por lei (cf. se tem do art. 2º da Lei 9.074/95), assim como a decisão de extinguir a concessão por motivos de conveniência e oportunidade relacionados aos interesses públicos (cf. art. 37 da Lei 8.987/95)²⁶, o que, de fato, comprova o papel da pessoa política concedente, a quem cabe também editar as normas jurídicas que atendam as peculiaridades dos serviços públicos sob sua competência (cf. § único do art. 1º da Lei 8.987/95 e art. 2º da Lei 9.074/95).

Contudo, o exercício das competências não legislativas da entidade concedente cabe aos órgãos e/ou entidades vinculadas ao Poder Executivo²⁷, e serão distribuídas entre eles de acordo com os imperativos de *desconcentração* e *descentralização* das diversas atividades atribuídas à entidade concedente.

As atividades de índole mais política, como a formulação das políticas públicas relativas à configuração do serviço público, inserem-se, evidentemente, na *competência dos órgãos de direção da administração direta*, quais sejam, a

²⁶ A nosso ver, a necessidade de autorização legislativa para a encampação, assim como para a própria concessão constituem exercício de competências legislativas do poder concedente, que é a entidade política responsável pela prestação do serviço e se justifica em razão do caráter político tanto da outorga da concessão quanto de sua encampação, diversamente do que ocorre em relação à sua caducidade. Trata-se de dispositivo que amplia o debate em torno desses atos, o que, em nosso entender, coaduna-se com o caráter democrático que a Constituição atrela às concessões, tanto no artigo 175 quanto no artigo 37, §3º. Por tais razões, discordamos, nesse particular, da opinião esposada por **Maria Sylvia Zanella di Pietro**, para quem a necessidade de autorização legislativa para a encampação é de *constitucionalidade bastante duvidosa*, por constituir ato de controle de um Poder sobre outro, o que só seria válido quando previsto na Constituição (cf. pág. 116 da obra citada).

²⁷ A única exceção a essa regra se verifica em relação às *concessões para prestação dos serviços de radiodifusão de sons e imagens* (rádios FM/AM e TV), porquanto cabem ao Congresso Nacional algumas atividades administrativas, como, por exemplo, aprovar o ato de adjudicação proferido pelo Ministério das Comunicações, a quem cabe, no entanto, promover e julgar as correspondentes licitações.

chefia da administração pública (presidência ou governo de estado ou município) e os ministérios ou secretarias em cuja pasta se insira o objeto da concessão.

Desconhecemos, e reputamos que inconstitucional seria²⁸, qualquer divisão de competências que não reconheça as *atribuições de direção* do núcleo duro de poder da administração pública direta, a quem cabe, além da formulação das políticas públicas a serem implantadas pelos órgãos ou entidades incumbidos de sua execução, algumas decisões de índole mais executiva, mas de grande importância, como, por exemplo, a decretação da caducidade da concessão, que, na ampla maioria dos casos, é atribuída ao chefe da administração pública²⁹.

Assim, dizer que as *agências reguladoras desempenham função de poder concedente* está correto apenas se não inserirmos o artigo definido feminino no plural (*as*), pois não é certo que tais entidades desempenham *as* funções de poder concedente, porquanto mesmo nos casos em que parcela da regulação é exercida por agências reguladoras, *nunca concentrarão todas as atribuições relacionadas à função de poder concedente, sobretudo as de índole política*.

Há casos em que as atividades executivas pertinentes à entidade concedente são objeto de *desconcentração*, isto é, mera distribuição interna entre órgãos que integram a mesma pessoa jurídica, no caso, entre as secretarias pertinentes e as comissões de concessões a elas *subordinadas*, ambas integrantes da administração direta, o que se vê, sobretudo, em alguns estados e nos municípios.

²⁸ Isso porque, o artigo 84, IV, da Constituição Federal atribui à função de *direção e chefia superior* da Administração Pública ao Presidente República, investido em tal cargo por voto popular, de modo que seria, a nosso ver, inconstitucional lei que retirasse de sua esfera de atribuições as decisões de índole mais política, isto é, que envolvem considerações a respeito da conveniência e oportunidade de determinadas medidas em relação aos serviços públicos prestados sob regime concessão.

²⁹ A única exceção a essa regra consta do artigo 19, V, da Lei 9.472/97, que atribui tal competência à ANATEL. Não obstante tenhamos maior simpatia pela atribuição de tal competência ao chefe da administração pública, não se trata, a nosso ver, de inconstitucionalidade por não se tratar de atividade de caráter político, como é a encampação, por exemplo.

E outros casos em que a lei promoveu verdadeira *descentralização*, isto é, atribuição de algumas competências da entidade concedente para uma pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica própria e autonomia, criadas com o propósito específico de exercer atividades de regulação da prestação de serviços públicos, as quais não são *subordinadas* aos órgãos da administração direta, embora *controladas* por eles, nos termos da legislação aplicável, como são as agências reguladoras.

Conquanto possa haver relações de conflitos entre tais entidades e os órgãos aos quais se vinculam, e em que pese serem dotadas de personalidade jurídica própria, trataremos da entidade concedente neste trabalho como um só sujeito plural, composto por todos os órgãos e entidades que exercem as correspondentes atribuições, o que resulta do corte epistemológico anunciado no Capítulo 1º deste trabalho³⁰.

De modo que, ao falarmos de relações com a entidade concedente, referimo-nos aos órgãos e/ou entidades incumbidos de desenvolver suas atribuições administrativas e de formular as políticas públicas pertinentes à função de regulação da entidade concedente, sem maiores distinções.

Visto *o que é* poder concedente, para os fins deste trabalho, cabe dizer *quem*, dentro da estrutura da administração pública, pode exercer suas atribuições, sobretudo no que se refere a tarefas executivas cotidianas, pois, como visto, as tarefas de índole mais política são concentradas nos órgãos de direção da administração direta.

A nosso ver, essas tarefas poderão ser executadas por órgãos ou entidades que integrem a administração pública, *inclusive as dotadas de personalidade jurídica de direito privado*, o que não se vincula a qualquer posicionamento relativo à delicada questão sobre o exercício de poder de polícia por entidades governamentais³¹.

³⁰ V. páginas 44/45.

³¹ Conquanto as entidades da iniciativa privada não possam, a nosso ver, exercer poder de polícia, temos dúvidas em reproduzir tal afirmação quanto às entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, evidentemente, nos casos em que a lei de criação

Isso porque, a *regulação da prestação de serviços públicos* não deve ser confundida com o *poder de polícia* que se exerce sobre os cidadãos em geral, independentemente de sua vontade³². Tal regulação não se funda em imperatividade unilateral outorgada por lei, mas na vontade do sujeito que consensualmente se vinculou à administração pública, por meio de um contrato de concessão ou permissão, sujeitando-se a regime jurídico especial, característico das *relações especiais de direito administrativo*, a que nos referimos no Capítulo 1º³³.

As atividades executivas da regulação portuária³⁴, por exemplo, são exercidas pelas diversas Companhias de Docas, empresas públicas, que não só assinam os contratos de concessão e de arrendamento, mas também cuidam de seu gerenciamento e fiscalização, sem que vejamos nessa prática qualquer ilegalidade ou inconveniência face aos interesses públicos³⁵.

Nos casos em que a regulação é feita por órgãos da própria administração direta, que não conta com entidades dotadas de personalidade jurídica própria, é comum que os próprios órgãos assinem o correspondente contrato de concessão ou permissão, por exemplo, um contrato de concessão de transporte ferroviário, assinado pelo Ministério dos Transportes.

Nesses casos, em que pese a má técnica jurídica, não há de se impor a anulação do correspondente contrato, atrelando-se a responsabilidade jurídica dele decorrente à pessoa política a que o órgão em questão se subordina, salvo se

de tais pessoas confira-lhes tal poder, como ocorre em relação à CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, para citar apenas um exemplo.

³² Sobre a distinção entre polícia do serviço ou polícia de gestão e poder de polícia, v. **Renato Alessi**, em *Principi di Diritto Amministrativo*, às páginas 186 e 187. Sobre a diferença entre regulação de serviços públicos e exercício de poder de polícia, vide nosso “Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes”, in *Intervenções do Estado*.

³³ V. págs. 15 à 20 do Capítulo 1º.

³⁴ De acordo com o artigo 4º do Decreto 4.391/02, compete a tais companhias a realização da licitação, fiscalização e gerenciamento da execução dos contratos de arrendamento.

³⁵ A nosso ver, a estabilidade que deriva do regime de cargo que não se aplica aos servidores de estatais não é determinante para a regulação adequada, porquanto há diversos outros subterfúgios que poderiam ser utilizados para afastar servidores estatais indesejados de suas funções.

houver dúvida quanto à legitimidade da representação, o que, na verdade, constitui problema diverso.

A validade do contrato depende, no entanto, da competência da pessoa política sobre o serviço concedido, em relação à qual podem surgir questões um pouco mais complexas, sobretudo nos casos em que há partilha das tarefas de regulação entre os órgãos da administração direta da pessoa política responsável pelo serviço e entidades administrativas reguladoras, categoria que inclui as agências reguladoras, mas que a elas não se restringe, posto que as atividades de regulação podem ser exercidas por outras autarquias, não nomeadas como agências reguladoras, e também, a nosso ver, por empresas públicas, conquanto não seja esse o fenômeno mais normal.

Para nós, os vícios de incompetência relativos à órbita de atuação da pessoa política concedente não são passíveis de convalidação, isto é, acarretam a inafastável invalidação dos correspondentes atos e contratos pertinentes à concessão, v.g., concessão de transporte coletivo urbano celebrado com a União.

Contudo, não chegaríamos forçosamente à mesma solução caso tais atos e contratos fossem celebrados com pessoa administrativa diversa da que seria para tanto competente, desde que sejam ambas vinculadas à mesma pessoa política, v.g., concessão de transporte coletivo aquaviário celebrado diretamente com o Ministério dos Transportes, e não com a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, que por força da Lei 10.233/01 detém a competência para celebrar e gerir os contratos de concessão e promover as correspondentes licitações.

Tais vícios de competência seriam, a nosso ver, passíveis de convalidação, por meio de ratificação dos atos pela autoridade competente, ou, por saneamento em razão do decurso de tempo, desde que observadas as demais condições para convalidação dos atos administrativos, expostos por **Weida Zancanner**³⁶.

³⁶ A autora aponta as seguintes barreiras à convalidação: i) quando o ato passível de convalidação tiver sido impugnado pelo interessado, e ii) quando o decurso do tempo tornar a

Observe-se, entretanto, que, em nossa opinião, eventual impugnação da validade dos atos assim viciados não obstará a convalidação, salvo se impetrada pela própria concessionária. Isso porque, o óbice à convalidação deriva da impugnação do ato pelo próprio sujeito afetado pelo ato viciado, e não sua impugnação por qualquer sujeito, no exercício de seu direito de petição, por exemplo.

2.2.2 - O que é e quem pode ser concessionária: consórcios, SPEs, empresas estatais prestadoras de serviços públicos e concessionárias estatais

No outro pólo da *relação de concessão*, figura a concessionária que *é a pessoa jurídica ou consórcio de empresas incumbido de prestar um determinado serviço público, nos termos das normas regulamentares pertinentes e de acordo com o correspondente contrato de concessão.*

No que se refere à permissão, não obstante a referência à possibilidade de permissionária *pessoa física* no inciso IV do artigo 2º da Lei 8.987/95, desconhecemos qualquer caso de contrato de permissão de serviço público celebrado com pessoa física.

Quanto às concessionárias, em que pese o artigo 19, §1º, da Lei 8.987/95, autorizar a celebração de contratos de concessão com *consórcio de empresas*, o qual, mesmo que devidamente constituído e registrado, não é por si uma pessoa jurídica (cf. §1º do artigo 278 da Lei 6.404/76), consideramos que a contabilização das receitas entre as diversas pessoas jurídicas que compõem o consórcio-concessionária dificulta sobremaneira o controle econômico-financeiro de suas atividades, razão pela qual os contratos são normalmente celebrados com uma única pessoa jurídica, a ser constituída pelas empresas que integraram o consórcio vencedor, com fundamento no artigo 20 do mesmo diploma legal.

convalidação desnecessária, cf. se tem da página 60 de seu Da convalidação e invalidação dos atos administrativos.

Sobretudo nos casos de contratos de longa duração e objeto complexo, hipótese bastante freqüente, é comum haver exigência editalícia no sentido de que o vencedor da licitação constitua uma *Sociedade de Propósito Específico - SPE*, seja para facilitar o controle econômico-financeiro de suas receitas, despesas e investimentos, seja para garantir sua dedicação exclusiva à complexa atividade que lhe foi atribuída. Em tais casos, o vencedor(es) da licitação será(ao) o(s) acionista(s) ou sócio(s) da companhia e/ou assinará(rão) o contrato na condição interveniente(s)-anuente(s).

A empresa concessionária pode ser uma entidade estatal, hipótese bastante freqüente em relação às atividades de fornecimento de energia, de que a CEMIG e CESP – companhias de energia dos Estados de Minas Gerais e São Paulo, respectivamente - são exemplos, mas, para nós *as empresas estatais que desenvolvem serviços públicos da alçada da pessoa política a que estão vinculadas não são concessionárias*, porquanto não a elas não se aplica o regime de concessão incidente sobre empresas alheias à estrutura da entidade concedente.

Em primeiro lugar, a competência outorgada à empresa estatal prestadora de serviço público da alçada da entidade política que a criou deriva diretamente da lei, e não de ato administrativo, não há qualquer espécie de *delegação administrativa*, trata-se de atribuição de competência legal direta, a qual, evidentemente, não pode ser “retomada” pela administração pública direta.

Não se cogita, evidentemente, de licitação, não há apresentação de proposta a integrar o futuro contrato³⁷, que protegerá a correspondente equação econômico-financeira, e, tampouco, o dever de mantê-la ao longo da concessão. Em que pese ser usual a cobrança de tarifas em contraprestação aos serviços públicos fornecidos por empresas estatais, a administração pública costuma fazer

³⁷ Vale referir que a DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S.A., que é sociedade de economia mista do Estado de São Paulo e que presta serviços públicos de sua alçada, é chamada de concessionária nas leis que autorizaram sua criação e traçam sua disciplina, e chegou a celebrar *contrato de concessão* com o DER/SP – Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo. Não se trata, entretanto, de contrato na acepção em que tratamos da figura no item 1 – Natureza jurídica da relação de concessão deste Capítulo.

aportes nas estatais, mas não há relação exata e necessária entre tais aportes e a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do empreendimento.

O controle que a administração direta exerce sobre a estatal prestadora de serviço público tem natureza de *tutela*, envolve ingerência direta sobre a pessoa jurídica prestadora, mas, por outro lado, não há sancionamento, assim como também não cabe cogitar de caducidade da concessão, ainda que o serviço não esteja adequado.

Em poucas palavras, quando o estado presta o serviço, não o regula ou, ao menos, não o regula do mesmo modo que o fará se o serviço tiver sido objeto de concessão ou permissão.

De forma que, muito pouco do que prevê a Lei 8.987/95 será aplicável a tais figuras. Conquanto o artigo 7-A do referido diploma legal mencione por duas vezes concessionárias com personalidade jurídica de direito público (v. art. 7-A da Lei 8.987/95), o que sequer se aplicaria às estatais, é nítido que se trata de disciplina aplicável à prestação de serviço público independentemente de concessão.

Sendo assim, aderimos ao pensamento de **Geraldo Ataliba**³⁸, no sentido de que não se há de aplicar o regime jurídico da concessão de serviço público às estatais prestadoras de serviços públicos que sejam da alçada da entidade política que as criou, o qual é também acolhido por nossa jurisprudência³⁹ e doutrina majoritária a respeito do tema⁴⁰.

³⁸ *In SABESP – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas.* Conforme se tem do título de seu artigo, o autor citado examinou o tema por ocasião da elaboração de parecer em que tratou do regime tributário aplicável às estatais prestadoras de serviço público, no qual opina pela extensão a elas da imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal.

³⁹ Nesse sentido, as decisões proferidas no RE 88.185, DJ de 11/11/77, RE 97.300, e RE 108.498-7, DJ de 27/06/80, que tratam do tema à luz da imunidade tributária aplicável a tais pessoas.

⁴⁰ Em sentido diverso, **Maria Sylvia Zanella di Pietro** esposa o entendimento de que o regime jurídico aplicável às estatais prestadoras de serviço público é, em sua maior parte, o mesmo que se submetem as empresas concessionárias, a despeito das diferenças entre a descentralização por colaboração, que se faz por meio de contrato, e da descentralização por serviço, que se opera no plano legal, conforme se tem às páginas 52 à 55 de sua *Parcerias na Administração Pública*. No mesmo sentido em que caminha nosso entendimento, v. **Marçal Justen Filho**, que refere ser

Todavia, conforme ressalta **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁴¹, nas hipóteses em que recursos privados efetivamente componham o capital de empresas estatais de economia mista⁴², caberá, sim, falar em concessão de serviço público, porquanto há de se estender as garantias que lhe são características aos interesses que levaram os acionistas privados a aportar recursos ao capital de tais sociedades.

Nas demais hipóteses, conquanto tais estatais integrem a *administração indireta* das respectivas pessoas políticas, a prestação de serviços públicos por elas ou por autarquias constitui, a nosso ver, modalidade de *prestação direta de serviço público* pela correspondente pessoa política. A *prestação indireta*, a que se refere o *caput* do artigo 175, da Constituição Federal, ocorre somente quando se realiza *sob regime de concessão ou permissão propriamente dito*⁴³.

Note-se que nos referimos apenas às estatais prestadoras de serviço público da alçada da entidade política que as tenha criado, pois, como dito, *as entidades estatais alheias à esfera da entidade concedente poderão ser efetivas concessionárias de serviço público*, hipótese na qual deverão participar normalmente de licitações, observado o previsto nos §§ 1º e 2º do artigo 17 da Lei 8.987/95, e celebrar os correspondentes contratos de concessão, regidos por referido diploma legal, sujeitando-se à regulação necessária para garantir a adequada prestação do serviço público, inclusive, se necessário for, sua extinção unilateral.

esse também o entendimento **Eros Grau, Adilson Dallari, José Afonso da Silva e Torquato Jardim**, cf. páginas 119 à 121 de sua Teoria geral das concessões de serviço público.

⁴¹ V. pág. 200 de seu Curso de Direito Administrativo.

⁴² Não se trata, portanto, das hipóteses em que a parcela privada do capital da companhia é composta pela porcentagem mínima para atribuir direito de voto a seus conselheiros e atribuir-lhe caráter de sociedade economia mista, conforme ressalva o autor citado.

⁴³ Em sentido diverso, isto é, de que a prestação de serviço público por autarquias e estatais configura modalidade de prestação *indireta* de serviço público, v. **Antônio Carlos Cintra do Amaral**, às páginas 18 e 19 de sua Concessão de Serviço Público. Vale registrar também o entendimento de **Carmem Lúcia Antunes Rocha**, às páginas 27 à 29 de seu Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro, para quem a prestação do serviço público por autarquias constitui prestação direta do referido serviço público, sendo, entretanto, indireta a prestação realizada por empresas estatais.

Diga-se, ainda, que acompanhamos o entendimento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁴⁴, no sentido de que tal possibilidade há de estar restrita aos casos em que a concessão de serviço público titularizado por entidade política diversa da que a criou seja executada no território correspondente à área de atuação da empresa estatal que a disputa com outras empresas, pois não há razão jurídica que justifique a prestação de serviços públicos por empresas estatais se não para ofertá-los aos cidadãos de seu próprio território.

2.2.3 O que é e quem pode ser usuário

Os *usuários* que figuram nas *relações de prestação e garantia* estão diante de serviços públicos já criados, organizados e em funcionamento⁴⁵, razão pela qual se enquadram na categoria jurídico-abstrata do *usuário real*, referida por **Cesar A. Guimarães Pereira**⁴⁶.

De acordo com o autor citado, a categoria do *usuário real* abrange não só o *usuário efetivo*, assim entendido o que *já obteve acesso e está fruindo a prestação de um serviço público*, mas também o *candidato a usuário*, isto é, *aquele que busca o acesso a serviço já constituído, mediante o preenchimento de condições normativamente estipuladas*, assim como o *usuário potencial*, que é o indivíduo interessado em usufruir do serviço prestado, mas que ainda não pleiteou o acesso à correspondente prestação.

⁴⁴ V. pág. 719/720, inclusive a nota de rodapé nº 23, da obra citada.

⁴⁵ Por tal motivo, a discussão relativa aos direitos pertinentes à criação de determinado serviço público não se insere no escopo deste trabalho.

⁴⁶ Em seu Usuários de Serviços Públicos, o autor citado refere-se a duas categorias jurídico-abstratas de usuários, quais sejam, o *usuário hipotético* e o *usuário real* (v. páginas 44 à 50). O *usuário hipotético* é a figura em função da qual o serviço foi concebido. Trata-se de um parâmetro abstrato de referência sem existência real e de noção que é menos ampla do que a de cidadão, porque abrange os sujeitos que seriam diretamente beneficiados com a prestação do serviço público cuja configuração se está a elaborar, categoria que não necessariamente abrangerá todos os cidadãos. Já o *usuário real* não é parâmetro abstrato de referência. A categoria abrange os sujeitos concretamente interessados em utilizar o serviço e que estão aptos a travar as relações jurídicas para tanto necessárias, e subdivide-se em: *usuário efetivo*, sujeito que está fruindo a prestação; *candidato a usuário*, aquele que pleiteou o acesso ao serviço, e o *usuário potencial*, que é o indivíduo interessado em usufruir do serviço prestado, cujo acesso ainda não pleiteou, o que poderá fazer em outro momento.

Conquanto o *candidato a usuário* entretenha relações jurídicas tanto com a concessionária, pois é em face dela que requer seu acesso, quanto com o concedente, p. ex., quando impugna determinada condição de acesso ao serviço por ele estabelecido ou recorre de atos da concessionária relativos a sua admissão para fruição do serviço, tais relações têm *caráter preliminar* relativamente à prestação do serviço público, que constitui o foco de atenção deste trabalho, embora tenhamos alguns comentários acerca do assunto no tópico pertinente à *causa das relações de prestação do serviço público sob regime de concessão*.

Assim, o sujeito sobre o qual se voltam nossas atenções é o *usuário efetivo*, que se interessa pelo serviço não apenas em sua qualidade de cidadão, com base na qual pode exercer e movimentar todos os mecanismos de controle objetivo citados no Capítulo 1⁴⁷; mas, também, na condição de quem concretamente o usufrui.

Quanto a *quem pode ser usuário*, a fruição da ampla maioria dos serviços públicos não depende de que os interessados em fruí-los apresentem capacidades jurídicas específicas, o que deriva, sobretudo, do caráter ampliativo da prestação de serviços público e de sua universalidade, razão pela qual se admite que pessoas tidas por legalmente incapazes possam fruir serviços públicos, sem a necessária intervenção de seus tutores ou curadores, em certos casos.

Isso porque, há serviços públicos, como o transporte coletivo de pessoas, v.g., cuja fruição é instantânea e não implica dispêndio de valores expressivos por parte de seus usuários, de modo que não existe em relação a eles razão jurídica para exigir do candidato a usuário qualquer tipo de capacidade jurídica, como, p. ex., estar em posse de suas faculdades mentais e ser maior de idade. Mas, o mesmo não se sucede em relação aos serviços cuja fruição demanda compromissos duradouros de conteúdo econômico, mormente quando envolvam mais de uma modalidade de prestação. A validade de aquisição de certo pacote de prestação de serviços de telefonia fixa, p.x., depende, a nosso ver, de que a pessoa tida por legalmente incapaz esteja devidamente representada.

⁴⁷ Vide página 87.

Por tal motivo, e tendo em vista o caráter ampliativo e universal da prestação de serviços públicos, a validade do ato de solicitação de acesso ao serviço, que em alguns casos, restringe-se a prática de atos materiais que inequivocamente demonstrem o propósito de fruir o serviço, como ingressar em um ônibus, p.ex., não se subordina estritamente às regras de direito privado relativas à capacidade dos sujeitos para a prática de atos civis⁴⁸.

2.3 - OBJETO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB REGIME DE CONCESSÃO

Outra distinção e fator de interligação entre as relações jurídicas examinadas neste trabalho encontra-se em seus respectivos objetos. O objeto da *relação de concessão* é a própria concessão, isto é, a delegação por parte da entidade concedente à concessionária da atribuição de prestar o serviço público e do poder de explorá-lo comercialmente. Já a *relação de prestação* tem por objeto a prestação do serviço público por parte da concessionária ao usuário. E, o objeto da *relação de garantia* é a prática pelo concedente dos atos de conformação necessários para garantir a prestação adequada do serviço por parte da concessionárias aos usuários.

É o que se aborda a seguir.

2.3.1 - Objeto da relação de concessão

Conforme dito, o objeto da *relação de concessão* é a delegação da prestação de determinado serviço público e do poder de explorá-lo comercialmente, o que, por vezes, abrange certos bens materiais ou imateriais associados à concessão.

⁴⁸ Nesse sentido, **Renato Alessi**, à pág. 152 da obra citada.

Vejamos no que tal delegação consiste, atribuindo-se neste item 2.3.1 maior ênfase ao poder de exploração e à precisão dos contornos do instituto jurídico da concessão de serviço público, já que a prestação de serviço público será examinada com a devida detença no item 2.3.2, por ser não só objeto da concessão, mas também da *relação de prestação*.

2.3.1.1 - Função jurídico-econômica e política do instituto da concessão de serviços públicos e suas características jurídico-positivas

Como cediço, a função jurídico-econômica do instituto da concessão de obras e serviços públicos⁴⁹ é propiciar a realização de empreendimentos públicos com recursos angariados pelo mesmo sujeito incumbido de sua execução, por isso se dizer que o faz *por sua conta e risco*.

⁴⁹ Ora se menciona também o instituto da *concessão de obra pública* em razão da vinculação histórica entre tais institutos, aludida na introdução a esse trabalho, a qual se explica pelo fato de que grande parte dos serviços públicos demanda a implantação de infra-estrutura para sua prestação, o que continua a corresponder à realidade brasileira. Trata-se, no entanto, de institutos jurídicos diversos em função de seu distinto objeto (nesse sentido, v. a *distinção entre serviço e obra pública*, elaborada por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, às pág. 682 e 683 de seu *Curso de Direito Administrativo*, à qual aderimos integralmente). Em que pese referir-se a ambos os institutos, a Lei 8.987/95 não os distingue; ao contrário, confunde-os: refere-se à concessão de serviço público nos dois incisos do artigo 2º pertinentes às concessões, e menciona a atividade de conservação, cujo valor não integra o ativo imobilizado da concessão, como obra pública. O intuito talvez tenha sido o de estabelecer que, após realizada a obra pública, o concessionário incumbe-se de sua conservação, além de sua exploração. Contudo, é evidente que a mera conservação de obra pública não pode ser enquadrada como serviço público, razão pela qual *nas hipóteses em que se tenha apenas a realização de obra e sua conservação, tratar-se-á de concessão de obra pública; diversamente, quando a obra servir de base para a prestação de um serviço público, ter-se-á concessão de serviço público precedida da construção de obra pública*. Tal distinção é mencionada por **Antônio Carlos Cintra do Amaral**, à pág. 28 de sua *Concessão de Serviço Público*, na qual o autor citado esclarece que, nessa última hipótese, a execução da obra tem relevância econômica, mas não jurídica; enquanto que, na primeira, tem também relevância jurídica, eis que será em torno da fruição da obra que serão estabelecidas as relações jurídicas com seus usuários. Outro instituto que pode ser confundido com a concessão de serviço público é a *concessão de uso de bem público*, pois é comum que a primeira envolva também o uso de bens públicos, assim como também é freqüente a realização de algum serviço para que o concessionário possa extrair o proveito correspondente a seu interesse no uso do bem público objeto da concessão. A diferença é que o serviço, nessa última hipótese, não é *serviço público*, porque lhe faltam os elementos material e formal pertinentes a tal conceito, ao qual nos referimos mais adiante. Quanto a essa distinção, vide também as observações de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, à pág. 709 da ob. cit.

Isso não significa que o prestador assuma todos os riscos pertinentes à concessão, até porque nosso direito positivo é claro ao atribuir certos riscos ao poder concedente⁵⁰. Mas, é certo que incumbe ao prestador buscar por si mesmo parcela substancial dos recursos necessários para cumprir as obrigações que lhe foram atribuídas.

Em outras palavras, mediante a outorga da concessão *atribui-se não só a responsabilidade pela prestação do serviço público, mas, também, por seu custeio, sendo essa a razão de ser da delegação que o poder concedente confere à concessionária, a quem cabe estabelecer as relações jurídicas para tanto necessárias.*

É a essa serventia prática⁵¹ que o instituto jurídico da concessão de obras e serviços públicos deve sua larga utilização ao longo da história, em que se repetem exemplos de empreendimentos públicos realizados graças à iniciativa de empresários que se comprometeram a executá-los em troca de serem autorizados a cobrar por sua utilização ou a oferecer utilidades a eles relacionadas⁵².

⁵⁰ Cite-se, dentre eles, os riscos pertinentes às repercussões econômico-financeiras derivadas de *fato do príncipe* e necessidade de *alteração unilateral* das regras previamente estabelecidas, referidos nos artigos 9º, §§3º e 4º, da Lei 8.987/95.

⁵¹ Como pondera **Emilio Betti**, não se compreende integralmente os institutos jurídicos sem que se identifique o problema prático-social que ditou sua concepção. Note-se que não se trata de fugir dos contornos jurídicos do instituto sob exame, mas, ao contrário, de vislumbrá-los de modo mais nítido à luz da *função jurídica* por ele desempenhada na vida social em que o Direito se insere, método que o autor citado utiliza para diferenciar institutos jurídicos que poderiam ser confundidos entre si, como se tem das seguintes palavras: “*l’indagine scientifica deve puntualizzarsi sul problema pratico che il diritto positivo, inteso quale disciplina della vita di relazione, ha risolto mediante la posizione di norme che rappresentano la soluzione di un conflitto di interessi considerati, raffrontati e comparativamente valutati nella loro tipica entità sociale. Questo indirizzo metodológico trova la sua giustificazione, seppur ve ne sia bisogno, col solo tener presente che il diritto oggettivo non è un complesso di norme astratte, avulse dalla vita sociale, alla quale si sovrappongono quase come ordine che la trascende e che si impone dall’alto: il diritto trova, anzi, il suo fondamento, la sua ragione di esistenza nella stessa umana vita di relazione, in quel complesso di rapporti che legano gli uomini nello svolgimento di ogni loro attività, rapporti che si ricollegano ad interessi tipici spesso confliggenti, alcune volte paralleli, ma reciprocamente limitantisi, sempre interessi, comunque, dai quali l’interprete non può prescindere nello studio degli istituti giuridici e delle norme propri perchè in queste essi, como entità sociali storicamente determinate, sono rispechiati.*” (cf. págs. 10/11 de sua Teoria generale delle obbligazioni, Tomo I, prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione)

⁵² Dentre esses exemplos históricos, figura a construção do Canal de Languedoc (atual Canal du Midi), em 1666, cuja construção se deve a Pierre-Paul Ripet, fazendeiro e empresário local, que não só insistiu na viabilidade técnica do empreendimento, mediante alterações do projeto

Do ponto de vista político, a prestação de serviços públicos sob regime de concessão acarreta a *atribuição dos ônus econômico-financeiros que lhe são correspondentes a quem de fato os utiliza*, ao invés do custeio por valores sacados dos cofres públicos, que são arrecadados da sociedade como um todo, ou seja, inclusive de quem não usa aquele determinado serviço e sem discriminação quanto à frequência de utilização do serviço⁵³.

Em nosso direito positivo, essas noções teóricas, que espelham a função jurídica desempenhada pelo instituto da concessão de serviços públicos, encontram-se consagradas na Constituição da República e na Lei dedicada à disciplina de tal instituto jurídico, das quais resulta claramente que (i) a prestação de serviços públicos sob regime de concessão *não é custeada por recursos da própria administração pública responsável pelo serviço*, a qual outorga uma (ii) *delegação para que a concessionária atue, em nome próprio, na qualidade de prestadora de serviços públicos perante terceiros, de quem obterá sua remuneração*.

No plano constitucional, o artigo 175 faz alusão ao *caráter especial* do “contrato”⁵⁴ de concessão, o que implica sua distinção quanto aos demais contratos em que a remuneração provém da própria administração pública contratante; menciona a formulação de política *tarifária*, indicando que o pagamento de tarifa constitui o modo típico de custeio da prestação de serviços públicos, o qual, normalmente recairá sobre seus próprios *usuários*, categoria em

original elaborado por engenheiros do governo francês, como também se dispôs a realizá-lo por sua conta e risco, mediante a outorga do poder de operá-lo e explorá-lo após sua construção. Entre nós, vale citar o exemplo do Barão de Mauá, a quem D. Pedro 1º outorgou, em 1849, a que parece ter sido a primeira concessão de serviço público efetivamente implantada em nosso País, cujo objeto foi a construção, operação e exploração de estrada de ferro entre a baía da Guanabara e o sopé da serra de Petrópolis. Ao Barão de Mauá também se atribuiu, em 1851, a concessão para implantação, manutenção e operação do serviço de iluminação pública a gás na Cidade do Rio de Janeiro, e, posteriormente, mais duas concessões ferroviárias.

⁵³ Nesse sentido, confirmam-se as seguintes palavras de **Marçal Justen Filho**, à pág. 374 de sua *Teoria Geral das Concessões de Serviço*: “*Insista-se em que a simples adoção do modelo de concessão já reflete uma proposta política sobre a repartição dos encargos atinentes ao fornecimento de utilidades essenciais. Reflete a concepção de que o custo dessas utilidades será arcado diretamente pelos que delas se utilizam. Celebrada a concessão, consagra-se o postulado de que **paga quem usa e na medida em que o faz.***” (destaques no original)

⁵⁴ Sobre o uso da expressão *contrato* para qualificar o vínculo entre concessionária e concedente vide nota de rodapé nº 18.

que a *administração pública incumbida de promover sua prestação*, evidentemente, não se insere⁵⁵.

Referido dispositivo constitucional estabelece, ainda, que a administração pública poderá cumprir *diretamente* o dever que lhe confere ou *sob regime de concessão ou permissão*, donde se extrai que, nesse último caso, *a concessionária ou permissionária substitui o concedente na prestação direta do serviço perante terceiros*, como também resulta do §6º do artigo 37, para o que é necessário que receba a correspondente *delegação do poder concedente responsável pelo serviço, título jurídico sem o qual referida prestação e sua exploração seriam ilegítimas*, conforme artigos 21, XI e XI; 25, §2º; 30, §5º.

É também da dicção do artigo 175, *caput*, que extraímos o entendimento de que a delegação conferida às concessionárias e permissionárias de serviço público tem *caráter translativo*, e são, a nosso ver, as únicas modalidades de *gestão delegada translativa* de serviço público admitidas por nosso Direito Positivo⁵⁶.

No plano infraconstitucional, a Lei 8.987/95, que disciplina o instituto jurídico das concessões (e permissões) de serviços públicos, também consagra as noções teóricas supra mencionadas: a *delegação*, que propicia a prestação de serviços diretamente aos usuários dos serviços públicos e sua exploração

⁵⁵ Embora seja certo que a administração pública também seja usuária de serviços públicos, é forçoso reconhecer que não pode ser concedente e usuária de serviço público na mesma relação jurídica, tema que abordamos com maior detenção logo mais adiante.

⁵⁶ Não fosse a larga utilização da expressão delegação em ambos sentidos, seria melhor reservá-la apenas a essas hipóteses em que se configura referido efeito translativo. Parece-nos, de fato, derivar da dicção de referido dispositivo constitucional que a concessão e permissão são as únicas modalidades *translativas* de *gestão delegada de serviços públicos*, acolhidas em nosso direito positivo, por meio das quais a administração pública está autorizada a *transferir* a responsabilidade direta pela prestação do serviço público, que deixa de fazer parte de suas atribuições, cabendo-lhe, entretanto, cumprir todos os deveres inerentes à titularidade do serviço prestado por sua delegatária. As demais modalidades de *gestão delegada* não alcançam a mesma extensão, seja porque não operam referido efeito translativo, como ocorre em relação às OSs e OSCIPs, seja porque não possuem a mesma abrangência, o que se verifica, por exemplo, em relação às franquias pertinentes às atividades postais, restritas a *atividades auxiliares* (cf. §1º do art. 1º da Lei 11.668/08), sem que por meio delas se permita a gestão dos serviços postais como um todo, o que, conforme dito, só é admitido sob o regime de direito público característico das concessões e permissões de serviço público. Bem de se ver, portanto, que não atribuímos semelhante extensão às *autorizações*, mencionadas nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição da República, pelos motivos que serão expostos no item 2.3.2.2 deste Tópico.

comercial, é referida nas três confusas definições do artigo 2º e no artigo 3º; e, a despeito de só haver referência expressa à *remuneração do prestador mediante exploração do serviço ou obra pública* na definição de concessão de serviço público precedida por obra pública (inc. III do art. 2º), a menção a *desempenho por conta e risco da concessionária*, bem como, a dicção do inciso VIII do artigo 31 é bastante elucidativa ao estabelecer que *incumbe à concessionária captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço*; de modo que, a *cobrança de tarifas*, ao lado das *receitas paralelas*, referidas em seu artigo 11, *perfazem o sistema de remuneração da prestação de serviço público sob regime de concessão*, sobre os qual se faz as seguintes considerações.

2.3.1.2 - Sistema de remuneração da prestação de serviços públicos sob regime de concessão

Com efeito, não há um só dispositivo da Lei 8.987/95 que trate das implicações orçamentárias pertinentes a pagamentos vultosos e sistemáticos por parte do concedente, que perdurem por prazos bem mais longos do que a vigência de suas leis orçamentárias, os quais sequer são mencionados em referido diploma legal, simplesmente porque *a Lei 8.987/95 não trata de contratos de desembolso*⁵⁷.

Em consonância com a moldura constitucional a respeito das concessões de serviços público, o Capítulo IV de referido diploma legal trata das *tarifas* e de outras *receitas paralelas* da concessão.

A *receita tarifária* distingue-se juridicamente das demais por *provir direta e imediatamente da prestação do serviço público objeto da concessão*, razão pela qual a disciplina jurídica sobre ela incidente não é igual a que se aplica

⁵⁷ Aliás, esse nos parece ser um dos critérios interpretativos a serem utilizados para que possa verificar a aplicação de determinados dispositivos da Lei 8.666/93 às concessões de serviço público, afastando-se a incidência daqueles cuja concepção atrela-se a *contratos de desembolsos*, como nos parece ser, por exemplo, o §1º do artigo 65 da Lei 8.666/93.

às *receitas paralelas*⁵⁸, que se relacionam à prestação do serviço público objeto da concessão, mas dela não advêm de modo direto e imediato.

Embora não exista distinção de tratamento jurídico das *receitas paralelas* entre si, vale diferenciá-las quanto a seu aspecto material, para que se possa completar nosso breve exame quanto ao *modo de retribuição que caracteriza a prestação de serviços públicos sob regime de concessão*⁵⁹.

Na ausência de distinção jurídico-formal entre tais receitas, a formulação dos conceitos abaixo aludidos pautou-se no uso corrente das expressões referidas no artigo 11 e em certo esforço interpretativo no sentido de atribuir significações distintas a cada uma delas, eis que, afinal, ao intérprete das leis é vedado partir do pressuposto de que contenham palavras inúteis.

Nesse sentido, entende-se por *receitas acessórias* as que dependem dos bens afetos à prestação do serviço público objeto da concessão para serem obtidas, mas que dela não advêm de modo imediato. Enquadram-se em tal conceito, as receitas que provêm da utilização da infra-estrutura associada à prestação do serviço ou do fornecimento de utilidades a ele relacionadas, como, p. ex., o uso da faixa de domínio de rodovias e ferrovias para a passagem de

⁵⁸ Dentre outras distinções teóricas e práticas que são estabelecidas em cada concessão, mencione-se que os valores da tarifa estão submetidos a controle de índole diversa da que incide sobre as receitas paralelas, em relação às quais há liberdade empresarial muito maior da que se permite em relação à tarifa. Vale destacar, entretanto, que tanto a receita tarifária quanto as paralelas integram a equação econômico-financeira inicial da concessão. Cabe dizer, ainda, apenas para referir mais uma distinção entre receitas tarifária e paralelas, sustentarmos que é possível que novas fontes de receitas paralelas possam ser incorporadas à concessão, ainda que não previstas na época de sua outorga, desde a possibilidade de auferir tais receitas paralelas esteja prevista no edital, ainda que de modo genérico. Em tal hipótese, as novas receitas devem, evidentemente, ser consideradas para fins de reequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão.

⁵⁹ Aderimos, portanto, ao pensamento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, que, ao comparar certos contratos de prestação de serviços com a concessão de serviço público, diz o seguinte: “*O serviço, em si, é o mesmo. A única distinção entre eles é que no primeiro o contratado é remunerado pela Administração por prestar tal serviço, não passando de mero executor material; e no segundo o concessionário se remunera cobrando ele próprio sua retribuição dos usuários. É a modalidade de retribuição o que os faz distinto, já que nesta segunda hipótese o desempenho do serviço é transferido ao concessionário, que o presta em nome próprio, por sua conta, risco e perigos, de sorte que não é um simples executor material dele. Bem por isto, ele mesmo é que procede à captação de sua remuneração junto ao público. Normalmente o faz, como dito, pela cobrança de tarifa.*” (p. 776 de seu Curso de Direito Administrativo)

redes de transmissão de dados e outros serviços, bem como a publicidade interna e externa nos vagões de trem, metrô ou ônibus.

As receitas de projetos associados à concessão advêm de projetos com características técnicas e financeiras autônomas⁶⁰, em relação ao objeto principal da concessão, mas que são a ela associados por expressa previsão de suas normas regulamentares. Cite-se como exemplo de tais receitas a instalação de usinas para aproveitamento do biogás resultante do processo de decomposição natural do lixo por concessionária incumbida de sua coleta e destinação, e, a exploração de um empreendimento imobiliário localizado em área valorizada pela concessão.

Do mesmo modo que as outras receitas paralelas supra mencionadas, as *receitas complementares* também complementam a receita tarifária, mas se diferenciam das demais por não derivarem da exploração de projeto autônomo e não dependerem da infra-estrutura afeta à prestação do serviço público para serem obtidas, como são, p. ex., as receitas financeiras e eventuais subsídios⁶¹ advindos do poder concedente para redução do valor tarifário.

Por fim, *receitas alternativas* são aquelas auferidas em caráter exclusivo em relação à tarifária⁶², embora relacionadas à exploração do serviço público, como, p. ex., a que é obtida pelas concessionárias de radiodifusão de sons e imagens, em razão do uso dos intervalos em sua programação, para fins de publicidade.

⁶⁰ Sobre o tema, imprescindível a consulta a artigo de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, intitulado “Obras públicas a custo zero”, *RTDP* 3/32, e à obra de **Adilson Abreu Dallari** e **Adriano Murgel Branco**, intitulada *O financiamento de obras e de serviços públicos*, em que os autores dão exemplos de receitas complementares à tarifa e projetos associados (v. “Formas de financiamento de obras e serviços públicos” de Adriano Murgel Branco), bem como aludem à possibilidade de pacotes de concessões que podem viabilizar projetos que não se sustentam de modo isolado (v. “Concessões de pacote rodoviário”).

⁶¹ Insta esclarecer que a expressão *subsídio* vai aqui utilizada em seu sentido ordinário, até porque o contorno das condições de validade impostas para a concessão de *subsídios* ou *subvenções* não constitui objeto de nossa preocupação. Sobre o tema, v. **Maurício Portugal**, in *Comentários à Lei de PPP*, págs. 65 à 67, e **Marçal Justen Filho**, às págs. 335 à 340, da ob. cit.

⁶² Nesse sentido, **Floriano de Azevedo Marques Neto**, à pág. 346, de sua “Concessão de Serviço Público sem Ônus para o usuário”, em *Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adílson Dallari*, que menciona referida interpretação, a qual, a nosso ver, é a única que permite a atribuição de sentidos diversos para cada uma das receitas referidas no artigo 11 da Lei 8.987/95, e que, ademais, corresponde à significação de tal expressão na língua portuguesa.

Importa destacar que todas essas receitas estão atreladas de modo mais ou menos direto à exploração do serviço público objeto da concessão: a tarifária advém, como dito, de modo direto e imediato, da prestação do serviço público; os projetos associados, cuja exploração também provê receitas à concessionária, devem guardar alguma relação, seja física seja de organização empresarial, com a prestação do serviço público; as receitas complementares, como as que advém de aplicações financeiras das receitas obtidas pela concessionária e eventuais subsídios do concedente também se relacionam à prestação do serviço; e, até mesmo, as receitas alternativas só são possíveis em razão da prestação do serviço, como se tem da variação dos valores cobrados pelas concessionárias de rádio e televisão em função da audiência de cada programa.

Todas elas advêm, portanto, do exercício por parte da concessionária do *poder de explorar o serviço objeto da concessão e outros serviços ou bens que lhe sejam associados*, cuja natureza jurídica se passa a examinar.

2.3.1.3 - Natureza jurídica do poder de exploração do serviço público

Ao outorgar uma concessão de serviço público, o concedente delega à concessionária o exercício do *poder* que a Constituição lhe atribui de *explorar* certos serviços, o que faz não só em retribuição à assunção da obrigação de prestar tais serviços a terceiros, mas também para que possa satisfazer a incumbência de *captar* os recursos para tanto necessários.

Vale notar que o vocábulo *captar* alude a *algo que não é dado* desde o princípio e que deve, portanto, ser *buscado*, obtido de *sujeitos que não são de antemão individualizados*; do mesmo modo, a expressão *explorar* remete ao que *não é previamente conhecido* ou que não o é de modo integral, por se revestir de alguma *medida de incerteza*.

O sentido denotativo e conotativo de tais expressões não permite, portanto, que a elas se atribua elasticidade suficiente para que abranjam,

sobretudo de modo exclusivo, pagamentos sistemáticos e pré-estabelecidos que advenham do mesmo sujeito que atribuiu ao prestador a incumbência de *explorar* certo objeto e de *captar* recursos necessários para o cumprimento das obrigações que lhe atribuiu.

De modo que a *exploração* do serviço e de outros bens materiais e imateriais a ele relacionados e a *captação* dos recursos necessários para sua prestação são condutas a serem desenvolvidas *perante terceiros*, isto é, *sujeitos que não integram a relação de concessão*, em que tais incumbências foram concretamente estabelecidas.

Note-se, ainda, que a captação dos recursos necessários para prestação de serviços públicos sob regime de concessão é inserida no rol de *incumbências* da concessionária, e não de seus *direitos*, como são os de receber certa contraprestação após o desenvolvimento das condutas pertinentes à exploração do serviço público e captação de recursos, por isso dissemos que o concedente confere à concessionária um *poder*, e não um *direito*.

Como visto no Capítulo 1^{o63}, a conduta que corresponde ao conteúdo de um *poder* é atribuída a seu próprio titular, que, por força do poder que lhe foi conferido, poderá agir num determinado sentido, sem que ninguém deva interferir na zona de atuação atribuída a seu titular. *Ninguém*, e não apenas os destinatários diretos do exercício de tal poder. É por isso que se diz, corretamente, que os *poderes* são oponíveis *erga omnes*.

Por esse motivo, os *poderes* não se inserem, enquanto tais, em relações jurídicas, seja porque sua satisfação normal *só depende da conduta de seu próprio titular*, em virtude do que não é necessário conectá-lo a uma outra posição jurídica, seja porque há uma *sujeição geral* a seu exercício, a qual deriva do próprio *direito objetivo*, e não de relações jurídicas *erga omnes*, cuja concepção criticamos no Capítulo 1^o ⁶⁴.

⁶³ V. páginas 53 à 56.

⁶⁴ V. páginas 53 à 56.

Já a satisfação normal de um *direito*⁶⁵, *depende da conduta de outro sujeito que não seu titular*, razão pela qual é necessário conectá-lo à posição jurídica de outrem, isto é, à correlata *obrigação* de alguém perante o titular do *direito*, ambos vinculados por meio da imprescindível *relação jurídica* que só existe entre eles.

É por isso que se diz também, acertadamente, que *poderes* diferenciam-se de *direitos* porque os últimos se inserem em imprescindíveis relações jurídicas, enquanto que os *poderes são objetivos*, não se inserem em relações jurídicas, conquanto seu exercício *possa* criar, alterar ou extinguir relações jurídicas⁶⁶, nas quais o titular do poder figurará como titular de um *direito subjetivo* ou de uma *obrigação*, conforme o caso.

Assim, não se deve confundir o *poder* de explorar comercialmente o objeto da concessão, e a *sujeição geral* que lhe corresponde, com o *direito subjetivo* da concessionária de receber um determinado valor e sua correlata *obrigação* de pagamento, que só surgem após a prática de determinadas condutas pela concessionária, e no bojo de relações jurídicas das quais o poder concedente não participa.

Note-se, ao *poder* de explorar comercialmente o objeto da concessão corresponde uma *sujeição geral*, isto é, não só dos usuários dos serviços prestados pela concessionária, que, normalmente, são os principais destinatários de tal *poder*, mas também de quaisquer outros sujeitos, os quais, ainda que não utilizem os serviços por ela prestados ou os bens que lhe caiba explorar, devem *tolerar o legítimo exercício de tal poder*, o que abrange inclusive o poder concedente, salvo se, por algum motivo, resolver retomá-la ou alterar seu conteúdo.

Diversamente, aos *direitos subjetivos* decorrentes do exercício de tal *poder*, correspondem *obrigações de contraprestação* atribuídas aos usuários dos

⁶⁵ à exceção dos direitos absolutos, cuja natureza jurídica é, para nós, mais próxima dos poderes do que dos direitos, pelas razões expostas nas páginas 32 à 39 do Capítulo 1º deste trabalho.

⁶⁶ Conforme visto no Capítulo 1º, há poderes cujo exercício cria, altera ou extingue situações jurídicas subjetivas, dentre elas, as relações jurídicas, e outros cujo exercício cria, altera ou extingue situações jurídicas objetivas, do que o poder legislativo e regulamentar são exemplos

serviços prestados pela concessionária e dos bens que lhe caiba explorar, as quais se inserem no conteúdo de relações jurídicas de que o concedente sequer é parte, justamente porque não é usuário dos serviços cuja prestação e exploração ele mesmo concedeu, nos termos a seguir expostos.

Vale mencionar, antes disso, que justamente por não corresponder apenas a uma situação de vantagem atribuída à concessionária, tal *poder* não deve ser enquadrado na categoria jurídica das *faculdades*, em que se inserem os *poderes* que podem ou não ser exercidos em consideração apenas dos próprios interesses de seus titulares.

Em que pese não se amoldar também à categoria jurídica das *prerrogativas*, que abrange os poderes exercidos em nome alheio, trata-se, sem dúvida, de um *poder funcionalizado*, dotado de caráter instrumental, eis que deriva da *atribuição à concessionária da responsabilidade de buscar por si mesma parcela substancial dos recursos necessários para a prestação do serviço*.

2.3.1.4 - *As figuras jurídicas da Lei de Parcerias Público-Privada*

Com efeito, apesar da nomenclatura utilizada no §2º do artigo 2º da Lei 11.079/04, *o concedente não é usuário, direto ou indireto, dos serviços prestados pela respectiva concessionária*, ou, quando menos, não poderá ser concedente e usuário do serviço concedido na mesma relação jurídica.

Ora, nos casos em que uma entidade pública tenha interesse em utilizar diretamente um determinado serviço, isto é, nas hipóteses em que seja *usuária direta* de um serviço, contratará a execução de tais serviços, como faz qualquer sujeito interessado em adquirir algo, seja um bem ou um serviço, hipótese em que não figurará nesse contrato com concedente, mas, sim, como usuária dos serviços a serem prestados, para si mesma, por sua contratada.

Em tal hipótese não há necessidade e, mais que isso, não há razão jurídica que justifique qualquer tipo de *delegação*, porquanto se é a *usuária direta* de tais serviços, seu executor prestará tais serviços para ela, e não em favor de outrem, com quem precise se relacionar, inclusive para receber sua remuneração. Ter-se-á, portanto, um *contrato de prestação de serviços*, que nada tem de concessão de serviço público.

E, nos casos em que a administração pública contrate terceiros para prestar serviços que serão fruídos pelos cidadãos ou certo grupo de pessoas, como, v.g., os presidiários, a expressão *usuária indireta* indica que, embora não frua diretamente o serviço, é com a administração pública que serão estabelecidas as relações jurídicas para a *prestação e contraprestação* dos serviços, ainda que eventuais danos suportados por seus efetivos usuários possam recair diretamente sobre o prestador.

Também nessa hipótese, não há concessão de serviço público, mas, *terceirização de serviços*, que não serão objeto de *exploração* frente a seus efetivos usuários, mas de remuneração paga diretamente pela mesma entidade titular do poder de explorar o serviço, de modo que não caberá cogitar de delegação de poder cujo exercício se destine precipuamente à própria entidade que o delegou.

Conclui-se, portanto, que tais contratos, as ditas concessões administrativas, não são *concessões de serviço público*, assim como também não o são as concessões patrocinadas nas quais os recursos que a concessionária aufera junto a terceiros corresponda a parcela irrisória de sua remuneração, como expressamente permite o §3º do artigo 10 da Lei 11.079/04.

De acordo com referido dispositivo legal, os pagamentos públicos podem representar até 70% da remuneração do parceiro privado e, até mais, caso haja autorização legal específica nesse sentido, hipótese em que tais pagamentos não poderão ser considerados como *receita complementar* à tarifária, pois, ao

contrário, *complementar será a receita tarifária em relação aos pagamentos advindos do poder público*⁶⁷.

Em tal hipótese, a dicção do §1º do artigo 2º da Lei 11.079/04, no sentido de que a concessão patrocinada *é a concessão de serviços públicos ou obras públicas de que trata a Lei 8.987/95* não é, em absoluto, válida e verdadeira, pois referido diploma legal simplesmente *não trata de contratos remunerados pela administração pública*, seu regime não foi elaborado para acomodar contratos de desembolso, de modo que não será nele que se há de buscar a colmatação de eventuais lacunas da Lei 11.079/04, na disciplina de contratos que não são regidos pela Lei de concessões de serviços públicos.

Como diz **Odilon Andrade**⁶⁸, *“a lei pode, na verdade, sujeitar determinada relação de direito ao regime que bem entender; mas quando adota, como no caso dos funcionários, forma já existente, tem de preferir aquela que mais se coaduna com a natureza e condições da relação, sob pena de transtornar a ordem que visa regular.”*

Deveras, ao se estabelecer de antemão que parcela substancial da remuneração da concessionária caberá à administração pública, isto é, a ela atribuir a responsabilidade pela remuneração da concessionária, contraria-se o sentido jurídico, econômico e político do instituto da concessão de serviços públicos, albergado por nosso direito positivo.⁶⁹

⁶⁷ Acerca da distinção entre os subsídios à tarifa propiciados pela Lei 8.987/95 e os aportes do poder público nas concessões patrocinadas, vale citar as seguintes palavras de **Adilson Dallari**: *“Não se trata de, incidentalmente ou eventualmente, pagar um subsídio para compensar diferenças eventuais ou episódicas. Trata-se, sim, de se estabelecer no próprio momento de celebração do contrato entre o particular e o Poder Público, que este vai, necessariamente, efetuar pagamentos ao particular executante, seja para completar o volume de recursos demandados pelo empreendimento, seja para remunerar, no todo ou em parte, os serviços prestados.”* (em “Iniciativa privada e serviços públicos”, à pág. 129 da obra citada.).

⁶⁸ Cf. pág. 26 de seu Serviços públicos e de utilidade pública.

⁶⁹ Não nos parece excessivo aludir mais algumas palavras de **Odilon Andrade**, fundada na sabedoria que só se extrai da atenta observação das realidades jurídicas: *“Queiram ou não queiram, porém, a doutrina e a jurisprudência, o princípio a de predominar mais dia menos dia, como aferidor das soluções de direito administrativo, porque é inútil fazer direito contra a realidades das coisas e essa realidade é que o vem impondo, como vimos, por exemplo, na manifesta rebeldia dos serviços públicos e de utilidade pública à disciplina e forma do direito privado.”* (cf. pág. 149 da ob. cit.).

Note-se que o *risco* da concessionária deixa de estar atrelado ao sucesso do empreendimento, como ocorre em uma verdadeira *parceria*, e passa a residir no pagamento ou não da contraprestação pela entidade concedente, por isso a preocupação com as garantias do “parceiro” privado, que, sob esse aspecto, é *menos parceiro e mais contratado*.

Ao invés do incentivo natural que advém do incremento da remuneração que resulta do sucesso do empreendimento e de projetos que lhe sejam associados, são estabelecidos mecanismos que atrelam a contraprestação do “parceiro” privado a notas que *o próprio pagador* atribui a seu desempenho, não obstante os riscos inerentes ao possível desvio de finalidade dessa sistemática.

Isso porque, não se deve propiciar a quem possa ter interesse, ainda que secundário, em reduzir o valor a ser pago à concessionária, a oportunidade de atrelar tais pagamentos à avaliação discricionária e unilateral de seu desempenho⁷⁰.

A despeito do sempre possível recurso ao Judiciário, o caráter técnico de tais avaliações e a distância dos julgadores dos fatos a elas subjacentes acabam por restringir a anulação às hipóteses mais evidentes de desvio de finalidade, o qual, entretanto, pode ser bem escamoteado na maioria das vezes.

Em que pese a boa intenção que possa ter porventura norteado aqueles que instituíram essa espécie de mecanismo, a redução dos valores das receitas devidas à concessionária em razão das notas que tenha recebido nas referidas avaliações de desempenho configura, a nosso ver, autêntico *bis in idem*, dado que o mesmo fato jurídico dará ensejo a desconto em sua remuneração e aplicação de multa pecuniária.

⁷⁰ É curioso que, a despeito do caráter notoriamente bilateral das discussões relacionadas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tais descontos tenham sido apelidados de “descontos de reequilíbrio”. Evidentemente, se a concessionária obtém vantagem financeira de certa inexecução contratual, o valor correspondente a tal vantagem, devidamente apurado em processo administrativo, deverá ser considerado para fins de reequilíbrio, procedimento bastante diverso de atrelar porcentagens a serem abatidas diretamente de sua remuneração de modo automático e unilateral, resultante de avaliações cujos critérios não são objetivos e não guardam estreita relação com o que deixou de ser executado.

Evidentemente, a entidade concedente não poderá se eximir de exercer seu *dever-poder* sancionatório, por força do qual se impõe até mesmo a decretação da caducidade da concessão, a depender da gravidade das infrações cometidas pela concessionária e de sua reincidência sistemática, a pretexto de já ter aplicado severo percentual de redução do valor devido.

Assim, em nossa opinião, se a concessionária não cumpre adequadamente as normas da concessão comete infração a determinadas obrigações e deve ser, por isso, penalizada, sem que a nota obtida nas avaliações de seu desempenho possa *também* acarretar descontos automáticos na redução do valor que lhe é devido, sob pena de *bis in idem*.

Diversamente, tal efeito proibido pelo Direito não se produzirá nos casos em que os pagamentos ou aumentos do valor da tarifa estejam proporcionalmente atrelados ao cumprimento de determinadas obrigações, como, por exemplo, a de concluir uma obra ou atingir certas metas de universalização do serviço.

O que não se deve admitir é a criação de mecanismos que propiciem burla indireta à segurança jurídica conferida pela proteção contratual dos interesses econômico-financeiros da concessionária, com a redução dos valores a ela devidos que possa ser motivado pelo interesse em lhe pagar menos do que originalmente previsto.

2.3.1.5 - Características jurídicas da delegação típica das concessões de serviços públicos e a distinção em relação às permissões

Resulta do exposto que a delegação que corresponde ao objeto da *relação de concessão* confere à concessionária a atribuição de cumprir o *dever* de prestação do serviço público e de exercer o *poder* de explorá-lo, em substituição

à administração pública, isto é, perante os sujeitos com quem iria se relacionar *para esse fim*⁷¹ não fosse a delegação de tais atribuições à concessionária.

Trata-se, portanto, de delegação dotada de *caráter translativo*, no sentido mencionado por **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**⁷², de que por meio dela o concedente atribui à concessionária *deveres e poderes com a mesma extensão* que teriam caso permanecessem em sua órbita de atribuição, a fim de que a concessionária *os exerça em seu lugar*.

A nosso ver, extrai-se do artigo 175 que tal delegação só pode se operacionalizar por meio de concessão *ou* permissão de serviço público, o que singulariza ambos institutos jurídicos, mas impõe o esforço de diferenciá-los, eis que, a despeito de lhes atrelar as mesmas características, a Constituição os trata como institutos jurídicos diversos.

Ocorre que não é fácil vislumbrar a distinção entre institutos que se submetem à mesma regência básica, como deriva de referido dispositivo constitucional e do artigo 1º da Lei 8.987/95, sendo que em tal diploma legal há apenas dois dispositivos que cuidam especificamente da permissão: o inciso IV do artigo 2º e artigo 40, que alude ao caráter contratual da permissão de serviço público, já afirmado no inciso I do parágrafo único do artigo 175 da Constituição, e, ao mesmo tempo, à sua precariedade e revogabilidade unilateral.

Em que pesem os efeitos jurídicos positivos do tratamento jurídico que a Constituição de 1988 estendeu à permissão de serviços públicos, a qual passou a ser forçosamente precedida de licitação e dotada de certa estabilidade mais adequada à função jurídica desempenhada por tal instituto jurídico, a alusão a seu caráter contratual gerou perplexidade na doutrina por ser incompatível com a

⁷¹ O destaque deve-se a que a prestação de serviço público sob regime de concessão também implica relações jurídicas entre o concedente e os usuários de serviço público, mas não para o fim de prestação e exploração do serviço, que passam a ser atribuição da concessionária.

⁷² Cf. pág. 490 de seu Princípios Gerais de Direito Administrativo, em que o autor diferencia as concessões quanto a seu caráter translativo ou constitutivo, de acordo, com a igual ou distinta extensão dos poderes e deveres conferidos pelo concedente, e afirma o caráter translativo da concessão de serviços públicos.

precariedade que sempre caracterizou o instituto e que foi reafirmada pelo contraditório artigo 40 da Lei 8.987/95⁷³.

De fato, mesmo para quem restringe o âmbito contratual das próprias concessões às garantias e demais deveres de conteúdo econômico-financeiro assumidos pelo concedente face à concessionária, é difícil conciliar a extensão de tal proteção às permissões de serviço público com sua precariedade, de modo que a solução para diferenciar os dois institutos nos parece ser o distinto grau de proteção que a lei confere a cada um deles em caso de extinção anterior ao termo estabelecido, e, ainda, em outro aspecto a ser abordado em seguida.

Pensamos que a imposição de prévia licitação estabelecida pelo artigo 175 da Constituição, além de impedir o uso de permissões para situações transitórias, não permite mais que se cogite de *permissões sem prazo*, seja porque se faz necessário estabelecer um termo após o qual deverão ser promovidas novas licitações, seja porque a *perpetuidade* de situações de vantagem conferidas a certos sujeitos não se coaduna aos princípios republicanos e da igualdade, na esteira do que entende **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁷⁴ quanto a esse aspecto do problema jurídico ora enfrentado.

Contudo, parece-nos corretíssimo o entendimento esposado pelo autor citado e por **Maria Sylvia Zanella di Pietro**⁷⁵, no sentido de que o *direito subjetivo ao desenvolvimento do serviço objeto da permissão durante certo prazo* praticamente faz desaparecer a distinção que se busca encontrar em relação à concessão, notando, ainda, referida autora que o inciso IV do artigo 2º não faz

⁷³ Acerca das características do conceito de permissão tradicionalmente acolhido na doutrina e jurisprudência em função da serventia jurídica de tal instituto, v. **Celso Antônio Bandeira de Mello**, às páginas 758 e segs. de seu Curso de Direito Administrativo.

⁷⁴ Esse aspecto do problema jurídico ora enfrentado é vislumbrado pelo autor citado, como se tem das seguintes palavras: “*Anote-se que o problema descrito propõe questão diversa da simples necessidade inelutável de a permissão ter estabelecido um termo final. É que não podem ser outorgadas permissões suscetíveis de perdurar “ad aeternum”. Terão que ter um termo final estipulado.*” (cf. pág. 765 da ob. cit. - destaques no original)

⁷⁵ Confirmam-se as palavras da autora citada: “*Segundo entendemos, a fixação de prazo na permissão praticamente faz desaparecer a diferença entre esse instituto e a concessão, já que ocorrerá a perda da precariedade e o permissionário se tornará titular de direito subjetivo oponível à Administração, consistente no direito à prestação do serviço permitido pelo prazo convencionado, sob pena de responder a Administração Pública por perdas e danos.*” (cf. pág. 134 da ob. cit.)

referência *a prazo determinado*, diversamente do que se passa em relação aos incisos do mesmo artigo que se referem à concessão.

A nosso ver, o dilema pode ser resolvido se pensarmos que o direito subjetivo que as concessionárias têm em relação ao prazo da concessão, não as livra de sua *encampação*, mas lhes propicia o recebimento de indenização baseada em parâmetros semelhantes ao que se teria em uma desapropriação de tal direito, motivo pelo qual a jurisprudência e doutrina, citando-se em particular o entendimento de **Lúcia Valle Figueiredo**⁷⁶ nesse sentido, reconhecem-lhes o direito de serem indenizadas não só pelas perdas e danos suportados, mas também pelos *lucros cessantes*, o que demonstra que, há de fato e de direito, *sacrifício de direito*.

Já em relação às permissões parece-nos possível amparar a distinção em que a “revogação” antes do escoamento do termo previsto no contrato, daria direito a que o permissionário obtivesse indenização *apenas por eventuais perdas e danos*, o qual já era, ademais, reconhecido por nossa melhor doutrina e jurisprudência, tendo em vista que, a despeito do caráter precário sempre assinalado às permissões, seu desenvolvimento concreto no âmbito dos serviços públicos deu ensejo a assunção de investimentos necessários para atendimento dos compromissos relacionados à adequada prestação de tais serviços, de modo a não ser admissível que a administração pública pudesse se valer de tal precariedade para deixar de reconhecer os direitos do permissionário⁷⁷.

⁷⁶ Cf. pág. 67 de seu *Extinção dos contratos administrativos*, do qual se transcreve a seguinte passagem: “*Deveras, neste caso, a indenização deverá ser total, tal seja, deverá cobrir o que deixou o contratado de perceber, até o final do contrato. De conseguinte, indenizam-se também os lucros cessantes.*”. A fundamentação que a autora invoca em defesa de sua conclusão é a responsabilidade administrativa por ato lícito, semelhante a que se verifica na desapropriação.

⁷⁷ Nesse sentido, confira-se a solução a caso concreto submetido a apreciação de **Maria Sylvia Zanella di Pietro**, no Parecer 5 – Transporte coletivo. Permissão com fixação de prazo, às pags. 371 e segs. da ob. cit., o parecer de **Clóvis Beznos**, “Transportes coletivos”, in *Interesse Público* nº 15/106, e as seguintes palavras de **Celso Antônio Bandeira de Mello**: “*Na jurisprudência reflete-se a mesma tendência de aceitar que, em princípio, as permissões de serviço público hão de ser consideradas como um ato precário, sem embargo de existirem situações nas quais, “in concreto”, reputa-se que haverá de lhe ser recusado tal caráter, o que ocorrerá, desde logo, quando concedida a prazo certo e mesmo em outras situações nas quais o permissionário haja incorrido em pesados investimentos e/ou venha desenvolvendo a prestação do serviço há longo tempo, bem como nas que estejam reguladas de modo a impor cerceios à livre revogabilidade.*” (cf. pág. 764 da ob. citada)

Assim, pode-se pensar que a fixação de prazo nas permissões de serviços público representa tão somente um termo final, *sem que se confira ao permissionário direito subjetivo à sua manutenção*, que possa ser convertido em indenização por lucros cessantes, no caso de sua extinção antecipada, embora lhe assista, sempre, *o direito a indenização pelas perdas e danos suportados*, como, afinal, resulta dos princípios da *boa fé* e vedação ao *enriquecimento sem causa*.

Além disso, pode-se tomar a referência a *contrato de adesão* como indicativa da maior vocação da permissão para *prestação de serviços públicos em que haja competição entre os prestadores*, em que pese concordamos com as críticas que **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁷⁸, **Maria Sylvia Zanella di Pietro**⁷⁹ e **Marcio Cammarosano**⁸⁰ dirigem à aplicação do conceito de *contrato de adesão* e do regime que lhe é atrelado aos contratos e demais vínculos de Direito Administrativo⁸¹.

Por tal motivo, extrai-se da alusão aos *contratos de adesão* em referido dispositivo legal apenas o sentido de que nas permissões ter-se-á a aplicação de um conjunto de regras que, além de ser ditado por apenas um dos sujeitos de tal relação jurídica, é também igual para os demais prestadores, o que torna dita relação ainda mais impermeável aos elementos da proposta por eles

⁷⁸ V. pág. 767 da ob. cit.

⁷⁹ V. pág. 134 da ob. cit.

⁸⁰ V. pág. 502 à 504 de seu “Contratos da administração pública e natureza jurídica da permissão de serviço público” em *Estudos em homenagem à Geraldo Ataliba*, v. 2 (org. Celso Antônio Bandeira de Mello).

⁸¹ Sobre a incompatibilidade do tratamento jurídico conferido aos *contratos de adesão* com as permissões, v. o exame aprofundado da questão por **Carmem Lúcia Antunes Rocha**, destacando-se, entretanto, que, diversamente dos autores supra citados, a autora ora em referência extrai da referência legal maior rigidez quanto ao aspecto contratual da permissão como se tem da transcrição da seguinte passagem extraída da pág. 156 de seu *Estudos sobre concessão e permissão de serviços públicos no direito brasileiro*: “Talvez exatamente nesse ponto se possa encontrar um critério discriminador da permissão em relação à concessão: a natureza de contrato de adesão torna a matéria objeto da parte não regulamentar do contrato também insuscetível de negociação ou de junção de vontades das partes mediante acerto firmando entre elas, sendo todo o ajuste somente posto e imposto pela entidade permitente e aceito pelas permissionárias”, cabe agregar que, mais adiante, à pág. 157, a autora esclarece que: “É certo que, no sistema legal vigente no País, especialmente após o advento da Lei n. 8.987/95, nem há praticabilidade extensa do conteúdo havido como “negociável” entre o concessionário e a entidade pública concedente (inclusive na parte econômico-financeira do contrato), nem se pode prever uma impraticabilidade absoluta do ajustamento das partes na delegação por permissão.”

apresentados, mesmo no que se refere a seus elementos econômico-financeiros, como observa **Carmem Lúcia Antunes Rocha**⁸².

Trata-se, a nosso ver, de tema a ser melhor explorado em todas as suas conseqüências, exame que, entretanto, transbordaria os estreitos limites da abordagem ora empreendida tão somente para o fim de bosquejar algumas distinções entre os institutos.

Conclui-se afirmando que permissões e concessões de serviços públicos distinguem-se, basicamente, porque as primeiras *conferem menos garantias econômico-financeiras a seus prestadores*, o que as torna mais adequadas para a prestação de serviços públicos que (i) demandem investimentos menores dos que só podem ser acobertados pela forma jurídica da concessão, ou, conforme observado por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, que (ii) sejam compensáveis pela extrema rentabilidade do serviço, ou, ainda, para os casos em que (iii) o equipamento utilizado, por sua mobilidade e versatilidade, possa ser mobilizado para diversa destinação sem maiores transtornos, o que *impede a utilização de tal instituto para a prestação de serviços que envolva também a realização de obra pública*, como resulta do artigo 2º da Lei 8.987/95.

Advirta-se, ainda, que para o fim de impedir o uso das formas jurídicas para finalidade diversa da que lhe foi associada pelo Direito, deve-se estender ao permissionário as mesmas garantias conferida às concessionárias nos casos em que o serviço prestado por meio de uma permissão demandar tratamento idêntico ao que se atribui às concessões.

⁸² Cf. pág. 159 da obra citada: “*A uniformidade das cláusulas para prestação do mesmo serviço público por contratos diferentes determina a invariabilidade das condições para tal desempenho por todas as contratadas. Assim, a permissão para a prestação do transporte coletivo por meio de ônibus, por exemplo, não obedece, na verdade, a qualquer diferença nas cláusulas obrigacionais havidas nos ajustes firmados com as diversas entidades permissionários. É que o serviço é o mesmo, a finalidade e a forma de ser realizado o interesse público também são os mesmos, as condições restam inalteradas, modificando-se apenas na identificação dos trechos servidos pelas permissionárias.*”

2.3.2 - Objeto da relação de prestação

Como dito, a prestação do serviço público é o objeto da relação jurídica entre a concessionária e o usuário do serviço por ela prestado e é, também, objeto da delegação que constitui objeto da *relação de concessão*, ao lado de seu outro elemento, acima examinado, qual seja, o poder de exploração do serviço público, o que demonstra mais uma interligação entre as relações estudadas neste trabalho.

As seguintes considerações completam, portanto, o exame da delegação que é objeto da *relação de concessão* e tratam do objeto da *relação de prestação*, que é configurada no bojo da primeira dessas relações, conquanto seja executada na segunda.

2.3.2.1. - Características da prestação de serviço público e a particularidade de seu regime jurídico

Como observa **Renato Alessi**, o conceito de *prestação*, entendido em seu sentido técnico-jurídico, vincula-se à existência de uma *relação jurídica* concreta entre dois sujeitos, da qual a *prestação* constitui *objeto*⁸³.

Nesse sentido, *prestação* é a conduta necessária para cumprimento da *obrigação* atribuída ao sujeito passivo da correspondente relação jurídica, com o fim de satisfazer a pretensão do titular do *direito subjetivo* em função da qual a relação jurídica foi constituída, por isso ser denominado seu sujeito ativo⁸⁴.

⁸³ O conceito de *prestação* adotado pelo autor citado expressa-se nos seguintes termos, cf. pág. 28 de sua *Le prestazioni amministrative rese ai privati*: “Invero, il concetto di **prestazione**, inteso in senso técnico, si collega essenzialmente con la sussistenza di un concreto rapporto giuridico intercorrente tra due soggetti, del quale rapporto la prestazione costituisce appunto l’oggetto. **Prestazione**, infatti, in senso técnico, como si sa, è un’attività – naturalmente in senso ampio – **personale**, che un soggetto è tenuto a porre in essere a vantaggio di un altro soggetto, in virtù di un rapporto giuridico – rapporto di natura obbligatoria – intercorrente tra i due.” (destaques no original)

⁸⁴ Como mencionado no Capítulo 1º (v. pág. 42/43), a qualificação de um dos sujeitos de determinada *relação jurídica básica* como *ativo* ou *passivo* não implica que só titularize, respectivamente, posição jurídica de vantagem ou desvantagem. Trata-se de simplificação

Em virtude do já aludido caráter *concreto e individual* das relações jurídicas⁸⁵, a *prestação* é sempre dirigida a *sujeitos determinados*⁸⁶, o que restringe as considerações deste trabalho aos denominados serviços públicos *uti singuli*, assim entendidos os que são fruídos individualmente, como, p. ex, o fornecimento de água, luz, telefone e transporte coletivo.

Não se trata, portanto, de restringir o próprio conceito de serviço público aos que são fruídos *uti singuli*, mas de integrá-lo ao conceito de *prestação*, a fim de que por meio dele se possa examinar o fenômeno intrinsecamente jurídico pertinente aos *serviços públicos*, ou seja, *tomá-los como objeto de relações jurídicas*, na linha de estudo proposta por **Alessi** e adotada neste trabalho⁸⁷.

De tal corte epistemológico não se deve extrair que o desenvolvimento de serviços públicos *uti universi*, assim entendidos os que são fruídos coletivamente, v.g., iluminação, varrição e conservação de vias e equipamentos públicos, não possa ensejar a constituição de *relações jurídico-administrativas* em que os cidadãos figurem como titulares de *direitos subjetivos públicos*, para além dos que se referem ao exercício e movimentação dos mecanismos de *controle objetivo*.

utilizada para designar como sujeito *ativo* aquele que é titular do interesse que determinou a constituição da correspondente *relação jurídica básica*, deixando a qualificação de *passivo* para o outro.

⁸⁵ O caráter necessariamente *concreto e individual* das relações jurídicas foi abordado nos itens 3 e 4 do Capítulo 1º.

⁸⁶ Conquanto possa haver indeterminação do sujeito no momento em que a prestação é abstratamente prevista, seu desenvolvimento concreto se fará, necessariamente, perante sujeito determinado.

⁸⁷ Confirmam-se as palavras do autor citado, que foram determinantes para elaboração do presente trabalho: “*Che se, per contro, si vuol passare ad una analisi intrinseca e ad una giuridica ricostruzione del fenomeno dell’esplicazione del servizio, la nozione di **servizio** risulta di primo acchito del tutto inadeguata ed insufficiente, in quanto che il fenomeno in questione, intrinsecamente considerato sfugge del tutto alla nozione stessa, mentre esso può essere convenientemente analizzato e ricostruito soltanto sulla base della nozione di **prestazione**, instrinseco contenuto del servizio ed oggetto del rapporto giuridico sulla cui base giuridica il servizio stesso viene appunto esplicato. Ecco, pertanto, sotto quale profilo la nozione di **prestazione** deve valere ad integrare quella di **servizio**, ove vogliase giuridicamente analizzare e ricostruire il fenomeno intrinseco e concreto dell’espletamento del servizio. Ed infatti, noi troviamo che nel campo del diritto privato non si è creata alcuna **teoria dei servizi**, in quanto che il fenomeno dell’espletamento dei servizi veri e propri ha potuto e dovuto rientrare in quella che, sostanzialmente, è la teoria delle prestazioni private: aludo alla **teoria delle obbligazioni**, in base alla quale soltanto può essere analizzato e costruito il fenomeno dell’espletamento concreto del servizio ed il rapporto giuridico che vi si accompagna.*” (pág. 30/31 da obra citada – destaques no original)

Contudo, é de se reconhecer que as relações jurídicas referentes aos serviços *uti universi* derivam de eventual descumprimento dos *deveres jurídicos* a eles pertinentes⁸⁸, e não de seu desenvolvimento normal, como ocorre relativamente aos serviços *uti singuli*.

Emilio Betti destaca que o interesse do sujeito ativo nesse tipo de relação jurídica de caráter *pessoal*⁸⁹ só se satisfaz por meio do comportamento de outrem, que desenvolve a *prestação*, isto é, a atividade de *cooperação* devida ao sujeito ativo da correspondente relação jurídica⁹⁰.

Por tal motivo, o autor citado ressalta que, nesse caso, a *obrigação* do sujeito passivo é o *prius* da correspondente relação jurídica, enquanto que a expectativa do sujeito ativo é o *posterius*.

É dizer: o *direito* do sujeito ativo só se satisfaz plenamente com a prática da conduta a que o sujeito passivo está *obrigado*, o que acarreta certa dificuldade no caso de ser necessária sua execução forçada, porquanto dos limites ético-jurídicos de forçar o cumprimento de *obrigações pessoais* pode resultar a conversão da expectativa original na pretensão de receber a correspondente reparação pecuniária⁹¹.

⁸⁸ Como visto no Capítulo 1º, eventual descumprimento dos *deveres administrativos* correspondentes aos serviços públicos *uti universi*, aliado a prejuízos individualmente suportados por determinado cidadão, cujo interesse coincida com o interesse público associado ao serviço público coletivamente fruído, gera *direitos subjetivos públicos reacionais* ou, até mesmo, *direitos subjetivos plenos*.

⁸⁹ Ressalte-se, entretanto, que, na esteira de **Renato Alessi** (p. 36 e 37 da obra citada) e **Emilio Betti** (p. 16 da obra citada), entende-se que o elemento *pessoal* do conceito de *prestação* não implica, necessariamente, que a prestação seja executada pelo sujeito obrigado a desenvolvê-la, o que pode ocorrer, entretanto, caso se trate de obrigação *personalíssima*, em que o credor exige a execução direta da prestação pelo próprio devedor.

⁹⁰ Cf. página 16, de sua *Teoria Generale delle Obligatione*, Tomo I, da qual se destaca a seguinte passagem: “È comunemente riconosciuto che il contenuto economico sociale del diritto di obbligazione è, almeno in definitiva, l’interesse ad una prestazione altrui: prestazione, che ha per termine di riferimento una persona; per contro, contenuto del diritto reale è l’interesse ad una utilità (diritti reali di godimento), o ad un valore (diritti reali di disposizione), che ha per termine di riferimento la cosa stessa da cui l’utilità deve ritrarsi o su cui il valore deve realizzarsi. Dal che deriva che nel rapporto di obbligazione l’interesse dell’avente diritto è destinato a realizzarsi, come prima abbiamo precisato, per mezzo di un intermediario, attraverso un comportamento altrui, un’attività di cooperazione; laddove nel rapporto di diritto reale l’interesse del titolare è destinato a realizzarsi immediatamente, senza intermediari, e se mai, per l’attività del titolare stesso.”.

⁹¹ Em célebre debate travado com Francesco Carnelutti, **Emilio Betti** sustenta haver nexo de identidade intrínseco entre *obrigação* e *responsabilidade*, porquanto, em que pese a distinção conceitual entre a relação jurídica de direito *substantivo* e *processual*, ambas repousam sobre

Por estar diretamente relacionada à satisfação do interesse do sujeito ativo da correspondente relação jurídica, a noção de *prestação* associa-se à prática de *condutas que ampliam sua esfera jurídica*, sendo incabível cogitar de *prestação* cujo efeito jurídico precípua seja restritivo face ao detentor do direito subjetivo de pretender sua boa execução⁹².

Afinal, quem *presta* oferece, com perdão da redundância, préstimos a alguém, isto é, uma *utilidade*, que satisfaça necessidade ou comodidade *visada pelo sujeito ativo da correspondente relação jurídica*, o que, entretanto, não significa dizer que dela não lhe resultem a atribuição de certos *ônus e obrigações*⁹³.

Tal *utilidade* pode se consubstanciar no fornecimento de determinado *bem*⁹⁴, hipótese na qual a *prestação* corresponderá a uma *obrigação de dar*, ou, na prática ou abstenção de certa *atividade*, caso em que corresponderá a *obrigações de fazer ou não fazer*⁹⁵.

Como ora se trata de *prestação de serviço*, a correspondência se dará necessariamente com *obrigações positivas de fazer*, porquanto *serviço* não se dá, faz-se, mediante a prática de certa *atividade de cooperação*, e não de uma *abstenção* ou *tolerância* da conduta de outrem⁹⁶.

base jurídica comum, o que derivade serem destinadas ao mesmo escopo econômico-social (v. prefácio e páginas 7 à 27 do Tomo II da obra citada).

⁹² Tal característica distingue a prestação de serviço público do exercício da atividade de *polícia administrativa*, eis que, na primeira, a administração pública oferta utilidade pública visada pelo outro sujeito da correspondente relação jurídica, por isso se dizer que tem caráter ampliativo relativamente a ele; enquanto que, no exercício da atividade de polícia administrativa, a administração pública impõe o cumprimento de ônus ou sanções ao outro sujeito da correspondente relação jurídica, por isso se dizer que tem caráter restritivo relativamente a ele, embora o exercício de tal atividade consubstancie utilidade pública, *uti universi*, como destaca **Celso Antônio Bandeira de Mello**, à pag. 830 de seu Curso de Direito Administrativo.

⁹³ Nesse sentido, confira-se o que diz **Otto Bachof et al.** (à pagina 58, de Direito Administrativo, vol. 1): “*Também a “Administração de prestação” conhece coacção e ingerência. Pensemos na imposição de deveres resultantes da qualidade de membro ou da imposição de disciplina institucional. Desde logo, as prestações podem reflectir-se de forma ingerente, por só serem garantidas sob determinados pressupostos limitativos ou afectarem terceiros.*”.

⁹⁴ No sentido de *coisa* ou *direito*.

⁹⁵ Sobre a possibilidade de que a prestação consista em uma omissão ou abstenção, v. **Karl Larenz**, em Derecho de Obligaciones, Tomo I, pag. 17.

⁹⁶ Nesse sentido, decisão proferida no RE 116.121, pela qual se afastou a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN sobre a *locação*, justamente porque o locador

Em se tratando da *prestação de serviço público*, a *atividade de cooperação* a ser desenvolvida resulta na oferta de certa *utilidade material* ao sujeito ativo da correspondente relação jurídica.

Isso porque, embora tal prestação envolva também a prática de *atos jurídicos*, do que o já mencionado ato jurídico-administrativo de admissão do usuário para obter e utilizar o serviço por ele almejado é exemplo, a prática de *atos jurídicos* na prestação de serviço público tem mero caráter instrumental, porquanto sua finalidade é a oferta de *utilidade material*, e não *jurídica*⁹⁷.

Quanto à *especificidade* e *divisibilidade*, requisitos que o artigo 79 do Código Tributário Nacional estabelece para a cobrança de taxas, considera-se que (i) a *divisibilidade*, assim entendida, nos termos de referido dispositivo legal, como a *divisibilidade subjetiva* do fornecimento, é necessária para a configuração jurídica da *prestação* de qualquer serviço público, em razão do prestígio que se confere à acepção técnico-jurídica do conceito de *prestação*, enquanto objeto de uma relação jurídica *concreta e individual*, na esteira do corte sugerido por **Renato Alessi**; e que (ii) a *especificidade*, assim entendida, nos mesmos termos, como a que recai sobre o *objeto* da prestação, é, com efeito, requisito necessário para a *cobrança de tarifa*, a qual nem sempre se verifica na prestação de serviço público sob regime de concessão, embora, ocorra na ampla maioria dos casos.

Sobre a *especificidade* ou *divisibilidade objetiva*, segundo a nomenclatura adotada no Código Civil (cf. Capítulo V do Título I, que trata das modalidades de obrigações), vale dizer que não se trata de característica propriamente jurídica, mas, sobretudo, de ordem natural e econômica (cf. art. 258 do CC), e, agrega-se,

não titulariza obrigações positivas de *fazer*, mas de *dar* e *tolerar*, razão pela qual não se configura a prestação de serviço que constitui hipótese de incidência do ISSQN.

⁹⁷ Tal característica diferencia a prestação de serviço público da *prestação de serviço notarial e de registro de atos civis*, assim como da *prestação jurisdicional*, que da primeira se distingue por várias outras características jurídicas, até porque se encarta em função estatal distinta, tanto no que se refere às características jurídicas dos atos por meio da qual se desenvolve (v. pág 36 do Curso de Direito Administrativo de **Celso Antônio Bandeira de Mello**), quanto no que se refere à sua finalidade direta (v. pág. 173 à 176 dos Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, de **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**).

técnica, pois os avanços tecnológicos e barateamento das soluções já desenvolvidas tornam divisíveis o que antes não se supunha ser.

Diga-se, ainda, a título de considerações gerais a respeito da prestação de serviços públicos, que, a despeito da *obrigação de oferta contínua* atribuída a seu prestador, sua fruição pode ser *contínua*, v.g., fornecimento de energia elétrica, mas, também, *instantânea*, como ocorre, p. ex., em relação ao transporte coletivo de passageiros.

Pois bem. No Brasil, por força do previsto no artigo 175 da Constituição da República, as *obrigações positivas de fazer* vinculadas à *prestação de serviço público* são incumbência do *poder público*, do que resulta sua pertinência à *função administrativa*, propriamente dita⁹⁸.

Nesse sentido, as seguintes palavras de **Dinorá Adelaide Musetti Grotti**⁹⁹, “*Trata-se de atividades de titularidade do Poder público, que não se desnaturam quando sua execução é delegada a particulares, pois a Constituição fixa um vínculo orgânico com a Administração, ao dispor, no “caput” do artigo 175, que incumbe ao Poder Público a prestações de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.*”

Com efeito, a prestação de serviço público no Brasil vincula-se à administração pública, em seu sentido orgânico, procedimental e finalístico, e dessa pertinência de referida prestação à *função administrativa*, decorre o *caráter administrativo do regime jurídico que governa referida prestação*, bastante distinto do regime jurídico que incide sobre as relações jurídico-privadas, ainda que a personalidade jurídica do prestador seja de tal natureza.

Conforme mencionado no Capítulo 1º, *toda e qualquer atividade desenvolvida pela administração pública sofre o influxo de normas jurídicas de*

⁹⁸ Em virtude do sentido técnico jurídico do conceito de *função*, a saber, *desenvolvimento de atividade em interesse de outrem*, consideramos que apenas as atividades assim desenvolvidas enquadram-se no conceito estrito de *função administrativa*, cf. exposto em nosso “Importância da noção de parte para o conceito de função administrativa”, publicado na RTDP 37/2002. Tal concepção coaduna-se às considerações de **Ruy Cirne Lima** (cf. pág. 12 de sua A relação jurídica) e **Otto Bachof et al.** (cf. pág. 41 e 42 de seu Direito Administrativo, vol. 1) em torno do sentido mais técnico que atribuem ao conceito de *administração*, como *atividade vinculada a um fim superior à vontade de quem a executa*. É com base em tais fundamentos que os autores citados, destacam o *caráter objetivo da função administrativa*.

⁹⁹ Às pág. 89 de seu O serviço público e a constituição brasileira de 1988.

Direito Administrativo, quando menos no que se refere às limitações decorrentes do princípio da indisponibilidade do interesse público, que disciplinam, sobretudo, as *condições de validade* dos atos jurídicos pertinentes.

Não obstante, admite-se que o *conteúdo e efeitos jurídicos* de alguns atos praticados pela administração pública sejam precipuamente regidos pelo Direito Privado¹⁰⁰, quando estiverem associados a seus próprios interesses enquanto sujeito de direito - os denominados *interesses públicos secundários* a que nos referimos no Capítulo 1º -, os quais se referem basicamente à atividade de organização dos meios necessários para o desempenho das atividades finalísticas que, por força de lei, deve desenvolver.

Todavia, a *regra geral* é que *toda vez que a administração pública atue no exercício de função administrativa*, propriamente dita, isto é, diretamente voltada à satisfação de *interesses públicos primários*, sua atuação *será regida por normas próprias*, especialmente concebidas para esse fim, a saber, as *normas jurídicas de Direito Administrativo*¹⁰¹.

¹⁰⁰ Nesse sentido, **Celso Antônio Bandeira de Mello**, à pág. 383 de seu Curso de Direito Administrativo, em que se refere aos atos praticados pela administração pública regidos pelo Direito Privado, destacando que: “o *Direito Administrativo só lhe regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos.*” Tendo essa distinção de regime jurídico e a outra de ordem finalística apontada na nota de rodapé nº 98, tais atos não se enquadram, a nosso ver, no conceito de função administrativa propriamente dita.

¹⁰¹ Acerca dessa *regra geral* aplicável à ação administrativa, confira-se o que diz **Renato Alessi**, à pág. 83 de sua Le prestazioni amministrative rese ai privati: “è il diritto pubblico amministrativo che deve considerarsi “*ius commune*” dello Stato e degli enti pubblici”, assim como **Otto Bachof et al.**, à pág. 274 da obra citada: “Porque o direito público é um direito especial para o exercício do poder público, existe, assim, inversamente, uma **presunção no sentido da aplicação do direito público** sempre que um sujeito da Administração Pública tenha agido no âmbito dos seus poderes de autoridade ou lhe deva ser imputada a actuação de uma pessoa privada.” (destaques no original), e, ainda, **Eduardo Garcia de Enterría et. al.**, à pág. 47/48, de seu Curso de Derecho Administrativo, Tomo I: “Para resolver correctamente el problema planteado más atrás hay que comenzar reconstruyendo La definición ya dada del Derecho Administrativo: Derecho próprio o estamental de unos sujetos singulares, las Administraciones Públicas. En efecto, si se parte de esta definición y se tiene en cuenta que el Derecho Administrativo no es otra cosa que el Derecho común de la Administración Pública como tal sujeto singular, habrá que conenir em que tal Derecho se aplica a La Administración siempre y por principio, salvo quando actué es su condición genérica de sujeto sometido a los Derechos generales.” E depois, à página 51, “Hechas estas aclaraciones, puede decirse ya que, en el ambito del Derecho patrimonial, la utilización por la Administración de formas y técnicas de Derecho privado tiene normalmente el mismo carácter instrumental que antes hemos visto a propósito del Derecho de organización. La utilización del Derecho patrimonial privado por La Administración Pública es una utilización técnica, en cuanto este Derecho ofrece esquemas técnicos objetivos susceptibles de ser usados en vista de la consecución de los

Em nosso ordenamento jurídico, a *regra geral* de que se aplica o *Direito Administrativo* ao exercício de *função administrativa*, com perdão pelo pleonasma, encontra-se plasmada na Constituição da República que faz alusão às principais atividades pertinentes à *função administrativa* propriamente dita, a saber: (i) intervenção na propriedade e liberdade dos indivíduos; (ii) prestação de serviços sociais¹⁰²; (iii) prestação de serviços públicos de modo direto ou indireto; (iv) intervenção direta na economia; (v) regulação econômica; (vi) fomento de atividades de relevância pública desenvolvidas pela iniciativa privada; dentre outras.

Do modo pelo qual tais atividades são atribuídas à administração pública, tem-se que há tarefas que lhe são *típicas*, pertinentes a atribuições que lhe são próprias, v.g., a regulação econômica e prestação de serviços público (cf. arts. 174 e 175 da Constituição da República); e tarefa que desenvolve de modo *atípico*, isto é, excepcionalmente, por não se tratar de campo que lhe é próprio, a saber, a intervenção direta na economia (cf. art. 173 da Constituição).

fines propios del sujeto....En el campo de la organización la Administración Pública cuenta con una cierta libertad (dentro de los límites legales, por ejemplo, lo que establece la LOFAGE) para optar entre las técnicas de Derecho Privado y las técnicas de Derecho Público que tiene a su disposición, entanto que en el ámbito del Derecho patrimonial carece, por lo general, de esa libertad y tiene que someterse, como regla general, a una norma de Derecho Público o a una de Derecho Privado. Así, por ejemplo, en ciertas materias (contratos de obras y servicios), la Administración Pública no puede contratar conforme a las reglas del Derecho Privado, sino que tiene que sujetarse a las del Derecho Administrativo y realizar preceptivamente contratos administrativos.”

¹⁰² Embora a prestação de serviços públicos e serviços sociais por parte do Estado submetam-se ao mesmo regime de direito público característico da função administrativa, por isso serem tratadas sob o mesmo nome por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, a distinção é relevante para os fins deste trabalho, em razão da diversidade de *regime que governa a prestação de tais serviços pela iniciativa privada* e do caráter distinto das delegações a ela conferidas, que, *no campo dos serviços sociais não têm o caráter translativo* característico da concessão e permissão de serviço público, de modo que os particulares que tenham recebido “delegações” do Estado para desempenho de atividade social o fazem em *caráter complementar, e não substitutivo a ele*, lembrando-se, entretanto, que mesmo no caso das concessões e permissões de serviço público, a atuação privada substitui apenas a atividade de prestação, cabendo ao concedente o exercício de todos os deveres pertinentes a sua titularidade sobre o serviço. Não há, portanto, divergência de fundo em relação ao pensamento do autor citado, que diferencia serviços públicos de serviços sociais, mas diz que quando prestados pelo Estado constituem serviço público, em razão da semelhança de regime jurídico, o que também reconhecemos. Trata-se, na verdade, de mera questão terminológica que para nós é importante porque enfocamos a prestação de serviços públicos sob regime de concessão, o qual sequer se aplica aos serviços sociais.

De se notar que a dicção do artigo 173 já se inicia com ressalva e menção a que a atividade nele mencionada *só* será *permitida* sob certas hipóteses¹⁰³; já os artigos 174 e 175 referem atribuições das quais a administração pública não pode, sob qualquer hipótese, eximir-se de desenvolver constantemente, porquanto o artigo 174 a qualifica como sendo *o* agente normativo e regulador da atividade econômica e determina que *exercerá*, na forma da lei, as atividades pertinentes¹⁰⁴; enquanto o artigo 175 *incumbe-a* da prestação de serviços públicos, responsabilidade que permanece sua, ainda que o faça sob regime de concessão e permissão¹⁰⁵.

Ora, desses mesmos dispositivos constitucionais se extrai também que *o regime corrente de exercício da função administrativa*, isto é, aquele que, *em regra*, aplica-se a sua atuação, *é o regime jurídico-administrativo*, eis que *quando trata de excepcioná-lo a Constituição da República o faz de modo expresso*, conforme se tem do inciso II do § 1º do artigo 173 da Constituição da República, por força do qual a atividade de intervenção direta do Estado na economia *submete-se ao regime próprio das empresas privadas*.

Evidentemente, não se deve tomar referido dispositivo constitucional como derogador de quaisquer normas jurídicas de Direito Administrativo no desenvolvimento de tal atividade, tanto é assim que o inciso III do mesmo dispositivo alude à necessidade de licitação, dentre outras regras e princípios que deixam claro que se submeterá aos controles e outras limitações de Direito Administrativo.

Contudo, é certo que as prerrogativas e privilégios conferidos à administração pública não se aplicam à sua intervenção direta no domínio econômico, o que resta plenamente justificado em razão do caráter também

¹⁰³ Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

¹⁰⁴ Art. 174. **Como agente normativo e regulador da atividade econômica**, o Estado *exercerá*, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (destaques nossos)

¹⁰⁵ Art. 175. **Incumbe ao Poder Público**, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (destaques nossos)

excepcional do próprio desenvolvimento de tal atividade por parte do Estado, nos termos em que claramente configurado pelo *caput* de referido dispositivo constitucional, e da abertura de tal atividade à iniciativa privada, conforme consta do artigo 170 da Constituição.

Da sistemática delineada na Constituição da República se extrai que *o tratamento jurídico que se deve outorgar à atividade de intervenção direta do Estado na economia é inconfundível com o que incide sobre a prestação de serviços públicos*, que é objeto de outro dispositivo constitucional, com dicção e conteúdo jurídico bastante diverso.

Como já visto, ao invés do caráter excepcional de atuação que caracteriza a intervenção direta do Estado na economia, a prestação de serviço público é configurada como *atividade típica da administração pública*, que poderá promovê-la por meio de terceiros, sob sua direção e intenso e abrangente controle, em razão da inafastável responsabilidade que detém quanto ao bom desenvolvimento de tal atividade, atribuída já no plano constitucional.

Assim, conforme resulta do tratamento de tais atividades por nossa Constituição, quem se dispõe a interpretá-la para lhe dar aplicação não deve tomar a prestação de prestação de serviço público como espécie de atividade econômica, razão pela qual *a exceção constitucional quanto ao regime incidente sobre a intervenção direta do Estado na economia não se aplica à prestação de serviços públicos*, ainda que tal atividade seja passível de gerar riqueza, ou seja, que do ponto de vista estritamente econômico possam ter algumas semelhanças.

Parece-nos, aliás, que a atribuição da incumbência de prestação de serviços públicos à administração pública, *a qual do ponto de vista material não implicaria o exercício de poderes de autoridade*, tem justamente a finalidade de submetê-la ao regime jurídico que lhe é próprio, natural e corrente, ainda que executada por meio de terceiros, sob regime de concessão ou permissão.

A necessidade de que a *prestação de serviços públicos pela iniciativa privada* sujeite-se à prévia licitação e às regras ditadas pelo concedente nos correspondentes “contratos” confere-lhe o poder de (i) *propiciar ou não o exercício* de tal atividade pela iniciativa privada; (ii) *exercer controle interno*

sobre o desenvolvimento de tal atividade, seja porque organiza sua prestação, seja porque pode alterar as condições de prestação, seja porque fiscaliza intensamente seu desenvolvimento; e, ainda, de (iii) *cassar a delegação que propiciava seu exercício*.

Diversamente, em relação às *atividades abertas à livre iniciativa*, cabe à administração pública exercer apenas *controle externo* de base legal e *fomentar* seu exercício, como se tem do artigo 170 e 174 da Constituição, que refere o caráter meramente indicativo dos planos econômicos elaborados pelo Estado.

Com efeito, em um País cujo modelo econômico funda-se na *livre iniciativa e concorrência*, a exclusividade conferida ao Estado para explorar atividades aptas a gerar riqueza só se justifica porque é a ele também que se atribui a tarefa de atuar com base nos seguintes objetivos: *I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (cf. artigo 3º da Constituição da República).

Cumprir esclarecer que não se trata de dizer que tais objetivos não devam ser também visados pela iniciativa privada, e muito menos que possa agir contrariamente a eles, mas, de acentuar que, para o Estado, esses são *objetivos fundamentais*, são eles, portanto, que legitimam sua atuação, o que, evidentemente, não se aplica à iniciativa privada, cuja atuação será legítima ainda que orientada à obtenção exclusiva de lucro, desde que não desrespeite tais objetivos, que, em geral, não correspondem às metas *fundamentais* de sua atuação.

Assim, sendo o Estado incumbido de buscar a realização de tais objetivos como fim precípua de sua atuação, é a ele que se atribui o papel de promover e organizar o funcionamento dos serviços públicos, *para que sejam orientados por tais objetivos*.

Acredita-se, à moda dos franceses, cuja cultura em relação aos serviços públicos é mais próxima da nossa do que a vivenciada pelos estadunidenses, que

tais serviços constituem mesmo fator de *coesão social*: suscitam interesse geral, por isso sua vinculação com o interesse público; sua abrangência, que o faz atrativo à iniciativa privada, propicia raras hipóteses de compartilhamento concreto de um mesmo bem por toda a sociedade, assim como sua ausência, quebra esse vínculo e gera o correto sentimento de exclusão¹⁰⁶.

Diga-se, por fim, que a organização e funcionamentos dos serviços públicos em torno de interesses distintos dos que podem mover seu prestador¹⁰⁷ resulta também do inciso II do artigo 175, da Constituição da República, o que deixa claro que a *exploração* de um serviço público não se *fundamenta* na aptidão que tenha para propiciar lucro a seu prestador, como ocorre em relação às atividades econômicas propriamente ditas.

Isso porque, nas precisas palavras de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, “*no serviço público – importa ressaltar – a figura estelar não é seu titular nem o prestador dele, mas o usuário. Com efeito, é em função dele, para ele, em seu proveito e interesse que o serviço existe.*”¹⁰⁸”

Diante do exposto, entende-se derivar de nossa Constituição que a regência básica e precípua incidente sobre a prestação de serviços públicos, inclusive sob regime de concessão e permissão, é composta por normas jurídicas concebidas para que por meio de tal atividade atendam-se interesses públicos, o qual corresponde ao regime comum de exercício da função administrativa, é dizer, *normas jurídicas de Direito Administrativo*.

¹⁰⁶ Nesse sentido, confirmam-se as seguintes palavras de **Cesar Guimarães Pereira**, às páginas 52/53 da obra citada: “*A posição jurídica do usuário reflete aspectos da cidadania, tanto no sentido funcional do serviço público, que se destina a incrementar o vínculo de integração entre o sujeito e a coletividade de que participa.*” (destaques no original)

¹⁰⁷ Acerca da distinção entre o fim do serviço público e o móvel que pode orientar seu prestador, confirma-se as seguintes palavras de **Roberto Dromi**, à página 828 de seu *Derecho Administrativo*: “*Apesar de su prestación por empresas privadas, no existen servicios público sin valores. El servicio público como prestación satisface una necesidad comunitaria; no está en el mercado solo por connotaciones pecuniarias y por la persecución de objetivos económicos. Su fin prevaleciente está dado por la eficaz satisfacción de necesidades colectivas. Así, se debe diferenciar el fin de servicio público del fin que persigue el prestador. Los valores del servicio público derivan de modo directo de los del Derecho administrativo, u se objetivan en el ordenamiento jurídico com propósitos a lograr en su realización.*” (destaques no original)

¹⁰⁸ Cf. pág. 671 da obra citada.

Com bem pontuado por **Romeu Felipe Bacellar Filho**¹⁰⁹, “*É com esse espírito – sob a influência do direito fundamental ao serviço público adequado – que deve ser levada a efeito a releitura dos artigos da Constituição brasileira que versam sobre os serviços públicos, notadamente em momento tão crucial, em que parte da doutrina brasileira levanta-se contra o caráter público do regime do serviço público e passa a defender e a desenvolver técnicas de transferência de execução do serviço a particulares que podem ser usadas como subterfúgio à fuga para o Direito Privado.*”

Discorda-se, portanto, do entendimento esposado por **Carlos Ari Sundfeld**, segundo o qual não se extrai da Constituição qualquer indicativo de que a prestação de serviços de titularidade estatal esteja submetida a regime jurídico merecedor do qualificativo *público*¹¹⁰.

Evidentemente, afirmar que a regência básica e precípua incidente sobre a prestação de serviços públicos é composta por normas jurídicas de Direito Administrativo, ramo do Direito *Público*, não é o mesmo que dizer a prestação de todos os serviços públicos submete-se às mesmas regras jurídicas, isto é, que exista um regime jurídico único de prestação, assim como não significa que da Constituição se extraia a definição integral do regime que lhe é aplicável¹¹¹.

¹⁰⁹ À pág. 15 de seu “A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil, em Serviços públicos: estudos dirigidos (coord. Romeu Felipe Bacellar Filho).

¹¹⁰ Confirmam-se as palavras do autor citado: “*A propósito, está em curso no Brasil um debate, um tanto surdo, quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações e energia elétrica, ser feita em regime privado, o que foi previsto nas leis de reestruturação, como intuito de introduzir a desregulação parcial desses setores (por meio de mecanismos como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a flexibilização dos preços, a ausência da garantia de rentabilidade etc.). Alguns de meus colegas consideram que isso seria contrário à Constituição, pois dela decorreria o caráter necessariamente público da exploração, por particulares, das atividades reservadas ao Estado. Esse argumento baseia-se na crença de que existiria, implícito nas dobras constitucionais, um regime jurídico único para a exploração de serviços estatais (que mereceria o qualificativo de “público”). Quanto a mim, não consigo, ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime único; o que encontro em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público.*” (pág. 33 de seu “Introdução às Agências Reguladoras”, em Direito Administrativo Econômico.

¹¹¹ Acerca da utilidade de compreensão sistemática das normas jurídicas, vale citar as seguintes palavras de **Gaspar Arino Ortiz**, às páginas 528/529 de seu Principios de derecho público econômico: “*Hemos visto que no hay un régimen jurídico uniforme del servicio público, pues cada servicio tiene sus propias reglas em multitud de aspectos (afectación de bienes, tarifas, caducidad, reversión, etc. Ahora bien, limitarse a constar esta realidad fragmentarizada del orden jurídico es renunciar a la construcción dogmática, y com ello hacer imposible la*

O que efetivamente se diz é que todos os serviços públicos submetem-se a certos princípios básicos de Direito Administrativo e que seu desenvolvimento é governado pela lógica peculiar por eles ditadas, a qual é distinta da que preside as atividades que os sujeitos desenvolvem em seu interesse particular.

O qualificativo *público* que se atribui a esse regime jurídico básico tem, portanto, a função de se opor ao qualificativo *privado*, para referir a base principal da regência que se aplica à prestação dos serviços públicos, que se estrutura em torno dos seguintes princípios específicos de índole constitucional, sem prejuízo dos demais princípios de Direito Administrativo, especialmente o da *preponderância do interesse público sobre o privado*: i) *obligatoriedade* e, portanto, *continuidade* de seu desenvolvimento por parte da administração pública ou de quem lhe faça as vezes, *sob regime de concessão ou permissão*, o qual propicia a conformação da prestação aos interesses públicos (cf. art. 175 *caput* e inciso I); ii) *universalidade* da prestação, que deriva da atribuição de atividade prestacional ao poder público, do rótulo a ela atribuído - *serviço público* -, da referência aberta aos *usuários* em geral, e da necessidade de formulação de uma *política tarifária* (cf. art. 175 *caput*, e incisos II e III); e iii) *mutabilidade*, que deriva da obrigação de *manter serviço adequado*, em virtude do que a administração pública implementar os ajustes para tanto necessários¹¹².

Em razão da já destacada importância do conceito de serviço público e do que atualmente se discute em torno dele, não se pode encerrar as considerações a respeito da prestação de serviço público sem tecer alguns comentários a esse respeito, oportunidade em que trataremos também das autorizações referidas nos incisos xx do artigo 21 da Constituição da República.

configuración de un régimen jurídico de base que permita la integración de las lagunas legales, que simepe son muchas e estos ordinamientos sectoriales. La necesidad de resolver problemas no previstos expresamente en la norma específica exige esa construcción.”

¹¹² Para exposição mais completa e aprofundada dos princípios especificamente aplicáveis à prestação de serviço público, v. **Dinorá Adelaide Musetti Grotti**, à pág. 260 à 299 da ob. cit.

2.3.2.2 - O conceito de serviço público e as autorizações operativas

A nosso ver, *serviço público* é o nome que se atribui a um *modo peculiar de prestação de certas atividades*, e não à própria atividade, em si mesma considerada. Trata-se de um *regime jurídico* de prestação que incide sobre determinadas atividades, como resultado de uma *decisão política*, plasmada em *lei*.

Tal consideração revela filiação à corrente doutrinária que privilegia a *acepção formal* do conceito de *serviço público* e negação de postura *essencialista* em relação a ele, o que resulta da constatação de que das características de certa atividade, isto é, de sua relevância social ou “essencialidade”, não deriva, direta e imediatamente, a incidência do *regime jurídico de serviço público*¹¹³, que, enquanto tal, só pode advir de *lei*, em sentido formal e material.

Tanto é assim que a mesma atividade pode ser desenvolvida por certo Município *sob regime de prestação de serviço público*, e não o ser, no Município vizinho, o que se verifica, p. ex., em relação ao serviço funerário, que é prestado como *serviço público* no Município de São Paulo, mas não o é, em diversos municípios do interior do mesmo Estado¹¹⁴.

¹¹³ Contra a adoção de tal postura *essencialista*, confirmam-se as seguintes palavras de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, à pág. 167 de sua *Natureza e regime jurídico das autarquias*: “*Pretender que certas atividades são “em si mesmas” serviço público significa que, consagradas ou não legislativamente como tal, assim devem ser havidas. Um conceito desta ordem não serve para o jurista. Reconhecer a existência de uma “natureza” de serviço público em certas atividades, pelo fato de que correspondem a necessidades coletivas e que via de consequência devem estar afetadas ao Poder Público ou submetidas a um regime especial não quer dizer que lhe estejam realmente afetadas ou se desenvolvam nos termos do direito administrativo. Noção desta ordem pode servir como diretriz programática para o legislador e nada mais.*”

¹¹⁴ **Antônio Carlos Cintra do Amaral** oferece-nos outro exemplo, que é, como diz, *bastante elucidativo* do que se acaba de dizer, conforme segue: “*O serviço de gás canalizado é considerado pela Constituição como “serviço público, de titularidade dos Estados, que podem explorá-lo diretamente ou mediante concessão (§2º do art. 25). Já o fornecimento de gás liquefeito de petróleo (GLP) inclui-se na categoria geral de “atividade econômica”, simplesmente regulada pelo Poder Público. É possível averiguar-se o que levou o Constituinte a essa distinção, identificando-se as razões de caráter histórico, econômico ou político que a motivaram. Juridicamente, porém, a distribuição de gás canalizado é “serviço público” e o fornecimento de GLP é a atividade econômica”, e é com essa realidade que lidam o cientista e o operador do Direito. Não teria sentido dizer-se que a distribuição de gás canalizado é, na sua “essência” ou “natureza”, um “serviço público”, enquanto o fornecimento de GLP é, na sua “essência” ou “natureza”, uma atividade econômica”. Revogue-se o §2º do art. 25 da*

No Brasil, a prestação de serviço público constitui atribuição da administração pública, que dela poderá se desincumbir por meio de órgãos ou pessoas jurídicas integrantes de sua organização ou permitir que pessoas jurídicas alheias a tal organização o façam, sob regime de concessão ou permissão, as quais atuam na condição de delegatárias da administração pública.

Sendo assim, ao conceito de serviço público, deve-se agregar também esse *elemento subjetivo*, porquanto *serviço público*, no Brasil, corresponde necessariamente a uma *prestação da administração pública ou de quem lhe faça às vezes*, o vínculo orgânico a que se refere **Dinorá Adelaide Musetti Grotti**¹¹⁵.

Contudo, a despeito de integrar o conceito de *serviço público* no Brasil, tal *elemento subjetivo* não é, em si mesmo, suficiente para que se identifiquem suas manifestações concretas, porquanto a administração pública e seus delegatários desenvolvem outros serviços que não se enquadram em referido conceito, como, por exemplo, os que se referem à atividade nuclear e à geração de energia elétrica.

Evidentemente, para que a prestação de determinada atividade seja juridicamente qualificada como *serviço público*, insta que se destine ao público em geral, e não a um grupo restrito de indivíduos, de modo que, tal *elemento material* também deve ser integrado ao conceito de serviço público, embora, à semelhança do *elemento subjetivo*, não seja, em si mesmo, suficiente para identificá-lo.

Isso porque, se é certo que todo serviço público seja *aberto ao público em geral*, nem todo serviço aberto ao público em geral configura-se como serviço público, do que são exemplos o fornecimento de gás liquefeito de petróleo e o transporte de pessoas por meio de táxis.

Tem-se do exposto que o elemento no qual o jurista deve se basear para identificar se está ou não diante de serviço público é, sobretudo, o *regime de prestação da atividade*, razão pela qual, em nosso entender, *cogitar da prestação de serviço público sob regime de direito privado constitui contra-senso lógico-*

Constituição e gás canalizado passa a ser “atividade econômica”.” (Comentário 000065, de 01/08/02, divulgada na página www.celc.com.br – destaques no original)

¹¹⁵ Pág. 89 da ob. cit.

jurídico: ou bem se trata de *serviço público*, assim adequadamente nomeado por se tratar de atividade prestada sob o correspondente regime jurídico básico, ou de *serviço público* não se trata.

Aderimos, portanto, ao entendimento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**¹¹⁶, no sentido de que “*como toda e qualquer noção jurídica, o conceito de serviço público só tem préstimo se corresponder a um dado regime, a uma disciplina peculiar; daí que só merece ser designado como serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível singularmente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de Direito Público, o regime jurídico administrativo.*”

Sem prejuízo do que se acaba de afirmar, é certo que alguns dos serviços referidos nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição da República desdobram-se em atividades com amplitude diversas, às quais a lei não atribui *regime de serviço público*, por não suscitarem interesse geral ou porque podem ser desenvolvidas em benefício do próprio sujeito que as desenvolve e grupos específicos de indivíduos a ele relacionados, as quais se sujeitam a *autorização* mencionada nos dispositivos constitucionais supra referidos porque podem interferir na prestação de serviços públicos ou porque têm certa relevância social.

É o que se passa, por exemplo, em relação ao serviço de transporte não regular de passageiros por meio de táxi-aéreo (cf. art. 220 da Lei 7.565/86), à operação de terminal portuário de uso privativo ou misto (cf. art. 6º da Lei 8.630/93), ao serviço de radiodifusão comunitária (cf. art. 6º da Lei 9.612/98), ao transporte rodoviário de passageiros sob regime de afretamento (cf. art. 14, III, b, da Lei 10.233/01), e à venda de energia elétrica não destinada ao público em geral, mas apenas a certa classe de usuários (cf. art. 11, parágrafo único, e 12 da Lei 9.074/95).

Nenhuma das atividades supra mencionadas é prestada *sob regime de serviço público*, seja porque se destinam a grupos restritos de pessoas, seja porque seus prestadores não se sujeitam a outros compromissos que caracterizam

¹¹⁶ Cf. pág. 673 de seu Curso de Direito Administrativo, destaques no original.

tal regime, como o fornecimento contínuo e dotado de certa regularidade pré-estabelecida pela administração pública.

No desenvolvimento de tais atividades, seus prestadores praticam preços que resultam de sua livre decisão; sujeitam-se integralmente ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei de Defesa da Concorrência; não atuam na condição de delegatários da administração pública e, tampouco, ensejam sua responsabilidade subsidiária; são autorizados a desenvolver tais atividades sem prévia licitação, salvo se houver limitação quanto ao número de autorizações passíveis de serem conferidas; e, ainda, não se lhes assegura, evidentemente, a preservação dos interesses econômico-financeiros que impulsionam sua atuação, até porque não têm compromisso de continuidade e não celebram contratos que possam assegurá-lo.

Em síntese: tais atividades não se enquadram no conceito de serviço público, mas sua relevância social e a interferência que seu desenvolvimento pode acarretar na prestação de serviços públicos impõem, de *antemão*, isto é, já no plano constitucional, sejam desenvolvidas mediante *autorização* da administração pública, que em relação a elas não exerce a função de poder concedente, embora seja certo que referida autorização lhe permita certo controle interno sobre seu desenvolvimento ao qual retornaremos logo mais adiante.

Assim, para nós, da interpretação conjugada do artigo 175, *caput*, e incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição da República, deriva que: a prestação de serviços públicos é incumbência da administração pública, que poderá desenvolvê-la sob regime de *concessão ou permissão*, mediante prévia licitação; já a *autorização*, referida nos incisos XI e XII do artigo 21, aplica-se a *atividades que não se enquadram no conceito de serviço público porque suscitam espectro restrito de interesse*.

Cumprido esclarecer que não se trata de admitir a *concomitância de regimes sobre uma mesma atividade*, isto é, que uma mesma atividade possa ser prestada sob regime de serviço público e, concomitantemente, sob regime de direito privado, como permite o artigo o inciso III do artigo 65 da Lei 9.472/97, pois cogitamos de atividades com abrangência diversas.

A despeito de ser admitida pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁷, a possibilidade de condicionar o desenvolvimento de certa atividade à licitação, para alguns, e dispensá-la para outros; impor certas obrigações para alguns, como p. ex. a de atender localidades distantes dos grandes centros e de se subordinar a certa regularidade, independentemente da lucratividade de tais prestações, e deixar que outros possam agir livremente, de acordo com o que seja mais lucrativo, *contraria, a nosso ver, o princípio da igualdade e com isso propicia concorrência desleal por envolver sujeitos que não se encontram sob a mesma situação jurídica.*

Como diz **Odilon Andrade**¹¹⁸, “*permitir que se faça concorrência a quem está preso por obrigações que lhe impedem a reação, é tão despropositado e tão injusto quando vedá-la em relação a quem está livre, porque em ambos os casos se fere, e do mesmo modo, o princípio fundamental da igualdade.*”, pensamento que o autor arremata com as seguintes palavras: “*sofre concorrência sem poder concorrer.*”

Assim, retornando à figura da *autorização*, conclui-se que sua precariedade e falta de regulamentação não se coadunam à prestação de serviços públicos, razão pela qual não se admite que possam servir de mecanismo para gestão delegada e translativa de compromissos tão relevantes, como nos parece resultar do artigo 175, *caput*, da Constituição da República, que alude apenas à *concessão e permissão de serviço público* e à necessidade de que estejam submetidas a um *regime*, evidentemente, compatível com a natureza jurídica da incumbência assumida.

Há de se entender, portanto, que a *autorização* será cabível nas hipóteses em que atividades pertinentes aos serviços referidos nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição da República possam ser prestadas a um círculo mais

¹¹⁷ A concomitância de regimes prevista pelo artigo 65, III, da LGT, foi considerada constitucional no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5, embora seja certo que o exemplo em que se baseou a fundamentação de referida decisão, qual seja, o uso de sistema de comunicação implantado pela Polícia Federal, no Alto do Juruá, no Amazonas, pela população local se aproxima bem mais dos exemplos supra mencionados do que da concorrência que se tentou implementar, sem êxito, por meio das empresas espelho da área de telefonia fixa.

¹¹⁸ Pág. 73 da ob. cit.

restrito de pessoas, e nos casos em que outra atividade pertinente ao mesmo serviço a que se refere tenha sido configurada como serviço público, *para que a lei não possa servir como instrumento de fuga do regime jurídico de direito público delineado por nossa Constituição.*

Não se trata, entretanto, da mesma *autorização* referida no parágrafo único do artigo 170 da Constituição da República porque incide sobre *atividades a serem exploradas pela União*, como resulta do artigo 21, *caput*, da Constituição, à semelhança do que se passa com a autorização referida nos §§ 1º e 3º do artigo 176 da Constituição.

Por tal motivo, a *autorização* referida nos incisos XI e XII do artigo 21 confere à administração pública poder de ingerência maior sobre o desenvolvimento da atividade, que se justifica por sua possível interferência na prestação de serviços públicos, embora em grau muito menor do que o controle que exerce sobre eles, em virtude dos compromissos que lhe são pertinentes.

Eduardo Garcia de Enterría¹¹⁹ refere-se a tal figura jurídica sob a rubrica de *autorização operativa*, para distingui-la das autorizações simples, nos seguintes termos: “*Las primeras (autorizaciones simples) se proponen únicamente controlar la actividad autorizada y, como mucho, acotarla negativamente dentro de unos limites determinados. Su ámbito más próprio es por ello el del orden público y las zonas más o menos próximas al mismo.*”; enquanto que, “*Las autorizaciones operativas, en cambio, sin renunciar a la función primaria de control, que también canalizan, pretenden ir más allá de ella, encauzando y orientando positivamente la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes o programas sectoriales, o bien, aunque de forma esquemática o, incluso, implícitamente, por la própria norma em cada caso aplicable.*”

Além disso, admite-se que a autorização possa servir como instrumento para prestação de serviços públicos em situações transitórias, nas quais se faça necessária para garantir a continuidade do serviço, na linha sugerida por **Clóvis**

¹¹⁹ V. pág. 136 de seu Curso de derecho administrativo, vol. II.

Bezno¹²⁰, que pontua também os contornos excepcionais de tais situações com os seguintes termos: “É claro que não se presta a **autorização** a substituir em caráter definitivo a outorga de concessão ou permissão de serviços públicos, **devem** os administradores da coisa pública lançar mão desse instituto se não puder a Pessoa Pública prestar diretamente os serviços.”

2.3.3 - Objeto da relação de garantia

O objeto dessa relação é a prática pelo poder concedente dos atos de conformação necessários para garantir aos usuários a prestação adequada do serviço público por parte da concessionária. É dizer, o exercício dos *deveres-poderes* inerentes a sua titularidade sobre o serviço, com vistas ao cumprimento da parte que lhe cabe na obrigação de *manter serviço adequado*, prevista no inciso IV do artigo 175 da Constituição da República.

Conforme mencionado no item 2.1.1.6 deste Capítulo, não se trata apenas de reparar os danos causados aos usuários em caso de insolvência da concessionária, mas de adotar certas condutas que impeçam sua concretização e assegurem aos usuários adequada prestação dos serviços públicos, o que exige da entidade concedente postura ativa e empenho para pleno atendimento dos direitos dos usuários, e não apenas a mera reparação advinda de sua violação.

É, afinal, para garantir a adequada prestação de serviço público sob regime de concessão aos usuários que o concedente poderá se valer do manejo das *prerrogativas administrativas* que têm, portanto, *caráter instrumental* em relação aos seguintes *deveres administrativos*: (i) *configurar as condições de prestação do serviço e de sua delegação à concessionária* (cf. art. 175, *caput*, da Constituição, e art. 23, I à XIV, da Lei 8.987/95); (ii) *readequir tais condições às cambiantes necessidades públicas* (cf. art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição, e arts. 9º, §4º, e 29, I, da Lei 8.987/95); (iii) *monitorar a qualidade de prestação do serviço e fiscalizar a atuação da concessionária, cabendo-lhe*

¹²⁰ À pág. 110 de “Transportes Coletivos”, em Interesse Público nº 15.

aplicar as sanções administrativas pertinentes (art. 37, §3º, I, e art. 175, parágrafo único, I, II e IV, da Constituição e arts. 3º; 29, II, VI, VII; e 30 da Lei 8.987/95), (iii) *intervir diretamente na prestação para o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço* (cf. arts. 32 à 34 da Lei 8.987/95); (iv) *declarar a caducidade da concessão por culpa da concessionária* (cf. art. 175, parágrafo único, I, e arts. 29, IV; 35, III, e 38 da Lei 8.987/95); (v) *encampar a concessão nos casos em que não se mostre mais conveniente e/ou oportuna a interesses públicos concretamente configurados* (arts. 29, IV, 35, II e §4º; e 37 da Lei 8.987/95); (vi) *assumir a prestação do serviço, podendo, para tanto, ocupar cautelarmente os bens a ela afetados* (cf. arts. 35, §§ 2º à 4º).

Bem de se ver que o *nomen iuris* atrelado aos mecanismos a serem utilizados para cumprimento de tais *deveres* revela bastante de sua natureza jurídica, porquanto *prerrogativas* são poderes jurídicos a serem exercidos em interesse alheio, *poderes-deveres*, cuja extensão é melhor compreendida com a inversão do binômio proposta por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, para o fim de destacar seu caráter cogente e instrumental.

Sendo assim, o descumprimento de tais *deveres-poderes*, por meio de práticas que os contrariem ou por sua omissão indevida, aliado a eventual lesão dos interesses dos usuários quanto à *adequada prestação dos serviços públicos*, bem¹²¹ que, além de se inserir na esfera de seus particulares interesses, é também objeto de interesse público juridicamente protegido, propiciam aos usuários o exercício de *direitos subjetivos públicos reacionais*, por meio dos quais poderão *se insurgir contra a prática de determinada conduta*, e, em alguns casos, *direitos subjetivos públicos plenos*, por meio dos quais poderão *exigir a prática de determinada conduta por parte do concedente*, de acordo com os fundamentos apresentados no Capítulo 1º¹²².

¹²¹ A expressão vai aqui utilizada na máxima amplitude de sua significação, abrangente de qualquer tipo de benefício almejado por um sujeito, conforme referido no Capítulo 1º, na parte pertinente aos direitos subjetivos públicos.

¹²² V. páginas 79 à 98.

Naturalmente, não se ignora que alguns desses *deveres-poderes* revestem-se de forte carga de discricionariedade que abrange boa parte de sua extensão, mas também é certo que tal fenômeno não se verifica em relação a todos eles, seja porque (i) *alguns não carregam qualquer carga de discricionariedade*, v.g., o dever de assunção imediata do serviço em caso de extinção da relação de concessão, previsto no art. 35, §2º, da Lei 8.987/95; seja em razão de que (ii) *a margem de discricionariedade prevista no plano normativo pode ter se esvaído à luz das circunstâncias concretamente aferidas*, p. ex., o dever de configurar serviço custeado por tarifas módicas, que certamente não terá sido atendido se boa parte da população a que o serviço se destina não puder fruir a correspondente prestação em razão do valor atribuído à tarifa; seja, ainda, porque, em relação a alguns deles (iii) *não há discricionariedade propriamente dita*, no sentido de não caber ao agente incumbido da prática de determinada conduta *avaliação* quanto à sua conveniência e oportunidade à luz dos interesses públicos que concretamente se apresentam, mas, tão somente, a *constatação* de certas condições de índole técnica, após o que se imporá a adoção de certa conduta, o que pode ocorrer, p. ex., em relação à aplicação de certas sanções administrativas.

Assim, conquanto se admita o *caráter enfraquecido dos direitos subjetivos públicos relativos a esses deveres-poderes que já nascem e permanecem sob o signo da discricionariedade propriamente dita*, de modo que em relação a eles caberá tão somente os *direitos subjetivos públicos reacionais*, não é esse o caráter dos direitos subjetivos relativos aos *deveres-poderes cuja conversão em obrigação depende apenas de constatações fáticas, de índole técnica ou não*, os quais possuem a nosso ver feição de *direitos subjetivos públicos plenos*, por força dos quais os usuários poderão requerer a prática de certas condutas pelo concedente.

De modo que, para além de poder invocar a *responsabilidade subsidiária do concedente por danos causados*, o usuário titulariza direitos subjetivos públicos por meio dos quais pode *impulsionar sua atuação*, bem como deduzir perante ele as *pretensões relacionadas à configuração do serviço*

público, sem prejuízo de que envolvam, também, a concessionária, como se verá no Capítulo 3º.

2.4 - CAUSA JURÍDICA

De acordo com o exposto no Capítulo 1º, a *causa* de uma relação jurídica é seu título jurídico originário, a qual é diversa para cada uma das três relações jurídicas em apreço, embora sejam interligadas de modo mais ou menos próximo, o que, à semelhança dos fatores de interligação entre os objetos e finalidades das três relações, revela a *coligação* existente entre elas.

Há *coligação* entre relações jurídicas quando, a despeito de sua autonomia estrutural, há um nexa jurídico de influência unilateral ou recíproco entre elas. Nas palavras de **Francesco Paulo de Crescenzo Marino** - que a despeito de se referirem à coligação contratual, podem ser ora aproveitadas para exposição do conceito em apreço -, "*Contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca.*"¹²³

As três relações jurídicas em apreço coligam-se por estarem atreladas a um mesmo fenômeno jurídico, qual seja, a prestação de serviços público sob regime de concessão, o que implica sua regência pelo mesmo conjunto de normas jurídicas, ainda que existam certas normas jurídicas que se apliquem individualmente a apenas uma ou duas delas.

Trata-se do que **Emilio Betti** denomina *coligação objetiva*, no seguinte sentido: "*seu nexa de recíproca interdependência, ou de dependência unilateral, pode, antes de mais, resultar, objetivamente, do próprio conteúdo econômico-social do respectivo regulamento de interesses. Quando, por ex., um dos dois negócios seja destinado a desempenhar uma função econômica de garantia ou*

¹²³ Pág. 99, de seu Contratos coligados no direito brasileiro.

*de execução, em relação ao regulamento de interesses estabelecido pelo outro.*¹²⁴”

Como se passa a expor, as *relações de concessão e prestação* têm por causa *atos jurídicos*, enquanto que a relação de garantia se instaura mediante a ocorrência de um *fato jurídico*, como se passa a expor.

2.4.1 - Causa da relação de concessão

A causa da *relação de concessão* é o *ato-união* que integra o *ato de outorga* por parte do concedente, o *ato-condição* de aceitação da outorga por parte da concessionária, e o *contrato* entre ambos.

Embora existam casos em que a união de todos esses atos se consubstancia integralmente no instrumento contratual da concessão, há outros, em que a assinatura de tal instrumento é precedida pela publicação do correspondente *ato de outorga*, o que torna ainda mais nítida a distinção dos dois aspectos da *relação de concessão*.

Vale dizer que, mesmo nesses casos em que o *ato de outorga* se expressa em veículo físico-material distinto do instrumento contratual, a *relação de concessão* só se instaura mediante a manifestação de vontade da concessionária em ingressar em tal relação, por isso ser denominada *ato-condição*, a qual invariavelmente se expressa por meio da assinatura que apõe no instrumento contratual.

Antes disso, instauram-se duas relações jurídicas entre as mesmas partes que repercutem sobre a constituição da *relação de concessão*, mas que com ela não se funde ou confunde: a relação entre a entidade ou órgão administrativo promotor do processo licitatório que precede a outorga da concessão e os licitantes, o que inclui a futura concessionária ou, mais precisamente, as pessoas jurídicas que constituirão a futura concessionária; e, depois dessa, a relação entre

¹²⁴ Cf. pág. 186 de seu Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo II.

a entidade ou órgão administrativo competente para a prática do ato de adjudicação e o adjudicatário.

A repercussão da primeira dessas relações sobre a relação de concessão advém de que será dela que resultará o outro sujeito com quem será celebrado o contrato de concessão, assim como o preço que a ele será integrado, e, além disso, eventual nulidade do processo licitatório compromete também a validade da *relação de concessão*.

A repercussão da segunda dessas relações sobre a relação de concessão deriva de que, normalmente, atribui-se uma série de obrigações ao adjudicatário que devem ser atendidas antes da celebração do contrato de concessão, tais como a constituição da empresa concessionária, a apresentação da garantia do contrato e dos seguros pertinentes a seu objeto, pagamento de custos relacionados ao processo licitatório, quando previsto no edital, e etc. Eventual descumprimento de tais obrigações, por culpa do adjudicatário, enseja a execução da garantia de proposta e o chamamento do segundo colocado no processo licitatório.

2.4.2 - Causa da relação de prestação

Como visto, é da *relação de concessão* que resulta a configuração do serviço que será fornecido pela concessionária e a delegação que propicia a instauração das *relações de prestação*.

Há, portanto, um *vínculo de derivação* da *relação de prestação* relativamente à de *concessão*, de índole *genética* e *funcional*¹²⁵, pois a influência da *relação de concessão* quanto à formação da *relação de prestação* abrange sua *instauração*, eis que sem a delegação por meio dela conferida à concessionária as

¹²⁵ De acordo com **Francisco Paulo De Crescenzo Marino**, a *coligação é genética* quando “um negócio exerce um ação (vinculativa ou não) sobre a formação de outro, porém a relevância jurídica desse coligamento não ultrapassa a fase de formação dos contratos sucessivos”, e há *coligação funcional* quando “um negócio influencia a relação nascida de outro negócio, sito é, atua no momento funcional e não somente naquele genético.” (cf. pág. 59 da ob. cit.)

relações de prestação não se constituíam, e também sua *conformação* inicial e permanente.

Contudo, embora seja certo que a *relação de prestação* só se instaura em virtude da *relação de concessão*, a causa imediata da *relação de prestação* não é o ato jurídico correspondente à *relação de concessão*, mas o *ato-união* que integra o *requerimento de acesso* do candidato à usuário, que só é dispensado no caso dos serviços de fruição compulsória imposta por lei, e o *ato de admissão* para fruição efetiva do serviço.

Ressalvada a exceção supra referida, o *requerimento de acesso* reveste-se do caráter de *ato-condição* para expedição do ato de admissão, e pode se manifestar sob forma escrita, v.g., o preenchimento de formulários; verbal, p. ex., a solicitação de tíquete para uso de transporte coletivo; ou por meio da prática de determinada conduta tida como suficiente para manifestar, de modo inequívoco, a vontade de fruir determinado serviço, como, p. ex., o uso de rodovia pedagiada.

Conquanto os requisitos de acesso aos serviços públicos sejam estabelecidos pelo poder concedente, nas *normas regulamentares do serviço*, a prática do correspondente ato de admissão cabe à concessionária e deve ser considerado *ato administrativo*, para todos os fins de Direito, inclusive no que se refere ao controle de sua validade.

Tais requisitos de acesso devem ser estabelecidos de modo claro e objetivo, tanto no que se refere a eventuais qualidades dos sujeitos que podem obter a prestação do serviço, quanto no que toca às condutas que devem ser desenvolvidas pelo *candidato a usuário* para que possa fruir o serviço, tais como pagamento de tarifas, eventuais adaptações necessárias para prestação de serviços em seu domicílio, manutenção de equipamentos aptos a medir o consumo do serviço, etc.

Contudo, a depender das características do serviço, é possível que caiba à concessionária alguma margem de apreciação da concessionária acerca da satisfação ou não dos requisitos de acesso por parte dos usuários, sem que lhe caiba, evidentemente, fazer qualquer juízo verdadeiramente *discricionário*, assim

entendido o que envolva valoração quanto à conveniência e oportunidade do ato de admissão do usuário ao serviço.

Haverá, quando muito, espaço para juízos de caráter técnico, e não político, que não devem ser confundidos com o exercício de discricionariedade propriamente dita, de índole política, embora configure o que usualmente se designa como *discricionariedade técnica*¹²⁶.

Nas hipóteses em que a margem de liberdade para apreciação técnica possa se confundir com aspectos pertinentes à conveniência e oportunidade do ato de admissão, a atividade a ser desenvolvida pela concessionária há de se restringir à manifestação de caráter técnico, cabendo à entidade concedente se pronunciar quanto aos demais aspectos envolvidos e expedir o correspondente ato de admissão, suspensão ou extinção, porquanto a delegação conferida à concessionária restringe-se ao desenvolvimento da prestação, sem que possa abranger juízos pertinentes aos interesses públicos.

2.4.3 Causa da relação de garantia

Diversamente do que se passa relativamente à causa das demais relações, a que se refere à *relação de garantia* não é um *ato*, mas, sim, um *fato jurídico*, que é a prestação do serviço público sob regime de concessão, o qual implica a instauração de relação jurídica entre usuário e concedente, por força do previsto nos artigos 175, *caput* e parágrafo único; e 37, §3º, da Constituição da República, assim como em diversos dispositivos da Lei 8.987/95, que tratam dos direitos que os usuários titularizam perante o concedente, *v.g.*, artigos 3º, 7º, incisos I à IV; 29 e 30.

Portanto, à semelhança do que ocorre entre *relação de concessão e prestação*, há um *vínculo de derivação* entre elas e a *relação de garantia*, pois essa só existe para garantir a adequada prestação do serviço objeto de concessão.

¹²⁶ Sobre a distinção entre discricionariedade propriamente dita e discricionariedade técnica, *v.* Renato Alessi, às páginas 128 à 133 da obra citada.

Note-se que, antes de usar e independentemente de que use ou não determinado serviço, os indivíduos têm todos os direitos pertinentes à sua qualidade de cidadão, o que inclui, mas não se restringe, a manifestação em audiências públicas em que se discuta a configuração inicial do serviço, assim como discutir suas alterações posteriores.

Contudo, é certo que o uso efetivo de determinado serviço expõe os cidadãos a situações jurídicas que não são produzidas em relação a quem não os utiliza e é, sobretudo, a respeito delas que se trata neste trabalho.

Como dito, a *relação de garantia* é mais específica que a relação de cidadania, embora com ela se comunique, sempre no sentido de ampliar, e nunca restringir, os direitos dos usuários.

2.5 – FINALIDADE DAS RELAÇÕES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB REGIME DE CONCESSÃO

As três relações jurídicas também se distinguem quanto à sua finalidade: (i) a finalidade da *relação de concessão* é promover e conformar a prestação de serviço público sob regime de concessão; (ii) a *relação de prestação* visa ao efetivo fornecimento do serviço público objeto da concessão por parte da concessionária aos usuários; e, (iii) a *relação de garantia* tem por fim assegurar a manutenção de serviço público adequado aos usuários por parte do concedente.

É de se notar que, em seu conjunto, as três relações jurídicas gravitam em torno do mesmo fato jurídico, cada qual com sua finalidade: promoção, conformação, execução e garantia de prestação adequada do serviço público objeto de concessão.

Note-se ainda que, nos três casos, o bem jurídico visado tem relevância coletiva, suscita interesse disseminado por toda sociedade, ou seja, trata-se de bem que é objeto de interesse público, em que pese o caráter individual da fruição do serviço público, que é configurado na *relação de concessão*, fornecido, por meio da *relação de prestação*, e, assegurado em sua adequação, através da *relação de garantia*.

É por tal motivo que, embora seja fruído de modo individual, o serviço público é coletivamente concebido, razão pela qual sua configuração pode não atender as expectativas individuais de cada usuário, pois pode ser, p. ex., que algum ou alguns deles desejem pagar mais para receber serviço com padrão de qualidade superior ao que lhe será efetivamente fornecido, em virtude de se ter privilegiado a universalização da correspondente prestação.

Assim, mesmo as *relações de prestação* não são constituídas para atender interesses individualmente considerados, mas conformados ao conjunto que constitui o *público* a que o serviço se destina, razão pela qual sua finalidade não deixar de ser a satisfação de interesse público, que recai sobre objeto – determinado serviço público - que suscita interesse geral dos membros de uma coletividade, dotado de caráter objetivo, que coincide, mas não se confunde com o interesse estritamente individual de cada usuário.

Tendo em vista que a finalidade da *relação de concessão* é propiciar e organizar a constituição das *relações de prestação*, consideramos mais correto entender que a *relação de prestação* é *complementar*, e não meramente *acessória*, à *relação de concessão*, embora à semelhança do que ocorre entre a relação principal e acessória, a alteração e extinção da primeira se comuniquem à segunda, sendo, entretanto, justamente nesse ponto que se enxerga a aludida distinção entre *acessoriedade* e *complementação*, pois a maioria das alterações na primeira destina-se à alteração da segunda, o que não se passa no vínculo entre relação principal e acessória.

Vale notar também que certas ocorrências pertinentes à *relação de prestação*, como a prestação desconforme ao estatuto do serviço, produzem repercussões sobre a *relação de concessão*, no bojo da qual serão aplicadas as sanções pertinentes.

Do mesmo modo, certas ocorrências pertinentes à *relação de garantia*, como o exercício dos *direitos subjetivos públicos* dos usuários de impulsionar a conduta do concedente, p. ex., para aplicação de uma multa à concessionária, também influenciam a *relação de concessão*.

Por isso há *vínculo de influência recíproca* entre as três relações jurídicas.

No que se refere à finalidade da *relação de concessão*, cumpre mencionar que, como o custeio de serviços públicos prestados sob regime de concessão normalmente recai sobre os próprios usuários, a administração pública pode agir com a finalidade de se desonerar dos investimentos e despesas a eles pertinentes, sendo essa, aliás, razão pela qual os economistas falam em *desestatização*, expressão que foi assimilada por nosso Direito positivo, a partir da edição da Lei nº 9.491/97, a qual revogou lei anterior que se valia da expressão *privatização* para fins semelhantes¹²⁷.

Em tais casos, a validade da *relação de concessão* dependerá de que os interesses secundários da administração pública não comprometam os interesses públicos primários, pois, em hipótese contaria ter-se-á a configuração de *desvio de finalidade*.

A experiência mostra serem melhor estruturadas as concessões que resultam de decisão política baseada na *convicção* de que, no caso concreto, a concentração do ônus de custeio do serviço apenas em seus usuários é mais justa do que partilhá-lo por toda sociedade, diversamente do que ocorre quando tal decisão política se funda apenas na *necessidade* de angariar recursos para realização dos investimentos e custeio das despesas pertinentes.

A mesma lógica se aplica, a nosso ver, ao debate em torno da constitucionalidade ou não das *concessões onerosas*, isto é, daquelas em que a concessionária paga pela outorga - o chamado ônus da outorga ou ônus da concessão - do poder de explorar o serviço público objeto da concessão, hipótese expressamente admitida pelo artigo 15, II, da Lei 8.987/95.

No entendimento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**¹²⁸ e **Maria Sylvia Zanella di Pietro**¹²⁹, referido dispositivo legal propicia o desvirtuamento

¹²⁷ Vale referir que em nosso Direito positivo tal expressão é utilizada tanto para designar a *alienação* de ativos do Estado, quanto para nomear as *concessões e permissões de serviço públicos*, em relação às quais *não há transferência de propriedade* da administração pública para a iniciativa privada, mas apenas da execução de serviço que é de sua competência, situações que, a despeito de serem absolutamente distintas do ponto de vista jurídico, são rotuladas com a mesma expressão, como se tem do artigo 2º, §1º, *b*, da Lei 9.491/97.

¹²⁸ Cf. pág. 716 à 717 de seu Curso de Direito Administrativo

¹²⁹ Vide páginas 125 à 128 de sua Parcerias na Administração Pública.

da finalidade do instituto da concessão de serviço público, tendo em vista que o concedente se apropriará do ônus da concessão que recairá sobre o valor a ser cobrado dos usuários.

Conquanto concordemos com os autores citados quanto à repercussão do ônus da concessão no valor da tarifa, dele não extraímos que a outorga de concessões onerosas sejam forçosamente inconstitucionais, embora, sem dúvida, *só se deva admiti-la de modo excepcional e apenas nos casos em que não se trate de serviços imprescindíveis à parcela de nossa população com baixo poder aquisitivo.*

Isso porque, o ônus da concessão - que não necessariamente se consubstancia em pecúnia, pois há casos em que se atribui à concessionária a realização de determinada tarefa sem que dela possa extrair alguma remuneração – pode ser configurado como mecanismo que propicia melhor distribuição de custos, onerando quem pode pagar mais e reduzindo, ou até mesmo eliminando, a tarifa de quem paga menos.

Assim, a depender da configuração e peculiaridades concretas do serviço objeto de concessão, o ônus da concessão pode, p.ex., se converter na obrigação atribuída à concessionária de construir uma ponte que seja utilizada por todos os moradores de determinada cidade, sem a cobrança do que seria o correspondente pedágio, o qual seria, no entanto, cobrado dos usuários de rodovia que se inicia após a travessia da ponte e que conduza a algum famoso balneário freqüentado por pessoas com alto poder aquisitivo.

Nesse caso, o pagamento de tarifa na qual se encontra embutido o ônus relativo à construção da ponte restaria, a nosso ver, plenamente justificado, de modo que, a despeito, do caráter excepcional já assinalado, *não consideramos que se deva afastar peremptoriamente a possibilidade de outorgas onerosas, sendo inadmissível, no entanto, a utilização de tal expediente com fins*

*meramente arrecadatórios*¹³⁰, que constitui o principal alvo das judiciosas críticas formuladas pelos dois autores supra citados.

¹³⁰ Esse parece ser também o entendimento de **Carmem Lúcia Antunes Rocha**, em seu Estudo sobre as concessões e permissões de serviço público no direito brasileiro, do qual consta, à pág. 71, a seguinte passagem: “*Essa cobrança, igualmente não acertada normativamente para todas as concessões, mas autorizada legalmente para que venha a ocorrer em certos casos onde o interesse público específico objetivamente o determinar, resultará na definição de prestação remuneratória a ser imposta ao concessionário, a título de pagamento pelo seu direito à exploração do serviço público concedido. Essa prestação caracterizará, então, tal como posto na lei, a onerosidade da concessão.*”

CAPÍTULO TERCEIRO

CONTÉUDO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB REGIME DE CONCESSÃO

Expostas as distinções e interligações quanto aos *pressupostos* das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão, assim como sua *natureza jurídica*, cabe examinar, neste Capítulo, seu outro *elemento*, isto é, o *conteúdo* de tais relações.

O *conteúdo normativo* que as *relações de concessão e prestação* carregam em seu próprio corpo e que rege também a *relação de garantia* por força de lei, já foi objeto de exame no item pertinente à *natureza jurídica* de tais relações, que consta do Capítulo 2º.

Trata-se agora das posições jurídicas engendradas pelas relações jurídicas que se desenvolvem em seu interior mediante a configuração concreta dos fatos jurídicos previstos em tal conteúdo normativo e nas demais normas que integram o *estatuto do serviço*, assim como do conteúdo mais enxuto da *relação (eficacial) de garantia*.

3.1 - Núcleo de conteúdo básico das diversas relações jurídicas que se desenvolvem no bojo da relação de concessão

Como dito, a configuração dos fatos jurídicos previstos nos preceitos regulamentares e contratuais da concessão origina a constituição, modificação ou extinção de diversas relações jurídicas que se desenvolverão no bojo e ao longo da *relação de concessão*.

O caráter geral do presente trabalho, aliado à especificidade de conteúdo inerente à cada *relação de concessão*, não autoriza qualquer pretensão de expor,

de modo abstrato, todas as posições jurídicas que serão atribuídas aos respectivos sujeitos por meio de relações jurídicas concretas, como referido no Capítulo 1º.

Parece-nos, entretanto, que a maior parte dessas *relações intrajurídicas* pertinentes à cada *relação jurídica básica* de concessão gira em torno do exercício do *poder concedente*, que se manifesta inicialmente com a outorga da correspondente concessão, e, posteriormente, na intensa e abrangente “regulação” que incide sobre a prestação de serviços públicos concedidos.

Além desse núcleo do qual emanam diversas relações intrajurídicas pertinentes à *relação de concessão*, há outro que corresponde à contrapartida do exercício concreto do *poder concedente*, nos casos em que de sua manifestação resulte desequilíbrio da equação econômico-financeira do respectivo contrato, qual seja, os deveres referentes à recomposição do equilíbrio anteriormente configurado.

Trata-se, em primeiro lugar, das relações jurídicas que dizem respeito à intensa e abrangente “regulação” advinda do *poder concedente* - expressão ora utilizada em seu sentido objetivo -, e, depois, das que se referem à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público.

3.1.1 - Distinção entre regulação econômica e controle interno derivado do poder concedente

A intensidade e abrangência da “regulação” que incide sobre a prestação de serviços públicos concedidos deriva de que a entidade concedente não se desvincula da incumbência que lhe foi atribuída pela Constituição, ainda que seu cumprimento tenha sido delegado a uma concessionária (ou permissionária) de serviço público.

Em outras palavras: a entidade concedente permanece titular do *poder concedente*, referido no artigo 175 da Constituição Federal, o qual não se esgota

na atribuição das obrigações pertinentes ao dever de prestação de um determinado serviço público à concessionária, mas se exerce ao longo de toda duração da *relação de concessão*, até que sua extinção imponha novamente à entidade concedente a decisão de realizar diretamente tal prestação ou de constituir uma nova *relação de concessão* com o mesmo propósito da anterior.

Bem de ser ver, portanto, que a “regulação” derivada do exercício de poder concedente não se confunde com a *regulação econômica*, referida no artigo 174 da Constituição Federal, o que recomendaria até mesmo chamá-la por nomes distintos, o que só não se faz em razão do uso corrente da expressão *regulação* para designar também o controle que a entidade concedente exerce sobre a atividade desenvolvida pela concessionária.

Como observa **Maria Sylvia Zanella di Pietro**¹, o vocábulo *regular* pode ser utilizado em sentido amplo, designando a *disciplina de uma determinada situação por meio de regras*, de modo que, em tal acepção ampla, *regular* significa estabelecer regras, *independentemente de quem o faz*.

Há, entretanto, um sentido mais estrito, pelo qual a expressão *regular* está associada às regras gerais e abstratas que não sejam expedidas pelo Poder Legislativo, isto é, os *regulamentos*, mencionados, p. ex., nos artigos 49, IV, 84, IV, 103-B, §4º, I; 105, § ún., I; 111-A, §2º, I; e 130-A, §2º, I 84, IV, da Constituição. Em tal acepção mais estrita, *regular* significa *regulamentar*.

Contudo, se examinarmos o sentido que nosso Direito positivo atribui ao vocábulo, tomando-se especialmente para esse fim o artigo 174 da Constituição Federal, *constataremos que regulação não deve ser tomada como sinônimo de regulamentação*, tendo em vista que o referido dispositivo constitucional, além de falar em atividade normativa e reguladora, refere ainda as atividades de *fiscalização, fomento e planejamento*, no caso, econômico.

Além dessas atividades, a autora citada, agrega mais uma, que é a de manter e restabelecer o funcionamento regular e equilibrado da atividade regulada, sentido em que a expressão *regular* se aproxima de *regularizar*.

¹ Às páginas 188 à 198 de sua Parcerias na Administração Pública.

Assim, poderíamos dizer que, em seu sentido estrito, *regulação* é a atividade de *regulamentação, planejamento, fomento, fiscalização e regularização do funcionamento* de determinado setor de atuação da administração pública².

Pois bem. Em que pese a aplicação do conceito supra referido tanto à *regulação dos serviços públicos concedidos*, que se fundamenta no artigo 175 da Constituição, quanto à *regulação econômica*, fundada em seu artigo 174 e que é exercida sobre a economia em geral ou sobre setores econômicos específicos, há, entre elas nítida *distinção jurídica*.

Antônio Carlos Cintra do Amaral³ aplica tal distinção às agências reguladoras, diferenciando as que regulam: (i) *atividade econômica*, como é o caso da ANVISA e ANS; (ii) *monopólio da União*, caso da ANP, e (iii) *serviço público*, caso da ANATEL, ANEEL e ANTT⁴.

Trata-se, com efeito, de distinção que só é perceptível para quem examina as características jurídicas de ambas atividades administrativas, pois ao leigo poderia até parecer que são idênticas, conquanto qualquer pessoa, ainda que desprovida de formação jurídica, mas dotada de alguma capacidade de

² Por tal motivo, o conjunto de normas jurídicas que regula um determinado setor de atuação da administração pública, dentre eles, a prestação de serviços públicos, corresponde ao que se chama de seu *Direito Regulatório*, o qual é composto por normas de natureza e efeitos jurídicos distintos e que se apresentam sob as mais diversas formas, desde normas gerais e abstratas de caráter legal ou regulamentar a atos que aparentam ser individuais, mas que produzem efeitos sobre um número indeterminado de indivíduos que não figuraram como partes desse ato, como são os anexos e algumas cláusulas dos contratos de concessão, e atos que são de fato são individuais e concretos, mas que ganham dimensão de escala, em razão da reprodução constante da situação jurídica a que se aplicam. A unidade entre elas deriva de serem organizadas e sistematizadas em torno da matéria sobre a qual incidem.

³ Cf. “Regulação – Marcos Legais e Investimentos”, comentário publicado no site www.celc.com.br em 01/06/2005. Especificamente no que se refere à distinção entre regulação de serviço público e a regulação econômica, vale citar as seguintes palavras do autor: “Costuma-se falar, genericamente, em “agências reguladoras”, sem se fazer uma distinção essencial à adequada compreensão do assunto. Não se percebe que não há **um**, mas **três** tipos de “agências reguladoras” no Direito Brasileiro.” (em: “Observações sobre as agências reguladoras de serviço público”, comentário publicado no site supra mencionado em 15/03/2003)

⁴ Observe-se apenas que também pode caber às agências reguladoras de serviços públicos regular algumas atividades econômicas, como, por exemplo, o transporte de cargas, pela ANTT, a atividade de auto-produção de energia pela ANEEL, e os serviços de telecomunicações móvel especializado (SME), pela ANATEL.

observação, possa constatar que *a regulação incidente sobre os serviços públicos é muito mais abrangente e intensa da que se faz sobre as demais atividades.*

O fundamento jurídico de tal distinção é que, no Brasil, a titularidade dos serviços públicos foi atribuída ao poder público, que tem, quando menos, o dever de promover sua adequada prestação e de assegurá-la, o qual se desdobra nos deveres mencionados no item 2.3.3 do Capítulo 2º.

Quando regula atividades cuja responsabilidade/titularidade não lhe foi atribuída, a situação jurídica tanto do poder público quanto de quem as desenvolve é bastante diversa, pois não há em relação os compromissos inerentes à prestação de serviços públicos.

Como visto no Capítulo 2º, a intensidade e abrangência da regulação que recai sobre essas outras atividades, sempre menor do que a incidente sobre serviços públicos, varia conforme se trate de atividades totalmente abertas e livres à iniciativa privada ou de atividades cujo desenvolvimento depende de licença, credenciamento ou autorização do poder público, o qual vincula seu exercício a determinadas condições, seja em razão de sua utilidade seja por força do impacto social que produzem, o que abrange desde as atividades de educação e cultura, às atividades financeiras e o transporte coletivo de pessoas em táxis.

Note-se, entretanto, que mesmo nessa última hipótese das atividades sujeitas a autorização do poder público, em que a intensidade e abrangência da regulação é maior do que a referente à atividades cuja iniciativa é totalmente livre, *não há delegação*, quem as desenvolve não assume obrigações atreladas a deveres que foram atribuídos à administração pública e dos quais não pode, ainda que queira, desvincular-se, dado seu caráter cogente. Por tal motivo, a intervenção do poder público sobre elas não será, evidentemente, a mesma que exerce quando se trata da prática de atividades cuja titularidade e responsabilidade são suas.

A diferença acima aludida desdobra-se em uma série de outras e explica, p. ex., a maior abrangência do poder normativo e conformador relacionado à prestação de serviço público, o qual, diversamente do que é exercido sobre as

demais matérias, não se restringe a ser mero desdobramento, seja em caráter secundário ou terciário, das leis⁵, que traçam diretrizes gerais sobre tais prestações, mas, evidentemente, não tratam de seu conteúdo específico, o qual, como já visto, se encontra nessas *normas regulamentares do serviço*, vazadas no instrumento contratual da concessão e nos demais regulamentos a ela aplicáveis.

Trata-se, portanto, de distinção jurídica de extrema importância dada as conseqüências jurídicas dela decorrentes, a qual deve ser de pronto reconhecida por quem examina as características jurídicas das atividades de regulação.

3.1.2 - *Caráter objetivo e regulamentar das prerrogativas administrativas e a discussão acerca de sua discricionária inserção nos vínculos administrativos*

Esclareça-se, antes de mais nada, que embora tratemos das *prerrogativas* pertinentes à regulação da prestação de serviço público concedido no capítulo dedicado ao conteúdo de tais relações, tais prerrogativas não são, em si mesmas, *posições jurídicas subjetivas* atribuídas à entidade concedente em virtude da *relação de concessão*, tanto de seu ponto de vista formal quanto material.

O exercício das *prerrogativas administrativas* incide sobre a *relação de concessão* e, na maioria das vezes, cria, altera ou extingue relações jurídicas que se desenvolvem em seu interior, mas elas próprias não derivam e tampouco se encontram em seu conteúdo, pois o que nele se encontra são apenas seus efeitos.

Figure-se, por exemplo, a *potestade* de fiscalização da prestação do serviço público. Seu exercício cria *relações jurídicas* em que a entidade concedente passa a ter o *direito subjetivo* de obter determinada informação, no prazo previsto na norma regulamentar da concessão pertinente ao caso concreto,

⁵ Para maior aprofundamento que consideramos impertinente ao tema, v. nosso “Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle)”, publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo - REDAE nº 2, disponível no sítio eletrônico www.direitodoestado.com.br.

e, a concessionária, a *obrigação* de apresentar a informação solicitada no prazo assinalado, sob pena de aplicação de determinada sanção.

Pense-se também em exemplo referente à *prerrogativa* de alteração unilateral das normas regulamentares da concessão. Seu exercício provoca a alteração de determinada regra, o que pode ou não produzir uma *relação jurídica*.

Se a manifestação concreta de tal *prerrogativa* corresponder a hipóteses previstas nas normas jurídicas aplicáveis à concessão, consubstanciará fato jurídico gerador de uma relação jurídica – *intrajurídica*, que se desenvolverá no bojo da correspondente *relação jurídica básica de concessão* - por meio da qual se atribui à concessionária o *direito subjetivo* à revisão necessária para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, e, à entidade concedente a *obrigação* de promovê-la.

Tais *prerrogativas* não são, portanto, *direitos subjetivos* da entidade concedente - conquanto alguns chamem sua forma jurídica de *direitos potestativos* -, e a situação jurídica que lhe corresponde é a *sujeição geral*, objetivamente estabelecida, e não uma *obrigação*, a qual, no entanto, poderá emergir de certa *relação jurídica*, a depender da configuração concreta do exercício de tal *prerrogativa* e do tratamento que as normas da concessão lhe conferem.

Como observa **Eduardo García de Enterría**⁶, os *poderes* que correspondem ao conteúdo material das ditas “cláusulas exorbitantes” (alteração unilateral de certas regras para melhor execução do serviço, mediante revisão do preço avençado, fiscalização, previsão de sanções, intervenção e extinção unilateral) não diferem muito dos que são exercidos por outros sujeitos a quem se reserve a direção e controle interno da execução de contratos de longa duração.

Assim, de acordo com o entendimento do autor citado, o que efetivamente singulariza tais *poderes* frente aos que se verifica em certas relações jurídico-privadas é o fato de estarem atrelados ao *privilégio da decisão unilateral e*

⁶ V. págs. 679 à 687 de seu Curso de Derecho Administrativo, vol. I.

*executória, prévia ao conhecimento judicial*⁷, o qual atua no plano formal, superior e supraordenado ao que próprio da atividade contratual, razão pela qual *não pode a administração pública influir ou limitá-las*⁸.

Reconhece-se, portanto, o já encarecido *caráter objetivo* das *prerrogativas administrativas* em geral⁹, que se verifica também no que se refere ao controle do poder concedente sobre a prestação dos serviços públicos, por meio de *potestades* que nada têm de contratual.

Trata-se de *prerrogativas*, isto é, de poderes exercidos em nome alheio, e não de *faculdades* conferidas no interesse de seu próprio titular; são *deveres-poderes*, passíveis de serem exigidos por aqueles em nome de quem são exercidos, cujo caráter *instrumental* é capturado no artigo 31 da Lei 8.987/95, que a eles se refere como “encargos”¹⁰.

⁷ Trata-se do *privilège du préalable* a que se refere **Maria Sylvia Zanella di Pietro** à pág. 186 de seu Direito Administrativo e demais atributos do ato administrativo - *presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade* - também apontados por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, após encarecer que sua justificação reside na qualidade dos interesses a serem providos pela Administração Pública, destacando que a utilização de tais prerrogativas “*só é legítima quando manobrada para a realização de interesses públicos e na medida em que estes sejam necessários para satisfazê-los. Exteriorizam bem sua posição de supremacia – a qual, em rigor, não é senão a supremacia dos próprios interesses públicos.*” (cf. pág. 418 e segs. do item pertinente aos *atributos dos atos administrativos* de seu Curso de Direito Administrativo).

⁸ Confirmam-se as palavras que sintetizam o pensamento do autor citado: “*De este modo es paladino que de lo que se trata cuando se invoca um “hecho del príncipe” modificador del contrato administrativo es de la aparición de potestades administrativas que se mueven en un plano superior y supraordenado al que es propio de la actividad contratual, potestades que ésta nunca ha podido influir o limitar y que pueden romper no solo los contratos de la Administración, sino también, y esto nos parece decisivo, los contratos ajenos o “inter-privatos” (también, pues, en los contractos “inter-privatos” se puede presentar con absoluta normalidad un “factum principis”: una expropiación, una alteración legislativa que haga legalmente imposible el cumplimiento, o que altere las bases del contrato, etcétera), así como cualquier outra situación jurídica positiva. La confusión há venido porque en los contratos administrativos se produce una identidad subjetiva entre la Administración como titular de esas potestades y como contratante, pero siendo evidente la diferente calidad con que actúa em uno y outro supuesto el equívoco puede deshacerse fácilmente.*” (cf. pág. 685 da ob. cit. – destaques nossos)

⁹ Vide item 9 do Capítulo 1º.

¹⁰ A despeito da correta associação com situações que não correspondem exatamente a vantagem conferida ao titular de tal posição jurídica, a figura jurídica do encargo alude a deveres que devem ser cumpridos para o fim de que seu titular possa usufruir de alguma vantagem, o que não se enquadra exatamente aos conteúdos referidos em dito dispositivo legal, que melhor se amoldam às prerrogativas.

Como encarecido por **Celso Antônio Bandeira de Mello**¹¹, o caráter instrumental de tais prerrogativas implica que sejam utilizadas quando necessárias para que a entidade concedente cumpra os *deveres* associados a seu *poder concedente*, razão pela qual a legitimidade de seu exercício depende de serem utilizadas para alcance de tal finalidade e na medida em que assim o sejam.

Assim, o uso abusivo de tais *prerrogativas*, por excesso ou outra forma de desvio de sua finalidade, deve ser anulado, assim como sua omissão indevida caracteriza o descumprimento de um *dever administrativo*, que poderá ser contrastado pelos cidadãos e outros órgãos de controle, e, em alguns casos, exigido, por meio de *direito subjetivos públicos*, como veremos adiante.

É esse uso deturpado das prerrogativas que incidem sobre a *relação de concessão* que leva alguns autores a propor o banimento das ditas “cláusulas exorbitantes” em alterações futuras da legislação que as institui e a interpretação restritiva de seu alcance, como fazem **Fernando Dias Menezes de Almeida**¹² e **Vera Caspari Monteiro**¹³.

Os autores citados encampam, com algumas ressalvas¹⁴, o entendimento de **Diogo Figueiredo Moreira Neto**, para quem se deve adotar uma “*opção*”

¹¹ V. nota de rodapé nº 7 deste Capítulo.

¹² V. “Mecanismos de consenso no direito administrativo”, em: Direito Administrativo e seus novos paradigmas (org. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto), do qual destacamos a seguinte passagem: “Assim, parece-me fundamental que a diretriz seja a de uma interpretação restritiva de seu alcance, tendo-se consciência de que: a) as cláusulas exorbitantes não decorrem do reconhecimento de um valor, nem de um poder específicos da Administração, em si superiores aos dos indivíduos, mas sim da necessidade de que a administração adequadamente desempenhe sua função social. De todo modo, é recomendável que a evolução legislativa rume para a mitigação, facultatividade e, enfim, abolição do regime das cláusulas exorbitantes, em especial no que diz respeito à possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos.” (pág. 345)

¹³ Cf. pág. 53 à 70 da tese de doutoramento da autora citada, intitulada A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/04, da qual se transcreve as seguintes palavras: “tem-se que cláusulas exorbitantes não devem ser fator uniformizador da relação contratual pública, mas, na expressão de Enterría e Ramón Fernandez, meras modulações contratuais, que são inseridas nos contratos sempre que o objeto contratado justificadamente o exigir. É a desmitificação da natureza exorbitante do contrato administrativo em prol do reconhecimento de uma relação contratual dialogada, marcada pela consensualidade e pela perda do autoritarismo gratuito.”

¹⁴ **Fernando Dias Menezes de Almeida** faz a seguinte ressalva à nota de rodapé nº 32, à pág. 345 do artigo supra citado: “Com a ressalva de haver situações que, até mesmos nos contrato

flexibilizante” das ditas cláusulas exorbitantes, a fim de que se pondere casuisticamente as vantagens e desvantagens de sua inserção em cada contrato¹⁵.

Pelo já exposto, discordamos integralmente da concepção de que as referidas prerrogativas seriam “*cláusulas discricionárias*”, no sentido de possam ser ou não inseridas nos contratos administrativos, porquanto, como visto, tais prerrogativas não têm, a nosso ver, natureza contratual, razão pela qual não se trata de inseri-las ou não no instrumento contratual, mas, sim, da aplicação de dispositivos legais a casos concretos.

Para nós, o exercício efetivo de referidas *prerrogativas* - e não as próprias, em si mesmas consideradas - poderá, esse sim, ser discricionário, porquanto há discricionariedade em relação à sua utilização no plano legal, geral e abstrato, em que são previstas, a qual, entretanto, diante das circunstâncias concretas pertinentes, poderá ser eliminada, seja porque o exercício de tais prerrogativas, face ao caso concreto, pode se impor como *dever objetivo* ou *subjetivo* da administração pública, seja porque, ao revés, sua utilização lhe será vedada por não se verificar a configuração concreta de seus pressupostos.

dito “privados”, justificam a rescisão por vontade de uma das partes. Sobretudo em matéria de cláusulas regulamentares da concessão de serviços públicos é necessário mais cautela.” (destacamos), e Vera Caspari Monteiro aduz a seguinte: “Assim, ainda que o contrato preveja procedimentos e ambientes próprios para o diálogo, eventual conflito entre o (interesse) público e o privado pode restar insuperável. Neste caso, não há como negar a existência de uma competência extracontratual da Administração para resolver o conflito de interesses (razão pela qual não se sustentou agora a pura e simples abolição do regime de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos). Mas a proposta, na forma apresentada no item 2 deste capítulo, é que o detalhamento do exercício dessa competência (que, por natureza, é unilateral e auto-executório) seja internalizado no contrato, para que ela possa, inclusive, ser precificada pelas partes contratantes.” (pág. 68/69 da ob.cit.)

¹⁵ Cf. pág. 585 de seu “O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos”, na obra supra citada, da qual se transcreve a seguinte passagem: “Embora, em princípio, seja até razoável o padronizarem-se algumas cautelas, não no será naquilo em que se negue à Administração a possibilidade de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes. Esta preferência pela escolha da técnica flexível da discricionariedade, em lugar da técnica rígida da vinculação, não encontra qualquer impedimento na legislação brasileira, pois essa imposição da generalização de cláusulas inafastáveis dos contratos administrativos não repousa sobre qualquer assento constitucional, senão que é de previsão meramente legal, nada impedindo, portanto que o legislador ordinário delegue ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas, depois de examinadas as hipóteses, caso a caso.”

Não bastasse a vedação jurídica de que se negocie a aplicação ou não de dispositivo legal, e ainda que relevássemos o cuidadoso alerta de **Alice Gonzales Borges**¹⁶ quanto ao terreno fértil para corrupção que tal hipótese propicia, parece-nos, ademais, de todo inconveniente atribuir ao agente público competente para celebração do contrato, situado em determinada época e face a certas circunstâncias facilmente alteráveis, a possibilidade de decidir que nunca, e sob qualquer hipótese, poder-se-á lançar mão de tais *prerrogativas* ao longo de toda a duração do vínculo celebrado pelo Estado.

Como tal situação não seria, a nosso ver, admitida – de fato, duvidamos que o poder judiciário se negasse a aplicar dispositivo legal expresso apenas porque um determinado agente convencionou não ser aplicável a determinado vínculo jurídico -, a proposta das “cláusulas discricionárias” não cumpre sequer seu próprio objetivo, qual seja, a de propiciar maior segurança jurídica, transparência e contratos mais econômicos por se ter eliminado fator quase que imponderável de risco¹⁷.

Isso porque, se a opção fosse por não inserir ditas cláusulas no instrumento contratual – a qual admitimos apenas para argumentar -, não se terá sequer a disciplina concreta e minuciosa das condições de seu exercício,

¹⁶ Conforme se tem da seguinte passagem, tirada da pág. 22 de suas “Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos”, in Contratos com o poder público: “*Que terreno fértil, com a devida vênia, contém tal discricionarietà, para a improbidade administrativa e para os conluios entre administradores e contratados! Nosso ilustre jurista [a autora refere-se à Diogo Figueiredo Moreira Neto] deveria estar sonhado com uma república de anjos.*”. Vale citar, ainda, outra observação da autora citada, com a qual concordamos integralmente: “*É preciso não confundir as aludidas prerrogativas, em si, com o seu uso por meio de práticas ilegais e abusivas, afinal, são prejudiciais ao interesse público desgastantes para os colaboradores do serviço, tais como pagamentos em atraso, as suspensões da execução das obras ou serviços por longos períodos, a sistemática recusa ao pagamento dos compromissos vencidos de gestões administrativas anteriores, etc.*” (p.23 da ob.cit.)

¹⁷ A nosso ver, a possibilidade abstrata de exercício de tais prerrogativas não chega, por si só, a encarecer o contrato. Isso porque, os ônus econômicos resultantes de seu exercício concreto não podem ser antecipadamente “precificados”, até porque, a despeito, de ser previsível, o exercício de tais prerrogativas tem sempre conseqüências incalculáveis, por não se saber qual sua extensão, efeitos e momento concreto de seu exercício. O que onera desmotivadamente a população é o uso eleitoreiro de tais prerrogativas, como ocorre freqüentemente, com a negativa de reajustes tarifários previstos nos instrumentos contratuais às vésperas de eleições, a qual, forçosamente, resultará no reequilíbrio por meio da postergação de investimentos que seriam necessários, aumento no valor das tarifas ou indenização sacada diretamente dos cofres públicos. Tudo isso para beneficiar o governante candidato, o que é, evidentemente, inadmissível.

aplicando-se pura e simplesmente as linhas gerais já previstas em lei, o que só agrava o risco atrelado às contratações públicas, propicia ações de indenização que tornaram o barato, caro, e, pior que tudo, enreda a consecução de interesses públicos concretamente configurados em toda essa teia de pendengas jurídicas.

Especialmente no que se refere às concessões de serviço público, tal proposta, com a devida vênia, não tem qualquer cabimento. Imagine-se se a alteração de determinada norma regulamentar da concessão que, na prática, tenha-se revelado favorável apenas à concessionária, depender de seu consenso para que possa ser reformulada....se a extinção da relação de concessão por culpa da concessionária tiver que aguardar o julgamento de ação judicial...se a entidade concedente não puder intervir na concessão em caso de má prestação do serviço público....

Note-se que a impossibilidade de exercício das correspondentes prerrogativas nestes casos inviabilizaria ou, quando menos, dificultaria sobremaneira o cumprimento dos deveres da entidade concedente quanto à garantia da boa prestação do serviço cuja gestão delegou à concessionária.

Conquanto acreditemos que nenhum dos autores citados defenderia a configuração concreta de situação semelhante à acima descrita e independentemente do mérito de nossa discordância, a proposta de haver discricionariedade quanto à inserção das tais “cláusulas exorbitantes” nos contratos administrativos propicia uso ainda mais deturpado das prerrogativas administrativas que lhe correspondem.

Não se nega, entretanto, que o exercício de *prerrogativas administrativas* não se coaduna a certos vínculos travados pela administração, como são, p. ex., os convênios, parcerias para fomento de determinadas atividades, certos credenciamentos, e contratos celebrados com a finalidade de atender interesses da administração pública, como o de locação, por exemplo.

Contudo, a nosso ver, a própria Lei 8.666/93 dá amparo ao entendimento de que tais prerrogativas podem não *cabem* em certos vínculos celebrados com a administração pública, se considerarmos, como aprendemos, que há relações

jurídicas travadas pela administração pública cujo conteúdo e *efeitos jurídicos* não são regidos por preceitos públicos, sem que deva deixar de frisar que suas condições de validade sempre o serão.

Assim, há de se entender que a extensa abrangência da Lei 8.666/93 tem a finalidade precípua de fazer incidir sobre quase todo e qualquer ajuste de que a administração pública seja parte condições para sua válida produção, mas que não se deve estender seus preceitos de direito público ao conteúdo e efeitos jurídicos a vínculos cuja finalidade não seja a consecução de interesses públicos primários, pois apenas sobre esses incidem as *prerrogativas administrativas*.

E, a nosso ver, o melhor caminho para evitar o uso abusivo das referidas prerrogativas é a de destacar sua finalidade e aplicar-lhes os mecanismos de controle já existentes, o que se verifica não estar ainda arraigado em sua prática.

No que se refere à *finalidade*, já se destacou ser *objetiva*, e não *subjetiva*, ou seja, as *prerrogativas* – como indica a própria nomenclatura – visam à concretização do *interesse público* propriamente dito¹⁸, em virtude do que não será válido o exercício motivado por *interesses subjetivos da administração pública* ou por outros que discrepem da *finalidade objetiva* que corresponde a sua razão de ser.

A validade dos atos administrativos em que tais prerrogativas se consubstanciam depende, à semelhança dos demais, de serem compatíveis aos princípios de Direito Administrativo, destacando-se, em especial, para os fins ora visados, a necessidade de que se subordinem ao *princípio do devido processo legal*, em sentido formal e material, de acordo com as seguintes palavras de **Carlos Roberto Siqueira Castro**¹⁹: “*O que se exige, pois, para satisfação do devido processo legal não é apenas um “procedimento” ou um conjunto seqüencial de atos judiciais*²⁰ *conducentes a um veredito final; exige-se, isto sim, um autêntico “processo”, com todas as garantias do contraditório e da defesa,*”

¹⁸ Conceito exposto e debatido no item 9 do Capítulo Primeiro.

¹⁹ À pag. 34, em Devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

²⁰ Embora o autor citado refira-se, nessa passagem, apenas aos atos judiciais, a aplicação do princípio do devido processo legal ao agir da administração pública é por ele destacada com as

Com efeito, além da necessária oitiva daqueles que são afetados por tais decisões, a validade de tais atos administrativos depende de que resultem e se integrem, efetivamente, em um processo, do qual constará todo *iter* procedimental que levou à administração pública a tomar determinada decisão.

Dentre os requisitos de validade desse processo figura, evidentemente, a *motivação* do ato final, a qual é indispensável em casos de prática de atos com aspectos discricionários similares aos que se verifica nos atos administrativos em que o exercício de tais prerrogativas se consubstanciam.

Tal *publicidade* é imprescindível para que se faça o adequado *controle* de validade do uso das prerrogativas administrativas por meio dos diversos mecanismos para tanto previstos e perante os órgãos de controle internos e externos da administração pública.

Ressalte-se que, conquanto defendamos que o restrito espaço reservado ao mérito dos atos administrativos discricionários²¹ não deva ser invadido por agente que não é o legalmente competente para a tomada da decisão, tal entendimento de modo algum implica que os atos administrativos discricionários, sobretudo eles, sejam insuscetíveis de controle jurisdicional, em que se examinará, dentre outros aspecto do ato, a relação de adequação, *razoabilidade e proporcionalidade*²², entre seus motivos e conteúdo, tendo em vista sua finalidade²³.

seguintes palavras: “*Em face das abundantes e cada vez mais complexas relações entre a sociedade civil e a Administração Pública, esta diluída através de todo gênero de manifestações por que se exterioriza o intervencionismo estatal na segunda metade do século XX, o instituto do “due process of law” encontrou nas searas do Direito Administrativo um campo extremamente fértil para a sua mais recente afirmação.*” (cf. pág. 335 da ob. Cit.)

²¹ Como alerta **Celso Antônio Bandeira de Mello**, in Discricionariiedade e Controle Jurisdicional, pág. 18, o mais correto seria falar em *ato administrativo praticado no exercício de apreciação discricionária de determinados aspectos do ato*, eis que não há atos administrativos integralmente discricionários, pois, quando menos, haverá vinculação quanto ao agente competente para sua prática.

²² Acerca do controle do exercício das prerrogativas administrativas fundado no princípio da razoabilidade, vale conferir as palavras de **José Roberto Pimenta de Oliveira**: “*A razoabilidade interfere, pois, diretamente na forma como a Administração dimensiona e realiza a medida concreta de interesse público capaz de justificar o exercício das atribuições ou prerrogativas funcionais. Está agregada ao núcleo da discricionariiedade existente no plano*

Registre-se também que, a depender das circunstâncias do caso concreto e da prerrogativa em questão, alterações promovidas com base no consenso entre os que são por elas afetadas será a melhor solução, desde que, evidentemente, não se comprometa o alcance da finalidade visada com o uso de tal prerrogativa.

Assim, para nós, deve-se exigir a adequada e virtuosa utilização das prerrogativas, sua processualização, motivação, publicidade e controle dos atos administrativos em que seu exercício se consubstancia, mas não propor sejam banidas de quaisquer vínculos celebrados pela administração pública, seja porque a solução não seria válida em nosso Direito Positivo, aumentando-se, portanto, o grau de insegurança jurídica relativo a seu manejo, seja porque há casos em que se impõe como única medida capaz de promover interesses públicos concretamente configurados.

3.1.3 - Direitos e deveres pertinentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

Como visto, a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro da *relação de concessão* é o objeto do contrato que a integra e deve ser extraído da configuração original das obrigações atribuídas à concessionária e dos elementos econômico-financeiros que constam da proposta que a concessionária apresentou na licitação da qual se sagrou vencedora, como se tem do artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

Embora seja direito da concessionária, que se subjetiva e concretiza mediante a ocorrência de certos fatos jurídicos referidos nas leis e nas *normas*

normativo, servindo de parâmetro positivo e negativo da apreciação comparativa que implica o exercício de qualquer esfera de autonomia decisória outorgada aos agentes administrativos. Sua função é impor um limite axiológico ao juízo discricionário do Administrador, o qual a norma jurídica autoriza e ao qual recorrer como meio necessário para obter a ótima concretização do interesse público, dentro das circunstâncias concretas enfrentadas pela autoridade.” (à pág. 183 de seu Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro)

²³ Aspecto que **Celso Antônio Bandeira de Mello** chama de *causa do ato administrativo*, conforme se tem às páginas 408 à 411 de seu Curso de Direito Administrativo.

contratuais da concessão, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nem sempre resulta em revisão que lhe favoreça, pois pode ocorrer fato jurídico que acarrete diminuição, e não acréscimo, dos custos relativos às obrigações que lhe foram originalmente estabelecidas.

Por esse motivo, o *dever* que o artigo 37, XXI, da Constituição e artigo 29, V, da Lei 8.987/95, atribuem à entidade concedente de manter o equilíbrio econômico-financeiro da *relação de concessão* tem espectro mais do que o correlativo *direito* da concessionária, que se concretiza ante a ocorrência dos fatos jurídicos previstos nas leis e *nas normas contratuais da concessão*, que podem impor revisão em seu favor ou desfavor.

O cumprimento de referida *obrigação* consubstancia-se na promoção de *reajustes e revisões*, nos termos previstos nas regras legais e *normas contratuais* da concessão, os quais, por sua vez, concretizam-se por meio de atos que integram processos administrativos distintos e inconfundíveis.

Uma vez configurados os fatos jurídicos nelas previstos, a concessionária passa a ter *direito subjetivo ao reajuste e à revisão*, conforme o caso, cujo reconhecimento poderá ser pleiteado ao poder judiciário, que, a despeito de não poder determinar o mecanismo a ser utilizado para promovê-lo, poderá imputar a correspondente *obrigação de fazer* à entidade concedente e valer-se de todos os mecanismos previstos em Direito para seu cumprimento.

Como cediço, o *reajuste* é mera atualização de preços e sua homologação é o ato culminante de um processo administrativo simples, caracterizado pela prática de condutas vinculadas ao estabelecido nas leis e normas contratuais da concessão, enquanto que os processos de *revisão* podem se revestir de maior complexidade e carga de discricionariedade²⁴.

As *revisões* podem ser *ordinárias*, nos casos em que as *normas contratuais* da concessão pré-estabeçam data-base para sua realização periódica – anual ou quinquenal ou ambas - ou *extraordinárias*, que deverão ser realizadas

²⁴ Nesse sentido, **Celso Antônio Bandeira de Mello**, à página 736 de seu Curso de Direito Administrativo.

a qualquer tempo ante a ocorrência de fatos imprevisíveis ou que tenham conseqüências incalculáveis.

As *normas contratuais* da concessão estabelecerão o objeto das revisões ordinárias e extraordinárias, salvo as que se referem a alterações unilaterais das *normas regulamentares* da concessão ou à estipulação de novos benefícios tarifários, as quais, por força de lei, serão sempre *extraordinárias*, eis que devem ser realizadas concomitantemente à ocorrência do fato jurídico que lhes deu causa, conforme se tem do artigo 9º, §4º, da Lei 8.987/95, e artigo 35 da Lei 9.074/95.

De modo geral, as *revisões ordinárias* têm por objeto valores que são constantemente auferidos ou despendidos pelas concessionárias e que devam ser considerados para fins manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos termos nele estabelecidos, como, p. ex., os ganhos econômicos que a concessionária obtenha com a redução dos encargos pertinentes aos financiamentos obtidos, ganhos advindos do aumento de produtividade e de *receitas paralelas* à prestação do serviço público concedido, assim entendidas as previstas no artigo 11 da Lei 8.987/95²⁵.

A despeito da inegável conveniência de realização simultânea dos processos de reajuste e revisão ordinária, pois o resultado da revisão poderá reduzir ou majorar o valor do reajuste a ser aplicado, o atraso na conclusão do processo de revisão não autoriza que se retarde a aplicação do reajuste na data-base prevista no contrato de concessão, razão pela qual, nas hipóteses em que isso ocorra, a revisão que retardou o reajuste deve contemplar também os efeitos econômico-financeiros daí advindos.

As *normas contratuais* da concessão devem pormenorizar os fatos jurídicos que ensejam a obrigação da entidade concedente de promover o reequilíbrio econômico-financeiro, assim como a metodologia, parâmetros, mecanismos e procedimentos a serem adotados, de acordo com as diretrizes

²⁵ Para maior aprofundamento acerca do objeto e limites das revisões, v. páginas 148 à 206 da tese de doutoramento de **Karina Houat Harb**, *A revisão na concessão comuns de serviço público*, e páginas 187 à 203 da obra *Tarifa nas concessões*, de **Jacinto Arruda Câmara**.

gerais estabelecidas em lei e na Constituição Federal, as quais passamos a considerar brevemente, com a finalidade exclusiva de precisar os contornos dos correspondentes direitos e obrigações.

3.1.4 - Efeitos jurídicos do regime da tarifa pelo custo ou tarifa contratada, moldura legal pertinente ao âmbito de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e mecanismos usualmente adotados para sua recomposição

Extrai-se do artigo 37, XXI, da Constituição, que a equação econômico-financeira deve ser mensurada de acordo com elementos que constem da proposta apresentada pela concessionária na época da correspondente licitação.

Trata-se, a nosso ver, de acolhimento da presunção de que a proposta vitoriosa contempla a melhor relação entre os encargos estabelecidos no edital e a remuneração a ser auferida pela concessionária, em razão da competição instaurada pela licitação que antecede a outorga da concessão, a qual nem sempre se verifica durante seu desenvolvimento.

Em nossa opinião, *referido dispositivo constitucional afasta a possibilidade de que os diversos elementos que compõem a equação econômico-financeira da concessão sejam todos pré-determinados pela entidade concedente*, como pode ocorrer no regime da tarifa pelo custo, em que a entidade concedente fixa tanto o valor da tarifa a ser cobrada quanto a margem do lucro – também chamada de Taxa Interna de Retorno ou TIR - a ser auferido pela concessionária.

Sendo, assim a constitucionalidade de metodologias de cálculo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão com base em parâmetros diversos dos que constam da proposta apresentada na licitação, como, p. ex., a criação de um fluxo de caixa marginal, há de se restringir a hipóteses de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão que

se adéqüem à tal sistemática, como a execução de novas obras, v.g., e não para toda e qualquer hipótese de reequilíbrio, sob pena de inconstitucionalidade, tendo em vista a clara dicção do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, no sentido de manutenção das condições da *proposta* apresentada na licitação²⁶.

No mais, inclusive no que se refere aos termos em que as condições efetivas das propostas serão mantidas, referido dispositivo constitucional faz remissão à legislação infraconstitucional, assim como também o faz o artigo 175 da Constituição, cujo inciso III, estabelece caber à lei dispor sobre *política tarifária*.

Em harmonia com a valorização da proposta vencedora da licitação prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição, o *caput* do artigo 9º da Lei 8.987/95 alberga a opção pelo regime da *tarifa pelo preço* ou *tarifa contratada*, ao invés do *regime da tarifa pelo custo*, previsto no Decreto 24.643/34, que é o Código de Águas.

Como mencionado no Capítulo 2º, o regime da *tarifa pelo custo* se caracteriza pela *fixação regulamentar*, e não contratual, *das tarifas*, porquanto o

²⁶ Nesse sentido, **Antônio Carlos Cintra do Amaral**, em parecer sobre o tema, *in Contratos de Concessão de Rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*, do qual se destaca os seguintes trechos: “*Respondo à questão proposta pelo autor [o autor refere-se a Adalberto Santos de Vasconcelos, que elaborou trabalho sob o título “O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais”, em que propõe a aplicação de “modelo dinâmico” para recomposição do equilíbrio econômico de tais contratos, o qual se caracteriza por adotar equação econômico-financeira adaptada à realidade econômica cambiante, ao invés do “modelo estático” em que se mantém a equação inicial resultante da conjugação do edital com a proposta do licitante vencedora] seria necessário alterar o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, que determina sejam “mantidas as condições efetivas da proposta” (grifei). Ter-se-ia, a seguir, que alterar o art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei 8.666/93 – aplicável às concessões de serviço público de acordo com o artigo 124 da mesma lei – que dispõe sobre o restabelecimento da “relação que as partes pactuaram inicialmente” (grifei), assim como dispositivos da Lei 8.987/95, sobretudo o §4º do artigo 9º, que fale em “inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (grifei) e o art. 10. Este, ao determinar que “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro” diz o óbvio, ou seja, **que a lei adota o modelo estático de equilíbrio.**” (pp. 115/116 – destaques no original). Concordamos também com a seguinte ponderação do autor citado: “Não me cabe opinar sobre qual modelo é o mais adequado. Esta questão extrapola os limites do conhecimento jurídico. Situa-se na esfera econômico-financeira. Sob a ótica jurídica, posso apenas afirmar que o Direito brasileiro adotou o “modelo estático”, pelo que a adoção do “modelo dinâmico”, tanto nos contratos em andamento quanto nos por celebrar, dependeria de reforma constitucional e legal. **Não poderia ser efetuada por decisão administrativa, infralegal.**” (pp. 114/115 do parecer citado - destaques no original).*

valor da tarifa a ser cobrada varia de acordo com o custo do serviço, apurado e estabelecido *pela entidade concedente*, que, em geral, fixa também a margem do lucro a ser auferido pela concessionária.

Conforme consta do artigo 9º da Lei 8.987/95, no regime da *tarifa contratada*, seu preço é preservado por meio de reajustes e revisões previstos em lei e nas *normas contratuais* da concessão, de modo que a tarifa não chega a ser imutável, pois sujeita às flutuações necessárias à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mas é menos flexível que a tarifa cobrada quando se adota o regime da tarifa pelo custo.

Não nos parece correto o entendimento de que referido dispositivo legal desça à minudência de estabelecer a aplicação do sistema de *tarifas-teto* ou que vede a adoção da *taxa interna de retorno* que resulta da proposta como parâmetro para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ou que indique qualquer outro parâmetro em seu lugar, como, p. ex., a criação de uma empresa ideal que sirva como modelo para mensuração de eventual desequilíbrio da concessão.²⁷

O que é, por óbvio, proibido é que se insira no âmbito da proteção do equilíbrio econômico-financeiro a própria ineficiência da concessionária, que não obteve o retorno esperado do negócio subjacente à concessão por tê-lo gerido mal.²⁸

²⁷ Discordamos, portanto, do entendimento de **Maurício Portugal** a respeito do tema, expresso nos seguintes termos, à pág. 41 de seu *Comentários à Lei de PPP*: “*Uma análise detida do art. 9º permite notar que ele manifesta uma preferência legal por um regime de “price cap”, pelo qual se estabelecem um teto tarifário e um deflator cujo objetivo é o de transferir para o usuário parcela dos ganhos de eficiência, em oposição a regime de garantia e limite de taxas de retorno (“rate of return regulation”), pelo qual o regulador garante uma taxa de retorno ao concessionário.*”

²⁸ Nesse sentido, confirmam-se as seguintes palavras de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, à pág. 743 da obra citada: “*não pode o concessionário esperar eximir-se da álea própria de qualquer empreendimento negocial sob genérica e abstrata invocação de um equilíbrio econômico-financeiro desvinculado do teor contratual. Ou seja: dito artigo [o autor refere-se ao artigo 10 da Lei 8.987/95] terá pretendido encarecer que a expressão “equilíbrio econômico-financeiro” não traz consigo uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos ou mesmo ao malogro de seu empreendimento pessoa quando, nos termos dantes mencionados, venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial.*”

No que se refere à extensão do *âmbito de proteção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão*, a Lei 8.987/95 faz expressa referência às *alterações unilaterais* promovidas pela entidade concedente (cf. §4º de seu art. 9º) e à criação de novos encargos legais, tributários ou não, ressalvados os que se refiram ao imposto de renda (cf. §3º do art. 9º), hipótese que corresponde ao que usualmente se chama de *fato do príncipe*²⁹.

A Lei 9.074/95 alude à estipulação de novos benefícios tarifários, a qual, entretanto, já se insere em uma das duas hipóteses expressamente previstas na Lei 8.987/95, porquanto a legítima estipulação de novos benefícios tarifários só pode mesmo advir de lei ou de ato administrativo da entidade concedente, acrescentando o referido dispositivo legal que, na primeira hipótese, a lei deve prever a fonte de custeio da correspondente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A Lei 8.666/93 refere, ainda, as hipóteses de *força maior e caso fortuito*, que devem ser disciplinadas nas *normas contratuais* da concessão, e indica o que tem sido adotado pela doutrina e jurisprudência pátrias como critério de interpretação para os casos de dúvida, que é a hipótese de *superveniência de fatos imprevisíveis ou, previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, configurando álea econômica extraordinária* (cf. art. 65, I, *d*).

Cabe avaliar se referido dispositivo legal também seria aplicável às concessões de serviço público, eis que, a despeito de não ter sido expressamente aludido na Lei 8.987/95, consta de diploma que se aplica subsidiariamente às concessões de serviço público por ela regidas.

²⁹ A expressão *fato do príncipe* é utilizada no art. 65, I, *d*) da Lei 8.666/93, que o trata como *evento extracontratual*. É, portanto, recomendável que não se use a mesma expressão para designar *eventos contratuais* que ensejam a recomposição da equação econômico-financeira, como é a alteração unilateral do contrato, que **Antônio Carlos Cintra do Amaral**, dentre outros, aloca na categoria de *fato da administração* (cf. pág. 75 de seu Concessão de serviço público). Conduto, entende-se ser mais acertado usar nomes diversos para designar a legítima alteração unilateral do contrato de outros eventos que contrariam as normas regulamentares da concessão, como, p. ex., a não obtenção de licença ambiental pela entidade concedente no prazo previsto no contrato. Na esteira da nomenclatura proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, preferimos chamar apenas esses últimos de *fato da administração* (cf. pág. 648 do Curso de Direito Administrativo), mantendo-se a referência à *alteração unilateral* das normas regulamentares da concessão para seu exercício legítimo.

Entende-se que sim, tal preceito se aplica também às concessões de serviços públicos, porquanto sua lógica não se coaduna apenas a contratos de desembolso e ganha especial importância em vínculos de longa duração, como são as concessões de serviço público.

No mais, observadas as regras legais, a configuração do que constitui álea econômica *ordinária* ou *extraordinária*, para fins de proteção determinada no artigo 37, XXI, da Constituição, há de ser concretamente pormenorizada nas *normas contratuais* da concessão, diante das peculiaridades de cada serviço, pois se, p. ex., as variações cambiais podem, em alguns casos, corresponder apenas a impacto econômico geral, a ser integralmente suportado pela concessionária, haverá outros, em que produzirão impacto específico bastante substancial sobre a prestação do serviço, razão pela qual atribuí-lo exclusivamente à concessionária, pode onerar sobremaneira o preço a ser ofertado e/ou comprometer a continuidade e adequação do serviço público concedido.

Tal especificação atrela-se a aspectos eminentemente econômico-financeiros da concessão, embora esteja, evidentemente, limitado pelos contornos legais pertinentes e princípios de Direito Administrativo, notadamente a razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista, dentre outros aspectos, que o objeto da concessão é a prestação de um serviço público, à qual também se aplicam os princípios previstos na Lei 8.987/95.

Com efeito, aderimos integralmente ao pensamento de **Antônio Carlos Cintra do Amaral**³⁰, no sentido de que “*não basta que ocorra o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. É necessário que ele resulte de um desses três fatos [o autor refere-se aos fatos da administração, fato do príncipe e teoria da imprevisão]. Em outras palavras: é necessário que o desequilíbrio seja qualificado pelo ordenamento jurídico. Ele pode existir sem que daí decorra um dever do contratante de recompor a equação inicial do contrato, e um correspondente direito do contratado a essa recomposição. O desequilíbrio é sempre econômico-financeiro, mas pode decorrer do **risco do negócio**, hipótese*

³⁰ À pág. 28 de seu “O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias”, em Contratos com o poder público (coord. por Sebastião Botto de Barros Tojal).

em que a concessionária não tem direito à revisão contratual, para estabelecer a equação econômico-financeira inicial. O desequilíbrio econômico-financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar o desequilíbrio jurídico.” (destaques no original)

O problema é que nem sempre os contratos contemplam a adequada disciplina da questão, lacuna que a experiência que vem sendo angariada com a prática das concessões tende a resolver. Em tais casos de baixa densidade da disciplina contratual a respeito do tema, a tarefa nem sempre fácil de aferir, diante do caso concreto, se o fato jurídico em questão situa-se fora ou dentro da álea ordinária pertinente à concessão, será atribuída ao poder judiciário, caso a concessionária discorde da interpretação encampada pela entidade concedente.

O critério adotado tem sido, como mencionado, a previsibilidade ou não do fato, assim como a natureza de suas conseqüências. Contudo, a maioria das decisões sobre pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro refere-se a contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, como, p. ex., as que se referem ao não cabimento de tais pleitos em virtude de aumentos salariais por dissídio coletivo e de oscilação normal de preços.

Especialmente no que se refere à oscilação de custos, a adoção do regime da *tarifa pelo preço*, e não *pelo custo*, a nosso ver, afasta a possibilidade de que as variações normais possam acarretar obrigação de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de modo que as decisões supracitadas seriam especialmente cabíveis no que se refere às concessões.

Evidentemente, são também vedadas cláusulas que prevejam a partilha ou atribuição exclusiva à concessionária de risco que a lei estabeleça caber à entidade concedente, como o inerente à prerrogativa de alteração unilateral das normas regulamentares da concessão e a alterações legislativas.

Note-se que, assim sendo, não é certo supor que a possibilidade de alteração unilateral das normas regulamentares da concessão acarreta tarifas mais caras, porquanto, ainda que possa ser previsível, se abstratamente considerada, suas conseqüências são incalculáveis, de modo que não há como “precificá-las”

adequadamente, por isso corresponderem à hipótese certa de reequilíbrio nos casos em que de tal alteração resulte acréscimo ou decréscimos do conteúdo das obrigações originalmente estabelecidas³¹.

No que se refere aos *mecanismos para sua recomposição*, não há qualquer indicação de quais sejam no plano legal. Normalmente as normas contratuais prevêm a *revisão do valor da tarifa, alteração do cronograma de investimentos, ressarcimento em pecúnia e extensão do prazo da concessão*, a qual não se confunde com a *prorrogação* por motivos de conveniência e oportunidade, pois tem a finalidade específica de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sem impacto no valor da tarifa³².

Desde que haja consenso entre as partes, alternativas que evitem a majoração da tarifa parecem-nos ser, em princípio, sempre cabíveis, ainda que não previstas originalmente no edital, como, p. ex., a possibilidade de que a concessionária possa se valer de nova fonte receita paralela à concessão não prevista anteriormente.

3.2 - Conteúdo básico da relação de prestação: posições jurídicas que vinculam usuários e concessionária

Conforme referido no Capítulo 2º, a prática do ato-condição de requerimento de acesso ao serviço por parte do candidato a usuário,

³¹ Nesse sentido, v. Recurso Especial nº 734.696-SP.

³² Nesse sentido, v. parecer elaborado por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, em Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos (Coord. André Castro Carvalho), do qual se transcreve a seguinte passagem: “*Cumpra desde logo notar que são situações claramente distintas as de prorrogações contratuais efetuadas por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa de extensão de seu prazo (diante, sobretudo, do bom desempenho do concessionário e do interesse de ambos na continuidade daquele vínculo) das que sejam efetuadas tendo em vista a situação do equilíbrio econômico-financeiro da relação*” (pág. 57), ao que o autor citado acrescenta: “*Daí que, a prorrogação contratual, ao contrário da outra situação figurada, estará, de direito, assentada em dois cânones normativos que lhe servirão de escora, isto é, de suporte de legitimidade: de um lado, ante a vicissitude de respeitar a equação econômico-financeira, a norma que lhe impõe tal dever e de outro o princípio prestigiador da modicidade. Segue-se que a ausência de previsão permissiva no edital ou no contrato estaria suprida por estas aludidas normas, sendo que a disposição legal que determina a modicidade das tarifas – noção que, como se disse, tem hierarquia de princípio – é a que diretamente lhe servirá de calço.*” (pág. 58)

desnecessária apenas quando se trata de serviços de fruição compulsória estabelecida em lei, seguida do ato admissão a cargo da concessionária, instauram a *relação de prestação* e produzem *status*, compostos por *direitos, obrigações, poderes e sujeições*, atribuídos a cada uma de suas partes, que são abordados a seguir.

3.2.1 - O direito de prestação adequada e suas correlatas obrigações principais e anexas

O principal direito subjetivo titularizado pelo *usuário* frente à concessionária é o *direito de prestação adequada do serviço público*, pois foi em função do interesse que lhe é subjacente que a *relação de prestação* foi constituída.

A *prestação* deve ser considerada *adequada* sempre que desenvolvida em conformidade às condições estabelecidas nas leis pertinentes e demais *normas regulamentares* do serviço (cf. art. 6º, *caput*, e art. 31, I, da Lei 8.987/95). Trata-se, portanto, de juízo diverso do que corresponde a questionamento pertinente à *configuração adequada* do serviço por parte do poder concedente.

A relação de direito material entre concessionária e usuário, sem que o concedente dela faça parte, tem por objeto a *execução* do serviço. Diversamente, as pretensões relacionadas à *configuração* do serviço repousam sobre a base da relação jurídica que o poder concedente entretém com o usuário, a serem examinadas no item 3 deste Capítulo, seja porque é ele que traça sua configuração original, seja porque também cabe a ele implementar as alterações necessárias para sua permanente conformação aos interesses públicos.

A transposição dessa situação jurídica substancial para o plano adjetivo do processo civil deve, em princípio, refleti-la, embora se tenha variações de acordo com a causa de pedir e o pedido concretamente formulado, isto é, se o reconhecimento de eventual ilegalidade na configuração do serviço corresponde

ao fim da demanda ou se figura como meio de outra pretensão que envolva também a conduta da concessionária³³.

Pois bem. Ao *direito subjetivo* do usuário à prestação adequada do serviço, corresponde à *obrigação* da concessionária de prestá-los nas condições estabelecidas nas *normas regulamentares* do serviço, das quais resultam a conformação concreta dos deveres pertinentes à regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, e modicidade tarifária, conforme §1º do artigo 6º³⁴.

Além de tais *deveres*, a concessionária subordina-se aos denominados *deveres secundários de conduta*, assim nomeados por seu caráter instrumental em relação ao *dever primário de cumprimento da prestação*³⁵, destacando-se dentre eles o da *boa-fé objetiva*.

Nas palavras de **Silvio Luís Ferreira da Rocha**, “o princípio da boa-fé objetiva impõe não só o dever de cumprir a obrigação principal, mas o de cumprir várias obrigações acessórias ou anexas que formam e informam toda a obrigação contratual em todas as suas fases, pré e pós contratual.”

³³ Não nos atrevemos a indicar qualquer resultado da transposição da situação substancial em referência para o plano do processo civil, no sentido de configurar-se assistência ou litisconsórcio, e, sendo este o caso, se tem caráter facultativo ou necessário. Mencione-se apenas que, na ampla maioria dos casos, a comunhão de interesses e a coligação entre as relações nos parece nítida, razão pela qual nos revolta manifestações do concedente para ser excluído de lides em que se discute a configuração, e não a execução, do serviço. Sobre o tema, vale citar interessante parecer da lavra de **José Carlos Barbosa Moreira**, intitulado “Unidade ou Pluralidade de Contratos – contratos conexos, vinculados ou coligados”, publicado na *Revista dos Tribunais*, ano 92, v.817, Nov. 2003, p. 753-762, em que o autor examina os efeitos de relações coligadas no âmbito do processo civil e da comunicação de suas vicissitudes.

³⁴ Acerca do conteúdo de tais deveres, v. **Dinorá Adelaide Musetti Grotti**, que deles trata sob o rótulo de princípio dos serviços públicos, nas páginas 260 à 299 de seu *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. Sobre a continuidade e modicidade tarifária, tecemos alguns comentários no item 3.2.4 abaixo.

³⁵ Dentre outros autores que trataram dos deveres de conduta pertinentes ao Direito das Obrigações, **Karl Larenz** utiliza a nomenclatura em referência, às págs. 20 à 22, da obra já citada, das quais se destacam as seguintes passagens: “*Por consiguiente, lo que distingue la relación de obligación de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Ello no significà, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber. Para toda relación jurídica, cualquiera que sea su estructura, rige el principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la outra parte, es decir cumplir la prestación segun la buena fe. Cada una de las partes puede esperar de la outra que tenga em cuenta sus intereses en lo posible y en lo que pueda ser-le exigido según las circunstancias. En la preparición y en el cumplimiento de la prestación debe, por ej., el deudor utilizar la diligencia necesaria para alcanzar el objeto de la prestación.*” (pág. 20/21)

Embora o *dever de boa-fé* também se aplique ao usuário, ora se destaca o papel que tem na atuação da concessionária, porquanto é dela que deve advir o empenho de cooperação principal da *relação de prestação*. Assim, além de cumprir o que consta expressamente das *normas regulamentares* pertinentes, a concessionária deve atuar sempre com a diligência necessária para cumprir, satisfatoriamente, seu *dever de prestação*.

Isso não significa, entretanto, que se deva imputar à concessionária *obrigações* não previstas nas normas jurídicas pertinentes, como o fazem com frequência certas decisões judiciais, por se considerar que a prestação de serviço pressupõe pleno atendimento às *expectativas* dos usuários, em leitura bastante particular do *caput* do artigo 6º da Lei 8.987/95.

Ora, a concessionária deve pleno atendimento aos *direitos subjetivos* dos usuários, isto é, àqueles interesses que foram juridicamente conformados, ou seja, que tenham merecido proteção legal ou regulamentar, a qual pode ser por eles invocada em seu próprio benefício, conforme exposto no Capítulo 1º.

O descumprimento das *obrigações de fazer* da concessionária pode ser contrastado perante a entidade concedente e Poder Judiciário, o qual poderá se valer de todos os mecanismos previstos em Direito para instá-la a praticar a conduta devida.

Nos casos em que não seja possível ou por opção do usuário, a violação de seus *direitos subjetivos*, tanto os de base legal quanto os que derivam das normas regulamentares do serviço, enseja a responsabilidade patrimonial da concessionária, sobre a qual cumpre fazer comentários mais detidos.

3.2.2 - O direito do usuário à reparação de danos e a correlata responsabilidade patrimonial da concessionária de serviço público

Conforme se tem do §6º do artigo 37 da Constituição da República, a responsabilidade patrimonial das concessionárias de serviços públicos governa-se pelos mesmos princípios que regem a responsabilidade do Estado.

Referido dispositivo legal constitui, a nosso ver, mais um indicativo constitucional de que o regime de prestação de serviços públicos tem caráter jurídico-administrativo, porquanto confere às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, o mesmo tratamento que atribui às pessoas jurídicas de direito público.

Com efeito, pelo instrumento jurídico da concessão, a entidade concedente delega à concessionária, a atribuição de cumprir dever jurídico de sua titularidade, o qual lhe foi assinalado pela Constituição da República, por força do que a responsabilidade pelos danos causados no cumprimento de tal dever, ou derivados de sua inadimplência, há de ser semelhante a que lhe seria imputada.

Há, entretanto, mais de uma leitura plausível em torno de referido dispositivo constitucional³⁶, dentre as quais se destacam as seguintes: i) *as pessoas jurídicas estatais respondem pelos atos de seus agentes*, apenas no sentido de que a elas se imputam os atos lesivos por eles praticados, sem que indivíduos necessitem demonstrar a existência de culpa individual para reparação de prejuízos; ii) *a responsabilidade do estado frente aos cidadãos é sempre objetiva*, porquanto eventual investigação em torno de culpa ou dolo só teria lugar para responsabilização do agente perante o estado; e iii) *o Estado não responde apenas pela prática de atos ilícitos, como curial, mas também por danos causados pela atuação legítima e regular de seus agentes*, sem que de tal preceito resulte o caráter *sempre* objetivo da responsabilidade estatal.

Por certo, há ainda outras leituras plausíveis, as quais, à semelhança das que foram acima expostas, derivam de que referido dispositivo não diz de modo expreso e taxativo o que dizemos que ele diz, isto é, dele não consta, afinal, a indicação de qual teoria de responsabilização do Estado deve ser acolhida e em que hipóteses: se *subjetiva* ou *objetiva*, e, nesta última hipótese, se fundada no *risco administrativo* ou abrangente do *risco integral*, e, ainda, se tais teorias são de fato *excludentes* ou se *podem conviver* em um mesmo sistema jurídico.

³⁶ Para maior detalhamento quanto às diversas leituras dos artigos constitucionais sobre a responsabilidade estatal desde a Constituição de 1946 até a Emenda Constitucional de 1969, cujo artigo 107, *caput* e parágrafo único, ostentava redação bastante semelhante a do §6º do artigo 37 da atual Constituição, v. págs. 57 à 60, da obra Responsabilidade extracontratual da administração pública, de **Weida Zancanner**.

E nem seria de se esperar algo diverso, pois a Constituição de um Estado não é local para alusões a teorias jurídicas. Contudo, é certo que da dicção do §6º do artigo 37 não resulta de modo claro e iniludível preceito semelhante ao que consta do artigo 22, XIII, que diz, com todas as letras e sob qualquer hipótese, que *a responsabilidade civil por danos nucleares independe de culpa*.

Quanto a nós, perfilhamos a interpretação mencionada no item iii) acima, que, além de ser mais aderente à diversa dicção dos dispositivos constitucionais supra citados, baseia-se em distinção relevante para adequada compreensão do tema, qual seja, a que aparta os *atos lícitos* dos *ilícitos*, no que aderimos ao pensamento de **Weida Zancaner**³⁷, para quem “*não há como agregar em uma única realidade lícito e ilícito.*”

Referida distinção ganha dimensão ainda mais explicativa quando associada a outra, vislumbrada por **Renato Alessi**, entre a responsabilidade advinda da violação de *direitos relativos e direitos absolutos*, que o autor citado considera ser mais precisa do que a distinção entre *responsabilidade contratual e aquiliana*³⁸.

Como cediço, quer se cogite a respeito da responsabilidade por atos lícitos quer pelos ilícitos, a doutrina é unânime no sentido de que a obrigação de reparar prejuízos depende de que tenha ocorrido *violação de direitos do lesado*, é dizer, de que o dano causado seja *antijurídico*, por afetar a esfera juridicamente protegida de outrem.

³⁷ Cf. pág. 340 de artigo intitulado “Serviço público e os direitos dos usuários”, in *Responsabilidade civil do estado*, em que a autora retoma o tema desenvolvido no trabalho monográfico anteriormente citado e observa ainda que: “*Com os comportamentos lícitos do Estado há que se ter complacência. Muitas vezes atividades lícitas do Estado causam danos na esfera juridicamente tutelada dos cidadãos, entretanto por ser a atividade lícita e por não ser o dano anormal e especial, não cabe imputação de responsabilidade ao Estado, graças ao princípio que nos diz haver igualdade de todos os cidadãos frente às cargas públicas.*”

³⁸ Conforme se tem das páginas 34 à 38 de sua *La responsabilità nel diritto privato*, das quais se transcreve a seguinte passagem (pág. 34/35): “*Come si comprende facilmente, i diritti assoluti corrispondono in generale ai diritti primari, ed i diritti relativi ai diritti contrattuali. Le due distinzioni però non coincidono esattamente inquanto mentre non macano esempi di diritti relativi primari (obbligazioni ex lege) spesso i diritti assoluti (i diritti reali segnatamente) hanno una origine contrattuale. Non sembra esatto perciò distinguere una responsabilità contrattuale ed una responsabilità extracontrattuale (od aquiliana) sulla base della violazione di diritti contrattuali od di diritti primari, ma bensì, nonostante che la terminologia venga a risultare inesatta, benchè ormai acquista, sulla base della violazione di diritti relativi o di diritti assoluti.*” (destaques no original)

A configuração de tal requisito é facilmente vislumbrada quando se trata da responsabilidade por atos ilícitos, porquanto ao transgredir os próprios *deveres* e *obrigações*, o sujeito também viola os *direitos* que lhe são correlatos³⁹. Contudo, quando se trata da responsabilidade por atos lícitos, o *questionamento acerca de quais seriam as hipóteses em que um ato lícito viola direitos e sobre quais seriam esses direitos violados*, parece-nos mais difícil de responder⁴⁰.

Pois bem. Como observado por **Alessi**, em se tratando de *direitos relativos*, sua violação pode ser aferida, imediatamente, do comportamento do sujeito que se pretende responsabilizar, e até mesmo pressuposta, porquanto, aos *direitos relativos* correspondem *obrigações* de desenvolver certa *prestação*, isto é, comportamentos *positivamente* determinados, os quais servem como termo de comparação, para que se identifique se houve ou não violação de direitos.

De acordo com o autor citado, no caso dos *direitos relativos*, sua violação ocorrerá sempre que o sujeito tiver agido de modo diverso da conduta positivamente descrita, restando-lhe apenas a possibilidade de provar que tal dano não lhe deve ser imputado, seja materialmente, seja porque não se tratou de conduta voluntária, esta última de configuração necessária nas hipóteses em que a responsabilização do agente depender da demonstração de culpa.

Já no caso dos *direitos absolutos*, as condutas de outrem em relação a tais direitos são *negativamente* determinadas, trata-se de uma abstenção genérica, de modo que não há termo de comparação que permita aferir imediatamente da conduta do agente se ele deve ou não ser responsabilizado pelos prejuízos

³⁹ O caráter sempre correlativo das *obrigações* em relação aos *direitos* foi por nós destacado a páginas 57 à 59 do Capítulo 1º, e em nosso direito positivo é estampado na conjugação dos artigos 927 (“*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*”) e 186 (“*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”) do Código Civil.

⁴⁰ A questão que ora nos perturba foi instigada pela seguinte formulação de **Weida Zancanner**, à pág. 67 da obra monográfica supra citada, cuja resposta mencionares a seguir: “*Dissemos que, para se lograr o ressarcimento de danos, torna-se necessário o nexos de causalidade e a antijuridicidade. Dissemos, também, que o dano proveniente de ato ilícito é sempre antijurídico. Desta forma, ressalvamos alguns danos provenientes de atos lícitos da antijuridicidade; todavia sobreexiste parcela de danos provenientes de atividades lícitas que são antijurídicos. Perguntar-se-ia: “Como o lícito pode ser antijurídico”?*”

suportados pelo titular do direito, que, para tanto, deverá produzir prova positiva dos demais elementos ensejadores da responsabilidade⁴¹.

Vislumbra-se, assim, que *o campo em que atos lícitos podem violar direitos é o pertinente aos direitos absolutos*, porquanto em se tratando de direitos relativos, sua violação forçosamente corresponderá ao descumprimento da obrigação que lhe é correlata, de modo que advirá sempre de um ato ilícito.

Já no caso dos direitos absolutos, é possível que o agente, na prática da conduta que corresponde ao cumprimento da obrigação correlata ao direito relativo de um determinado sujeito, acabe por interferir na zona de proteção dos direitos absolutos desse mesmo sujeito, lesando, por exemplo, sua propriedade ou integridade física. Nesse caso, não se há de tomar tal interferência como ato necessariamente ilícito, porquanto pode ser resultado não desejado e culposo de conduta que corresponde precisamente ao cumprimento de obrigação necessária para satisfação de direito relativo do próprio indivíduo lesado.

Note-se que, em resposta ao questionamento que formula quanto a “*como o lícito pode ser antijurídico?*”, **Weida Zancanner** pondera que a antijuridicidade do dano advém da situação de injustiça, que se configura quando determinado indivíduo sofre lesão *anormal e especial*⁴², requisitos que, no

⁴¹ Para **Renato Alessi**, são três os elementos da responsabilidade, assim entendida como o dever jurídico imposto a um sujeito de ressarcir dano suportado por outro sujeito em consequência da violação da esfera jurídica deste último (cf. págs. 15 e segs. da obra citada): i) **dano resarcível**, que corresponda à lesão da *esfera jurídica* do sujeito que o suportou, ou seja, dano a interesse juridicamente protegido; ii) **referibilidade do dano ao sujeito a ser responsabilizado**, seja porque o fato danoso foi física e materialmente cometido pelo próprio sujeito, seja porque lhe é juridicamente atribuído por se tratar de ato praticado por quem lhe *representa* ou constitui *órgão* expressivo de sua vontade, hipótese em que se fala de *responsabilidade direta*; contudo, o fato dano pode ser imputado a determinado sujeito quando se trata de conduta praticada por outro sujeito com tenha relação jurídica que lhe imponha o dever de vigilância sobre ele, ou, relação jurídica por força da qual esse outrem deve realizar alguma atividade em seu benefício, hipótese em que se tem a denominada *responsabilidade indireta*; e, por fim, iii) **imputabilidade da transgressão ao sujeito a ser responsabilizado**, para o que não basta, em geral, a mera transgressão material, por ser necessário que tal transgressão possa ser imputada à vontade do sujeito, fundada na voluntariedade da transgressão ou em algum elemento de negligência, imperícia ou imprudência, o que não se verifica, p. ex., quando o fato danoso corresponder ao desenvolvimento de um direito ou faculdade jurídica, que enfraqueça a proteção legal sobre o interesse do outro, anteriormente protegido.

⁴² De acordo com a autora citada, *anormal* é o dano que excede os incômodos provenientes da vida societária, e, *especial*, o dano que é relativo à determinada pessoa ou a um grupo de pessoas (cf. pág. 67 da obra monográfica já referida)

campo da responsabilidade por atos lícitos, devem ser agregados às demais características dos danos passíveis de reparação⁴³.

A injustiça de tal situação também se associa à violação do *direito absoluto* de tratamento isonômico, de modo que nos parece ser correto afirmar que a conjugação de ato lícito, dano antijurídico e obrigação de reparação ocorre no campo dos direitos absolutos.

Pois bem. Como dito, a responsabilidade do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, constitui, para nós, o principal efeito jurídico do artigo 37, §6º, da Constituição da República.

Destarte, em nossa opinião, não deriva do dispositivo constitucional em comento que as pessoas nele mencionadas respondam sempre de modo objetivo, isto é, independentemente de culpa.

Diversamente, entende-se que sua dicção permite a seguinte dicção: à responsabilidade pelas *ações* das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, deve-se aplicar a *teoria objetiva*, fundada na *garantia do risco*⁴⁴; mas, a responsabilidade que pode derivar de sua *inações* deve ser regida pela *teoria subjetiva*, fundada na *culpa*.

Adere-se, portanto, ao pensamento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, no seguinte sentido: “*se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.*”⁴⁵”

⁴³ Como supra referido, trata-se da resposta da autora citada ao questionamento transcrito, à página 67 da obra citada. Quanto às demais características dos danos resarcíveis, a autora em referência menciona que devem: i) ser certos e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros, e ii) atingir situação jurídica legítima.

⁴⁴ Conforme observa, **Renato Alessi**, à página 30 da obra citada: “È facile comprendere, perciò, che fondamento della responsabilità in questi casi non è più, come di regola, un **illecito**, che anzi il dano può derivare da fatti perfettamente leciti, ma una **garanzia**, garanzia che colui il quale utilizza a suo vantaggio una **impresa** (in senso lato), e cioè l’attività di soggetti dipendenti ovvero determinate cose (animali, edifici, autoveicoli, industrie) è tenuto a prestare per i danni che siano la conseguenza della utilizzazione stessa.” (destaques no original)

⁴⁵ Cf. pág. 1013 de seu Curso de Direito Administrativo, destaques no original.

Além de aderente aos aludidos preceitos constitucionais, essa é, a nosso ver, a solução mais justa⁴⁶ quando se trata de obrigar determinado sujeito a reparar os prejuízos suportados por outrem: *cabe responsabilizá-lo pela reparação dos danos que resultem da prática de atos ilícitos, e, também, por aqueles que tenham sido causados por suas ações; mas não se deve obrigá-lo a reparar danos associados a condutas que não deveria praticar, eis que não lhe foram imputadas por lei ou convenção.*

Assim, a *responsabilidade por omissão* dos prestadores de serviços públicos depende de que se identifique a *ilicitude*, isto é, o descumprimento de dever legal ou contratual, sem o que não há de se imputar ao risco de sua atividade a reparação de danos associados a condutas que não fez, porque não estava obrigado a fazê-lo.

Não se trata, portanto, de negar a aplicação da teoria objetiva do *risco-proveito*, mas de apartá-la da que encampa o *risco integral*, porquanto sem previsão legal ou convencional, nem mesmo as companhias seguradoras são instadas à garantia de riscos, sob pena de que se configure a célebre ponderação de **Celso Antônio Bandeira de Mello** quanto a transformar o Estado em *segurador universal!*⁴⁷

Deve-se atribuir ao prestador os riscos causados pelo desenvolvimento de sua atividade, razão pela qual deverá responder pelos danos que advenham de suas ações, ainda que praticadas de acordo com o previsto nas normas jurídicas

⁴⁶ Nesse sentido, **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**, cf. se tem da pág. 485 de seu Princípios Gerais de Direito Administrativo, da qual se transcreve a seguinte passagem: “*O princípio dominante, todavia, da responsabilidade civil tanto no direito brasileiro, como no dos povos cultos em geral, só pode ser o subjetivo, o da culpa. O objetivo, do risco, apenas se compreende quando se manifesta junto com o proveito, porque só então existe fundamento jurídico para efetivação da dita responsabilidade, qual seja, o do locupletamento à custa alheia. Certamente, o legislador, no exercício do seu poder supremo, de realizar a obra legislativa, poderá estabelecê-lo ainda quando se não aperceba qualquer proveito. Será a imposição do Direito Positivo sobre a Justiça, com a fixação de uma regra legal contra os princípios da Teoria Geral do Direito.*” É curioso notar que uma das razões pelas quais não se pode dizer que haja uma inclinação jurisprudencial prevalente acerca da interpretação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, é que, em diversas decisões nas quais se enuncia estarem fundamentadas na teoria da responsabilidade objetiva, que seria aplicável também aos atos omissivos, os julgadores lançam-se a investigações em torno da culpa do agente, como se o mero nexo de causalidade não fosse suficiente para ensejar sua condenação, o que nos parece corresponder a seu natural impulso de justiça.

⁴⁷ Cf. página 1015 da obra citada

pertinentes, com fundamento em que, se ele e todo um conjunto de indivíduos se beneficiam pelo desenvolvimento de certa atividade, mas dela resulta a exposição das pessoas a danos *anormais* e *especiais*, não é justo que o prejuízo recaia apenas sobre o indivíduo lesado.

Essa é, ademais, a solução prevista no Código Civil atualmente vigente, cujo artigo 927, *caput*, trata da responsabilidade por *ato ilícito*, fundada na *culpa* e encartada na *teoria subjetiva*; enquanto que seu Parágrafo único contempla a *teoria objetiva do risco-proveito*, quando *a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*, ou, *houver previsão legal nesse sentido*.

Cumpre, ainda, para arrematar esse tópico da responsabilidade, examinar o tratamento que o Código de Defesa do Consumidor – CDC confere ao tema, o que se faz, entretanto, em item apartado por demandar outras considerações que não se restringem ao tema da responsabilidade.

3.2.3 - Direitos previstos no CDC: incompatibilidades e entrelaçamentos com outros direitos dos usuários de serviços públicos

A nosso ver, o tratamento diferenciado que a Constituição da República atribui às figuras do usuário de serviço público e do consumidor não chega a afastar a incidência do CDC sobre a *relação de prestação*⁴⁸, mas impõe que seja feita de modo comedido, isto é, sem que se deixe de tomar em consideração as

⁴⁸ Em sentido diverso, **Antônio Carlos Cintra do Amaral** sustenta que o CDC não deve ser aplicado às relações entre concessionárias e usuários de serviços públicos, nem mesmo de modo subsidiário, com fundamento em que não podem ser equiparadas à relação que vinculam fornecedor e consumidor, conforme se tem da seguinte passagem, à pág. 2, de seu “Distinção entre usuário de serviço público e consumidor”, publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico nº 6, maio/junho/julho de 2006: “*Diversamente da situação de consumo, a relação contratual entre concessionária e usuário, mediante a qual uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo em pagamento um preço público (tarifa), tem como pressuposto uma outra, entre concessionária e o poder concedente. Em situações semelhantes a essa, a doutrina civilista italiana aponta a existência de dois contratos coligados, um principal, o outro acessório*”

peculiaridades do regime jurídico-administrativo que governa a prestação de serviços públicos⁴⁹.

A defesa do consumidor é apontada como um dos princípios que fundamentam a *ordem econômica* no Brasil (cf. art. 170, V) e encarta-se entre as atribuições do Estado (cf. 5º, XXXII); os direitos dos usuários são especialmente referidos no inciso II do parágrafo único do artigo 175, que faz menção à lei específica que os contemple, e, o artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19/98, posterior à edição do CDC, dispôs que “*o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.*”.

Contudo, passados mais de dez anos do prazo estabelecido na EC 19/98, a lei nela mencionada não veio, e o CDC firmou-se como diploma legal mais popular da atualidade, exemplo de *lei que pegou*. E, assim, na ausência de um sistema próprio para defesa dos usuários do serviço público e de atuação efetiva das agências reguladoras ou de outras entidades ou órgãos vinculados à entidade concedente, nesse sentido, as demandas em massa dos usuários de serviços públicos foram absorvidas por promotorias de justiça das áreas de consumo e órgãos de defesa do Consumidor, os quais, entretanto, nem sempre consideram as peculiaridades acima referidas.

No plano infralegal, a aplicação do CDC à prestação de serviços públicos⁵⁰ não só é expressamente referida no Código (cf. arts. 4º, II; 6º, X e 22),

⁴⁹ Esse é o entendimento amplamente majoritário da doutrina brasileira que trata do tema, sob o prisma do direito administrativo, e tem alguma aceitação entre os consumeristas, quando menos em função do tratamento diferenciado que o próprio CDC outorga à prestação de serviços públicos. Quanto à jurisprudência, é pacífico o entendimento de que o Código se aplica à prestação de serviços públicos concedidos, embora se reconheça a derrogação de alguns de seus dispositivos por regras específicas de Direito Administrativo. Não houve, entretanto, apreciação da questão à luz de seu tratamento constitucional. Para maior detalhamento quanto ao tratamento que doutrina e jurisprudência conferem ao tema, vide nosso “Comentários acerca da aplicação do CDC à prestação de serviços públicos”, em Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos (org. André Castro Carvalho).

⁵⁰ Os tribunais têm ressalvado apenas os serviços públicos que não são prestados, *mediante remuneração*, como saúde e educação, em razão da dicção do §2º do artigo 3º do CDC, que ora se reproduz: “§2º - *serviço é qualquer atividades fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securtiária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*” (destacamos)

mas, também, no artigo 7º da própria Lei 8.987/95, que, antes de elencar alguns direitos dos usuários, menciona os previstos na Lei 8.078/90.

Isso não significa, entretanto, que se deva aplicar à prestação de serviços públicos os dispositivos de referido diploma legal que sejam incompatíveis com o regime peculiar que a caracteriza. A nosso ver, em caso de eventual conflito, as regras de direito administrativo devem prevalecer sobre quaisquer outras, em virtude do caráter jurídico-administrativo que singulariza a *relação de prestação*.

Em que pese se tratar de atividade apta a gerar riqueza e o objetivo de lucro perseguido por seu prestador, as características jurídicas da prestação de serviços públicos são bastante distintas das que denotam as atividades econômicas em função das quais o referido Código foi concebido.

Por um lado, há de se considerar que: (i) as condições de desenvolvimento da atividade não são estabelecidas por seu prestador e nem podem ser por ele alteradas, eis que foram, em sua maioria, definidas pelo poder concedente no bojo da *relação de concessão*; (ii) só há alguma liberdade na fixação do valor da tarifa, no caso dos serviços prestados em regime de competição, e, mesmo nesse caso, o valor está sujeito a certos parâmetros e ao controle do poder concedente⁵¹; (iii) o prestador assume obrigações administrativas e sujeita-se às oscilações necessárias para conformação da prestação do serviços aos interesses públicos, o que, evidentemente, não se aplica aos sujeitos que atuam no campo estritamente econômico; (iv) a prestação de serviço público já se sujeita a controle administrativo interno por parte do poder concedente, que tem competência para aplicar sanções administrativas aos prestadores, intervir diretamente na prestação e decretar sua caducidade; (v) o prestador cobra tarifa, isto é, preço público, e não privado, que integra uma política tarifária, razão pela qual nem sempre corresponde exatamente ao valor do serviço fornecido; (vi) o intuito lucrativo do prestador não é livremente perseguido, adéqua-se à configuração do serviço delineada pela entidade concedente, o que, aliás, é condição para que vença a licitação que lhe confere o

⁵¹ Acerca da distinção entre o controle exercido pela entidade concedente sobre tarifas, que se aplica inclusive ao casos em que se adote o regime de liberdade tarifária, e o controle de preços privados, v. págs. 58 à 64 de Tarifa nas concessões, da autoria de **Jacinto Arruda Câmara**.

título jurídico imprescindível para que atue nesse “mercado” juridicamente fechado, por força do artigo 175 da Constituição da República.

Por outro lado, (vii) a despeito de ser fruída de modo individual, a prestação de serviços públicos não visa ao atendimento de interesses de um só indivíduo, mas do público em geral ao qual o serviço se destina, de modo que a plena satisfação do cliente pode ser sacrificada em nome da solidariedade, do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades; e (viii) a prestação dos serviços públicos subordina-se ao princípio da igualdade, razão pela qual são vedados benefícios singulares, não extensíveis a uma mesma categoria de usuários.

Portanto, como alerta **Antônio Carlos Cintra do Amaral**⁵² a *relação de prestação* não deve ser simplesmente equiparada à *relação de consumo*, porque desenvolvida, *mediante remuneração*. Nas palavras do autor citado: “*Diversamente da situação de consumo, a relação contratual entre concessionária e usuário, a qual uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo em pagamento um preço público (tarifa), tem como pressuposto uma outra, entre concessionária e poder concedente. Em situações semelhantes a essa, a doutrina civilista italiana aponta a existência de dois contratos coligados, um principal, o outro acessório.*”

Assim, tendo em vista as peculiaridades de prestação dos serviços públicos, consideramos que a ela não se aplicam os dispositivos do CDC que contrariem: (i) os princípios e regras específicas de direito administrativo sobre os serviços públicos e o regime de concessão; (ii) as prerrogativas atribuídas ao poder concedente; (iii) a interligação jurídica entre a *relação de concessão* e a *relação de prestação*; e (iv) a dimensão coletiva dos interesses dos usuários do serviço público.

Para saltarmos da proclamação à operação, do genérico ao específico, passemos, ainda que à *vol d’oiseaux*, pelos principais direitos previstos no CDC, a fim de examinar sua compatibilidade com o regime jurídico-administrativo da

⁵² Em “Distinção entre usuários de serviço público e consumidor”, publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 6, maio/junho/julho de 2006, p. 2.

relação de prestação, bem como seu entrelaçamento com os demais direitos dos usuários de serviços.

3.2.3.1 - Direitos relacionados a características da prestação

De acordo com o artigo 6º, X, do CDC, o consumidor tem direito à *adequada e eficaz* prestação de serviços, o qual também é reconhecido aos usuários de serviços públicos no inciso I do artigo 7º da Lei 8.987/95 e que já foi objeto de comentário no item 3.2.2 acima.

Trata-se, portanto, de regra integralmente compatível com o regime jurídico da prestação de serviços públicos, cuja única, embora relevante, singularidade nesse ponto é que sua configuração é estabelecida pela entidade concedente com a finalidade de atender interesses públicos, diversamente do que se passa em relação às atividades em função das quais o CDC foi concebido, cujas características são ditadas pelas leis de mercado e interesse lucrativo do prestador.

Além disso, o inciso I do artigo 6º e artigos 8º e 10 do CDC estabelecem que os serviços colocados no mercado de consumo *não devem acarretar riscos à segurança e saúde* dos consumidores, o que também se aplica à prestação de serviços públicos, embora a principal ordem de problemas que referidos dispositivos legais visam resolver simplesmente não exista em relação a eles.

Isso porque, os serviços públicos são “colocados no mercado” pela administração pública, em atendimento a normas legais, inclusive de patamar constitucional, as quais, evidentemente, não autorizariam a oferta de serviços que pudessem, em si mesmos, comprometer a segurança dos usuários.

A própria noção de serviço público impede que os serviços “colocados no mercado” pela administração pública revistam-se da *alta periculosidade* que impede sua circulação (cf. art. 10 do CDC), assim como não propicia sequer a *periculosidade tolerada* por referido diploma legal, mediante rigoroso cumprimento do dever de informação adequada quanto à segurança a ser legitimamente esperada por seu consumidor (cf. arts. 8º e 9º do CDC).

De modo que, como resulta da classificação elaborada por **Silvio Luís Ferreira da Rocha**⁵³ acerca da periculosidade de produtos, a aplicação dos dispositivos do CDC em comento, restringe-se à *periculosidade adquirida*, isto é, que advenha de *defeito* na prestação do serviço.

De acordo com o artigo 14 do CDC, o serviço é *defeituoso* quando não fornece a *segurança* que o consumidor dele pode esperar, considerando, dentre outras circunstâncias, seu modo de fornecimento, atribuindo-se eventuais riscos de segurança ao prestador.

Vale destacar, portanto, que *o risco de segurança* protegido pelo CDC, assim como por nossa Constituição, *é aquele que advém do exercício da atividade fruída pelo usuário*, de modo que nos parece excessiva a interpretação de que se deve atribuir ao prestador, o dever de cobrir quaisquer riscos a que as pessoas estejam expostas por ocasião da fruição, ainda que não advenham da atividade prestada em si mesma considerada, o que só se atribui de fato e de direito às companhias seguradoras.

Dada a relação do tema ora versado com o tratamento que o CDC confere à responsabilidade patrimonial dos prestadores de serviços público, passa-se logo a ele.

3.2.3.2 - Direitos relacionados à reparação de danos

O CDC prevê regras relativas à modalidade de responsabilidade, aplicável para a reparação de danos causados aos consumidores, à solidariedade

⁵³ Embora elaborada em torno do *fato do produto*, a classificação formulada pelo autor citado de acordo com os efeitos dos dispositivos do CDC em apreço, que se aplicam também aos serviços, serviu de base para as distinções acima aludidas, conforme se tem da seguinte transcrição: “Assim, com relação à periculosidade dos produtos temos: a) produtos altamente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança. Nestes a periculosidade é inerente, integra a estrutura do produto, e a produção e comercialização deles é proibida (art. 10 do CDC); b) produtos nocivos ou perigosos à saúde ou segurança. A periculosidade também lhe é inerente e a produção e comercialização é permitida, desde que o fornecedor cumpra rigorosamente com o seu dever de informar previsto tanto no artigo 8º como no artigo 9º do código de Defesa do Consumidor. c) produtos considerados inofensivos, como brinquedos, canetas, refrigerantes, produtos alimentícios. A periculosidade deles, decorrente de um defeito, nesse caso, é adquirida.” (cf. pág. 97 de seu Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro)

entre os envolvidos no fornecimento do serviço, à inversão do ônus da prova e ao prazo prescricional, cuja compatibilidade com o regime jurídico de prestação dos serviços públicos é examinada a seguir.

3.2.3.2.1 - *Interpretação conforme à Constituição quanto à modalidade de responsabilidade atribuída ao prestador de serviço público*

Para maior clareza no tratamento do tema, cumpre referir brevemente a distinção que o CDC faz entre *defeito* e *vício* dos serviços, para fins de reparação de danos.

De acordo com o artigo 14, o serviço é *defeituoso* quando não fornece a *segurança* que o consumidor dele pode esperar, considerando, dentre outras circunstâncias, seu modo de fornecimento, a ensejar a responsabilidade do fornecedor pela *reparação dos danos* suportados pelo consumidor.

Já o *vício* do serviço, consoante artigo 20 do CDC, relaciona-se a falhas de *qualidade*, que o tornam inadequado para consumo ou lhe diminuem o valor, cuja configuração confere ao consumidor o direito de exigir, alternativamente e a sua escolha, (i) a *reexecução do serviço*; (ii) a *restituição da quantia paga*, sem prejuízo da *reparação de danos*; ou (iii) o *abatimento proporcional do preço*.

O artigo 14 estabelece que a *responsabilidade do fornecedor por defeito do serviço independe de culpa*, sem que o mesmo seja dito no artigo 20, que tratada da responsabilidade do fornecedor por *vício do serviço*. Entende-se, entretanto, que a *modalidade objetiva de responsabilidade se aplica a ambas hipóteses*, em demonstração de que *não se deve tomar as seções II (relativa aos defeitos) e III (referente aos vícios) de modo estanque*, por fazerem parte de um mesmo capítulo, pertinente a *reparação de danos, em geral*.

Ocorre que o Código do Consumidor contempla *dispositivo específico sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços públicos*, o que, para nós, revela o reconhecimento de que seus preceitos não devem ser aplicados de modo indistinto à prestação de serviços públicos.

Trata-se do artigo 22, situado na seção III, pertinente aos *vícios* dos serviços, sem que de tal topologia se deva extrair que referido dispositivo legal só se aplica à responsabilidade do fornecedor *por vícios do serviço*, seja pela abrangência de sua dicção, seja por coerência, porquanto a aplicação da responsabilidade objetiva ao previsto no artigo 20 depende de que as seções II e III não sejam consideradas de modo estanque, como visto acima.

O parágrafo único do artigo 22, cuja função é indiscutivelmente a de atribuir tratamento diverso à responsabilização dos prestadores de serviços público, estabelece que, *nos casos de descumprimento* (destacamos) *das obrigações de prestar serviços públicos adequados, eficiente, seguros e contínuos, os prestadores de serviços públicos serão compelidos a cumpri-las e a reparar os danos causados*, na forma estabelecida no Código (destacamos).

Há consenso entre os consumeristas quanto a reconhecer que *referido dispositivo legal afastou as alternativas de restituição da quantia paga e do abatimento de preços*, postas à disposição dos consumidores em relação às atividades econômicas propriamente ditas⁵⁴.

E, a nosso ver, do dispositivo legal em comento extrai-se, ainda, dois outros efeitos jurídicos, um deles já mencionado, qual seja, o indicativo de que o CDC não deve ser aplicado de modo indiscriminado à prestação de serviços público, ora particularizado no *afastamento de medidas que possam gerar desigualdades entre os usuários*, o que ocorreria caso determinado indivíduo optasse pelo abatimento de preço, que seria, portanto, distinto do que é pago pelos demais usuários de uma mesma classe, ou obtivesse a restituição do que foi pago, mesmo após a fruição do serviço.

Além disso, a dicção do parágrafo único do artigo 22 parece-nos impor também a *necessidade de ilicitude do fato danoso para reparação dos prejuízos*, consubstanciada no descumprimento das obrigações do prestador⁵⁵.

⁵⁴ Nesse sentido, v. **Zelmo Denari**, um dos autores do anteprojeto do CDC, à pág. 228 de seu Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, e **Antônio Herman Benjamin**, em O conceito jurídico de consumidor, disponível em www.bdjur.stj.gov.br.

⁵⁵ A tese ora referida foi sustentada anteriormente no trabalho supra citado sobre aplicação do CDC à prestação de serviços públicos concedidos.

A referência à *forma* estabelecida no Código do Consumidor, ao final do dispositivo legal em comento, não deve ser tomada como remissão à modalidade objetiva de responsabilização do fornecedor de serviços, o que seria incoerente com o uso da expressão *descumprimento* para configuração da obrigação de reparação nele prevista.

Trata-se, a nosso ver, de remissão às regras processuais nele contidas, das que se referem à defesa do consumidor em juízo, dos mecanismos que podem ser impostos para o cumprimento das obrigações de fazer, da conversão de tal obrigação em perdas e danos, e etc., que correspondem a garantias importantíssimas para o consumidor.

De modo que, o exame mais atento das peculiaridades que o próprio Código do Consumidor reconhece em relação à responsabilidade dos prestadores de serviços públicos, parece-nos caminhar no mesmo sentido da orientação que extraímos do artigo 37, §6º, da Constituição da República, quanto à distinção entre atos comissivos e omissivos, cabendo em relação aos últimos a investigação em torno da ilicitude da ação omitida.

3.2.3.2.2. Compatibilização da regra da solidariedade na reparação do dano e a subsidiariedade do concedente

Os artigos 7º e 25 do CDC conferem ao consumidor a possibilidade de intentar medidas para reparação dos danos por ele suportados contra *todos* os envolvidos no fornecimento do serviço ou contra *qualquer um deles*, de modo individual.

A nosso ver, é sem sombra de dúvida solidária a responsabilidade entre a concessionária e os fornecedores por ela contratados para execução material das diversas atividades compreendidas no objeto da concessão, conforme previsto no artigo 25, § 1º, da Lei 8.987/95, eis que os contratos que a concessionária entretinha com terceiros não alteram a responsabilidade jurídica pela execução do serviço, perante a entidade concedente e os usuários.

Contudo, *a solidariedade entre a entidade concedente e a concessionária é, a nosso ver, incompatível com o regime de concessão*, que se estrutura em torno da delegação da responsabilidade direta pela prestação do serviço público, donde deriva o caráter subsidiário da responsabilidade da entidade concedente pelos danos causados pela concessionária no desenvolvimento de referida prestação⁵⁶.

Como diz **Pedro Gonçalves**⁵⁷, *a concessão implica a partilha de uma responsabilidade que, sem concessão, a Administração teria assumido integralmente*, revelando-se em tal elemento uma de suas peculiaridades, eis que a concessionária não é mera contratada da administração, recebe uma *delegação*, por força da qual desenvolve, *em nome próprio*, razão pela qual passa a ser *diretamente responsável por seu exercício*, como se tem do artigo 37, §6º da Constituição.

Note-se que tal entendimento não enfraquece a posição jurídica dos usuários, que poderão exigir da concessionária o mesmo que exigiriam diretamente do Estado e do mesmo modo, com a vantagem de que eventuais valores que resultem de sua condenação não serão pagos por meio de precatórios, assim como não litigarão com pessoa cercada de privilégios processuais.

Talvez por esse motivo, isto é, por ser mais vantajoso para o usuário litigar contra empresas concessionárias do que contra o Estado, seja tão difícil localizar jurisprudência quanto à responsabilidade da entidade concedente pelos danos por elas causados. A ação é geralmente movida só contra as concessionárias, de modo que a questão sequer é debatida em nossos tribunais, conquanto o seja pela doutrina, amplamente favorável à responsabilização subsidiária da entidade concedente pelos danos advindos da prestação do serviço público concedido.

⁵⁶ Esse é o entendimento atualmente prevalente na doutrina, embora não seja unânime. Em sentido diverso, **Antônio Carlos Cintra do Amaral** sustenta haver responsabilidade solidária entre eles (cf. “A concessionária age em nome próprio?”, comentário publicado em 01/11/2005, no site www.celc.com.br, em que o autor faz comentários periódicos sobre diversos temas de Direito Administrativo).

⁵⁷ À pág. 125 de sua A Concessão de Serviços Públicos.

Contudo, conforme destacado por **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁵⁸, só se cogita de responsabilidade subsidiária da entidade concedente em relação a danos *diretamente* advindos da prestação do serviço público, os quais, na maioria dos casos, são suportados por seus próprios usuários ou, em outra hipótese, por terceiros prejudicados em razão da prestação do serviço.

Destarte, não cabe à entidade concedente qualquer responsabilidade pelos danos causados por concessionárias às pessoas por elas contratadas para auxiliá-las na prestação do serviço, conforme se tem do §2º do artigo 25 e parágrafo único do artigo 31 da Lei 8.987/95.

Mencione-se, por fim, que a responsabilidade da entidade concedente pelos danos ambientais causados por concessionárias, essa sim debatida em nossos tribunais⁵⁹, não deve ser interpretada como exceção à regra de que a responsabilidade da entidade concedente é apenas subsidiária ou indireta.

Bem ao contrário, a responsabilização da entidade concedente por danos ambientais causados por concessionárias não deriva de haver solidariedade entre elas, embora crie tal solidariedade ao atribuí-la também ao *responsável indireto* pela prestação de serviços públicos, o que já é suficiente para enquadrá-la nos termos do artigo 3º, IV, da Lei 6.898/91.

3.2.3.2.3 - *Direito à inversão do ônus da prova para reparação de danos quanto às alegações pertinentes à conduta da concessionária*

A inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, VIII, do CDC, é inerente à teoria subjetiva acerca da responsabilidade estatal⁶⁰, a qual, como

⁵⁸ V. pp. 756 à 758 de seu *Curso de Direito Administrativo*.

⁵⁹ v.g., Recurso Especial nº 28.222, DJ de 15/19/2001.

⁶⁰ Nesse sentido, confirmam-se as seguintes palavras de **Celso Antônio Bandeira de Mello**: “*Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade.*” (cf. pág. 1004 da ob. cit.)

visto, estende-se às concessionárias de serviço público, sendo, portanto, compatível com a possibilidade prevista no CDC.

Em se tratando de atos comissivos, a prova se restringe à configuração do dano e à existência do nexo de causalidade entre a conduta da concessionária e o dano concretamente configurando; caso se trate de atos omissivos, abrange também a demonstração de culpa, hipótese na qual a inversão só não se aplicará em casos clamorosos de ausência de verossimilhança.

Além da demonstração de culpa, a inversão do ônus da prova impõe-se para a comprovação do nexo de causalidade⁶¹, sobretudo porque se refere à conduta da concessionária. Com base na mesma lógica, aderimos ao pensamento de **César Guimarães Pereira**⁶², segundo quem *não caberá inverter o ônus da prova quando as alegações do usuário forem exclusivamente ligadas a sua conduta*, eis que aqui se configura situação inversa a que fundamenta a inversão do ônus da prova relacionada à conduta da concessionária.

3.2.3.2.4 - *Direito a prazo de prescrição quinquenal para reparação de danos*

O artigo 27 do CDC estabelece que as pretensões à reparação por danos causados por fato do serviço prescrevem em 5 (cinco) anos, prazo mais longo do que o previsto no artigo 206, §3º, V, do Código Civil, mas que corresponde ao estabelecido pelo artigo 1C da Lei 9.494/97, que trata especificamente da *reparação de danos causados por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*.

Trata-se, portanto, de direito *coincidente* com o que decorre do regime jurídico-administrativo da *relação de prestação*.

⁶¹ Nesse sentido, **Sílvio Luís Ferreira da Rocha** à pág. 93 da ob. cit.

⁶² Cf. páginas 239 à 242 da obra citada.

3.2.3.3 - Direitos relacionados à informação e à fiscalização

O direito à informação sobre o serviço prestado também é reconhecido no inciso II do artigo 7º da Lei 8.987/95, assim como em seu artigo 22, que trata, na verdade, do direito do cidadão, ainda não se trata de usuário efetivo do serviço, à obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões.

Com efeito, os usuários não têm apenas direitos à informação, o inciso I do §3º do artigo 27 da Constituição da República, assim como os artigos 3º e 30, parágrafo único, da Lei 8.987/95, conferem-lhe *poderes de fiscalização da prestação do serviço e avaliação periódica de sua qualidade*.

A *faculdade de fiscalização* atribuída aos usuários se entrelaça ainda à *publicidade* característica dos atos administrativos, que também recai sobre diversos dados pertinentes à concessionária (cf. arts. 23, XIV, 30, *caput*, 31, II e II, da Lei 8.987/95).

Note-se que a fiscalização contínua da prestação dos serviços públicos é, para a entidade concedente, uma *potestade*, dotada, portanto, de caráter cogente; enquanto, para o usuário, corresponde a uma *faculdade*, a qual poderá exercer ou não em função de seus próprios interesses, sem que a alusão a *obrigações* dos usuários no *caput* do artigo 7º da Lei 8.987/95 deva ser entendida de modo a alterar a natureza de tal situação jurídica.

À *faculdade*⁶³ de fiscalização do usuário sobre a prestação dos serviços públicos sujeitam-se tanto a concessionária quanto o concedente, razão pela qual se reserva parte das considerações a ela pertinentes para o item em que trataremos do conteúdo da *relação de garantia*.

Além da faculdade de fiscalização indireta, que exerce por meio da entidade concedente, no exercício de sua faculdade de fiscalização *direta*, o

⁶³ Como visto no Capítulo 1º, a *faculdade* é espécie de *poder jurídico*, que se distingue da prerrogativa, por ser exercida em interesse próprio de seu titular. Como visto, os poderes não se inserem em relações jurídicas, mas seu exercício concreto gera os *direitos* e *obrigações* pertinentes a seu conteúdo.

usuário poderá dirigir-se *individualmente* à concessionária (cf. art. 7º, II) ou enquanto categoria, por meio de *associações de defesa dos direitos relativos ao serviço* (cf. arts. 29, XII) e de *comissões tripartes* (cf. 30, parágrafo único).

Nessa última hipótese, o representante dos usuários não atuará apenas no exercício de sua faculdade de fiscalização, mas em nome da categoria, razão pela qual passa agir no exercício de função perante os demais, para todos os fins de direito.

Para se desincumbir da obrigação de fornecer as informações solicitadas pelo usuário, tanto no exercício de sua faculdade de fiscalização quanto às pertinentes à fruição do serviço, as concessionárias têm a obrigação de manter serviços de atendimento aos usuários (cf. art. 37, §3º, I, da Constituição da República), os SAUs, que são regidos precipuamente pelas normas regulamentares da concessão.

3.2.3.4 - Tutela administrativa e judicial dos usuários

O Capítulo VII do Título I e o Título III do CDC tratam do acesso administrativo e judicial para prevenção e reparação de danos individuais, coletivos ou difusos dos consumidores.

A defesa do consumidor é feita por procuradorias de justiça especializadas em direito do consumo e pelos órgãos e entidades que integram o denominado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, composto, basicamente, pelos PROCONs, que atuam em âmbito federal e estadual, de modo articulado com entidades municipais e associações privadas de defesa do consumidor, como o IDEC, p. ex.

Além de prestar informações e orientações gerais aos consumidores, tais órgãos e entidades registram suas reclamações e formulam queixas aos fornecedores dos mais diversos produtos e serviços, solicitando informações e a adoção de medidas preventivas ou corretivas.

As entidades integrantes do SNDC dotadas de personalidade jurídica de direito público têm também competência para aplicação de multas

administrativas, em razão do não atendimento às intimações expedidas para a obtenção de informações ou de outras infrações aos direitos previstos no CDC.

O funcionamento de tal sistema, na esfera administrativa, foi concebido para *atividades sobre as quais não incidem qualquer tipo de controle administrativo quanto à prestação devida aos usuários de seus serviços*, o que evidentemente não se aplica aos serviços públicos, cuja prestação está sujeita a intenso e abrangente controle por parte da entidade concedente.

Não obstante, os §§1º e 2º do artigo 59 do CDC prevêm expressamente a *possibilidade de que os órgãos de defesa do consumidor possam aplicar às concessionárias de serviços públicos as “penas” de “cassação” da concessão e intervenção administrativa*, o que, evidentemente, configura rematado absurdo.

Em nosso entender, os dispositivos legais do CDC pertinentes às sanções administrativas colidem com os dispositivos da Lei 8.987/95, que *atribuem à entidade concedente a competência para aplicar sanções administrativas às concessionárias de serviços públicos e intervir na correspondente prestação*, como deriva do artigo 175 da Constituição.

Ademais, a aplicação cumulativa das sanções administrativas previstas no CDC e na Lei 8987/95 configura verdadeiro *bis in idem*, dada a possibilidade de incidência de mais de uma sanção administrativa a um mesmo fato punível, o que não ocorre em relação às atividades econômicas em sentido técnico-jurídico.

Em suma: entendemos que *as normas jurídicas previstas nos artigos 55 à 60 do CDC*, parte delas voltadas a infrações relativas a propagandas publicitárias, *são inadequadas e incompatíveis com o regime jurídico da prestação de serviço público sob regime de concessão*⁶⁴, razão pela qual não devem ser a ela aplicadas.

Evidentemente, os PROCONs poderão apresentar reclamações sobre a atuação das concessionárias à entidade concedente, assim como celebrar

⁶⁴ Nesse sentido, confirmam-se as seguintes palavras de **César Guimarães Pereira**, à pág. 228 da obra citada: *“a defesa dos interesses dos usuários é necessariamente integrada à disciplina do serviço público como um todo e pressupõe o exame global das condições de prestação do serviço. Somente pode ser desenvolvida pelo órgão ou ente dotado de competência pra regular e fiscalização a prestação do serviço. Caso contrário, estaria consagrado o exercício concomitante de competências administrativas potencialmente conflitos.”*

convênios com ela para maior agilidade e capilaridade na apuração de queixas e reclamação dos usuários dos serviços públicos.

Como diz **Antônio Carlos Cintra do Amaral**⁶⁵, *“a defesa do usuário de serviço público não é atribuição do PROCON, e sim da respectiva agência reguladora, cujo desafio atual é organizar-se adequadamente para isso. Mas ela depende fundamentalmente do controle social, que por sua vez pressupõe a organização dos usuários.”*

Além disso, eventual descumprimento dos deveres das concessionárias frente aos usuários, assim como a inércia da entidade concedente na fiscalização, aplicação de sanções e adoção de outras providências perante a concessionária, poderá ser contrastado perante o Poder Judiciário.

Já no que se refere à defesa do consumidor em juízo, não vemos incompatibilidade que afaste a aplicação do sistema delineado no CDC à prestação de serviço público.

Conforme previsto no artigo 81 do CDC, *a defesa do consumidor em juízo pode ser feita de modo individual ou coletivo*, o que também deriva do inciso II do artigo 7º da Lei 8.987/95, que faz alusão à defesa de interesses *individuais ou coletivos* dos usuários de serviço público, sem, entretanto, contemplar regras próprias para tanto.

Salvo no que se refere à reparação de danos, pensamos que *as ações coletivas são o modo de defesa do usuário mais adequado ao regime jurídico característico da prestação de serviços públicos*, contrário à criação de *situações especiais de desigualdade entre os usuários*.

Para esse fim, releva destacar que a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos dos usuários deriva, antes de mais nada, do art. 129, II, da Constituição da República, que lhe assinala o dever de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantias*.

⁶⁵ Em “Novas considerações sobre a diferença jurídica entre usuários de serviço público e consumidor”, comentário nº 00014, de 01/05/2000, divulgada no sítio eletrônico www.celc.com.br.

Não obstante, o ajuizamento de ações civis públicas, na defesa dos *interesses individuais homogêneos dos usuários de serviços públicos* (cf. art. 81, c.c. com art. 82), tem se baseado na interpretação conjugada dos artigos 81, III, e 82, I, do CDC, e no art. 21 da Lei 7.347/85, que é a Lei da Ação Civil Pública, nela inserido pelo próprio CDC.

É importante, entretanto, que os legitimados para defender os interesses dos usuários em juízo o façam de modo adequado às peculiaridades do regime jurídico que rege suas relações com a concessionária e a entidade concedente, e que, a despeito de fundarem a legitimidade de sua atuação no CDC, não o apliquem de modo indiscriminado à prestação de serviços públicos.

3.2.3.5 - *Proteção contra práticas comerciais abusivas*

O Capítulo V do CDC pertinente a prática comerciais contempla uma série de normas relativas à oferta, publicidade e outras práticas abusivas do fornecedor de serviços, as quais foram evidentemente concebidas para atividades desenvolvidas sob regime de liberdade empresarial.

Algumas dessas regras podem ser aplicadas a serviços em que há competição entre concessionárias, como, p.ex., os preceitos que tratam da publicidade abusiva, que não fazem qualquer sentido quando se trata de serviços desenvolvidos por um só prestador.

De modo geral, o intuito protetivo de tais normas jurídicas já é garantido pelas que compõem o regime jurídico de prestação dos serviços público, como o direito de informação, a obrigação do prestador de admitir o ingresso do candidato a usuário na *relação de prestação* quando preenchidas as condições de acesso previstas nas normas regulamentares do serviço, o dever de tratá-los de modo equânime, e a regulação específica pertinentes à cobrança de dívidas e extinção da *relação de prestação*.

No que se refere aos pleitos de eventuais mudanças ou declaração de nulidade das “cláusulas” regulamentares da concessão, embora os usuários dos serviços públicos tenham o direito de pleitear a modificação e declaração de

nulidade de “cláusulas” regulamentares da concessão à entidade concedente, e, no caso da declaração de nulidade, também perante o Poder Judiciário, não será em face da concessionária que tal direito deve ser exercido, razão pela qual não se insere no conteúdo da relação jurídica estudada neste Capítulo.

3.2.3.6 - *Direito à repetição do indébito por valor igual ao dobro do pagamento em excesso*

O afastamento da alternativa de *restituição da quantia paga*, normalmente disponível ao consumidor no caso de vício do serviço (cf. art. 20, c.c., o parágrafo único do art. 22) constitui indicativo da incompatibilidade da *repetição em dobro do pagamento* prevista no artigo 42 do CDC com o regime de prestação do serviço público.

A nosso ver, o efeito punitivo inerente a tal dispositivo só deve ser aplicado à concessionária nas hipóteses em que a cobrança em excesso resulte de falha que lhe possa ser atribuída, o que não ocorrerá se estiver cumprindo as *normas regulamentares* do serviço pertinentes à cobrança de tarifas.

Pois bem, vistos os principais direitos e faculdades dos usuários, passa-se agora a suas obrigações, sujeições e encargos.

3.2.4 - *A obrigação de pagamento de tarifa para fruição do serviço*

A principal obrigação do usuário em relação à concessionária se consubstancia no pagamento da tarifa correspondente à prestação, a qual constitui o traço mais marcante da natureza sinalagmática da *relação de prestação*⁶⁶.

⁶⁶ Embora a prestação de serviço público sob regime de concessão normalmente implique a onerosidade da correspondente fruição, as concessões de rádio e televisão são exemplo de que *a cobrança de tarifa nem sempre está atrelada à prestação de serviço público concedido*. Trata-se, entretanto, de hipótese de rara configuração no Brasil, tendo em vista que a maioria dos serviços públicos está associada a infra-estruturas cuja implantação, manutenção e melhoramento demandam investimentos de valor elevado, que não são integralmente cobertos por receitas paralelas à tarifária.

Evidentemente, o valor da tarifa a ser pago tem repercussão direta no acesso da população à prestação dos serviços públicos, por isso ser a necessidade de formulação de uma *política tarifária*, como determinado pelo inciso III do artigo 175 da Constituição da República.

Dessa imposição de que a tarifa seja objeto de política pública formulada pela entidade concedente resulta que seu valor não corresponde simplesmente ao custo (seja médio ou marginal) do serviço, o que ora se diz não apenas no sentido já referido no acerca dos distintos regimes tarifários, mas, sobretudo, em consideração ao *caráter social da tarifa*.

Com efeito, a decisão quanto à prestação de certo serviço público sob regime de concessão deve forçosamente se basear em estudos sócio-econômicos que atestem a viabilidade de tal opção, mediante a demonstração de que a cobrança de tarifa em determinado patamar não impedirá que seus destinatários o utilizem, ou, que, para tanto, tenham que comprometer parcela substancial de seus rendimentos.

Com perdão pela repetição de obviedades, não se deve perder de vista que a finalidade da instituição de serviços públicos é o fornecimento de utilidades (necessidade ou comodidade) à população, e não a obtenção de lucro por parte de seu prestador, nota que constitui, aliás, a principal distinção entre serviços públicos e atividades econômicas propriamente ditas.

Naturalmente, não se está a dizer que o lucro do prestador não faça parte da concessão, porquanto é em busca dele que o empresário atua, e, a despeito do reduzido espaço de liberdade empresarial no desenvolvimento de serviços público, a decisão para concorrer a uma concessão é sempre e exclusivamente sua, dado o caráter não coercitivo da atuação da iniciativa privada. De modo que, sem expectativa de lucro, não há concessão.

Não se há de confundir, entretanto, o intuito lucrativo que orienta a atuação do prestador com a finalidade da prestação. Na formulação precisa de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, “*para o concessionário, a prestação do serviço público é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro.*”

*Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é **meio** por cuja via busca sua **finalidade**, que é a boa prestação do serviço”⁶⁷.*

O sucesso e legitimidade da concessão de determinado serviço público dependem da capacidade da entidade concedente em conciliar o intuito lucrativo da concessionária e os interesses públicos, por isso a necessidade de adequado *planejamento* tão destacado por **Antônio Carlos Cintra do Amaral**⁶⁸ e **Karina Houaut**⁶⁹.

Para tanto, além de dimensionar adequadamente os investimentos a serem realizados, o prazo para sua amortização, e demais condições da prestação, de acordo com as características de cada serviço e de seu público alvo, sem adotar padrões de excelência incompatíveis com o poder aquisitivo dos usuários, a entidade concedente poderá conferir exclusividade na prestação, prever subsídios diretos ou cruzados, isenções, tarifas diferenciadas, receitas paralelas, enfim, todo o mais necessário para garantir, a um só tempo, a universalização do serviço e a rentabilidade necessária para atrair o investidor privado, as quais devem ser mantidas ao longo da *relação de concessão*.

Esse é, para nós, o sentido do princípio da *modicidade tarifária*, que deve orientar a configuração da prestação dos serviços públicos e demais decisões a ela pertinentes⁷⁰.

Porém, retornando à *relação de prestação*, entre concessionária e usuário, o pagamento da tarifa é sempre devido e constitui condição para fornecimento do serviço.

⁶⁷ Cf. págs. 711/712 da obra citada.

⁶⁸ O autor destaca a importância do planejamento para outorga das concessões de serviços público em seu *Concessão de serviço público*, do qual consta capítulo especificamente dedicado ao tema, assim como o exalta em diversos de seus comentários, divulgados na página www.celc.com.br.

⁶⁹ Em *A revisão na concessão comum de serviço público*, tese de doutoramento defendida no ano de 2009 pela autora citada.

⁷⁰ Nas palavras de **Joana Paula Batista**, “a política tarifária deve garantir que a tarifa una o objetivo de lucro do concessionário do serviço à necessidade de democratização do acesso do maior número de pessoas à atividade prestada, tendo em vista o interesse público que referida atividade visa privilegiar. Dessa forma, a tarifa não pode ultrapassar o teto que coloque em risco a generalidade que se busca atingir com a prestação do serviço.” (cf. págs. 43 de seu *Remuneração dos serviços públicos*)

Sendo assim, o inadimplemento de referida obrigação por parte do usuário autoriza a concessionária a não desenvolver a prestação do serviço público, no caso de se tratar de prestações instantâneas, ou a interromper o fornecimento do serviço, quando se tratar de prestação continuada, nos termos do inciso II do §3º do artigo 6º da Lei 8.987/95.

Referido dispositivo legal impõe duas condições para a válida produção do *ato administrativo* de interrupção do fornecimento do serviço em caso de inadimplência do usuário, sendo uma de índole *processual* e outra de caráter *substantivo*, dentre outras condições de validade aplicáveis aos atos administrativos em geral.

A primeira dessas condições de validade é a necessidade de *prévio aviso* ao usuário, cuja interpretação deve ser um pouco mais alargada do que adviria se tirada apenas da letra fria da lei, em virtude dos princípios que compõem o regime jurídico incidente sobre a prestação de serviço público e do *caráter administrativo do ato de interrupção do fornecimento do serviço*⁷¹.

Deve-se entender, portanto, que o *prévio aviso* integra-se ao *devido processo legal* a ser instaurado para a interrupção do fornecimento do serviço, razão pela qual se impõe que venha acompanhado da *exposição dos motivos de fato e de direito* que a autorizam, a fim de possibilitar a *ampla defesa* do usuário, a ser exercida em *prazo razoável*, preferencialmente determinado nas *normas regulamentares* do serviço, aplicando-se, em sua ausência, o previsto nas gerais que regem o processo administrativo.

A decisão que se segue ao imprescindível contraditório passível de *recurso à entidade concedente*, além, é claro, de poder ser contrastada perante o Poder Judiciário, inclusive por meio de *mandado de segurança*.

⁷¹ Nesse sentido, confirmam-se as seguintes palavras de **Jacinto Arruda Camâra**: “*Trata-se, portanto, de uma decisão de natureza administrativa [o autor refere-se ao ato de suspensão do fornecimento do serviço], que põe termo ao exercício de determinados direitos dos usuários (o de obter a prestação de serviços públicos). Como tal, referida decisão deve ser obtida por meio de procedimento administrativo, que assegure a ampla defesa e o contraditório ao usuário atingido. Esta é uma decorrência do preceito constitucional que assegura aos litigantes, em processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Neste contexto torna-se possível encontrar o objeto da referida exigência legal: o prévio aviso do usuário serve para lhe assegurar o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.*” (cf. pág. 137 da ob. citada)

A outra condição, esta de índole material, referida no dispositivo legal supra mencionado, é que a interrupção do serviço seja feita em consideração do *interesse da coletividade*, conceito abstrato indeterminado, cuja concreta configuração não compete, evidentemente, à concessionária indicar.

Em princípio, a indicação do que deve ser concretamente considerado como *interesse da coletividade* compete à entidade concedente, que deve reduzir a margem de discricionariedade que lhe foi conferida no plano legal nas *normas regulamentares* do serviço, indicando quais são os interesses da coletividade a impedir a interrupção ou a impor a adoção de determinadas medidas, como, p. ex., o fornecimento de cota mínima para inadimplentes⁷².

Caso a indicação objetiva de como proceder nesses casos e de quais são eles já conste do edital, o que, evidentemente, corresponde à hipótese mais desejável, suas repercussões econômico-financeiras poderão ser estimadas pelos licitantes, de modo que não caberá pleito de reequilíbrio econômico-financeiro nesse sentido, por parte da concessionária, salvo convenção em sentido contrário, que pode se justificar quando a indeterminação inerente a tal situação impeça que se calcule com alguma precisão seus efeitos.

Caso assim não ocorra, isto é, se tais regras forem estipuladas após a apresentação das propostas ou se a entidade concedente se reservar o direito de determinar diante do caso concreto como a interrupção de fornecimento deve se compatibilizar com os interesses da coletividade, sua correspondente repercussão econômico-financeira dará ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, a ser implementado nas revisões ordinárias, em razão do caráter continuado da situação que lhe é subjacente.

Questão mais complexa concerne à hipótese de inexistir quaisquer regras a esse respeito, a despeito da ressalva legal. Nesse caso, assistirá ao Poder Judiciário a prerrogativa de determinar se a interrupção do fornecimento concreto

⁷² **Jacinto de Arruda Câmara** menciona alguns exemplos de medidas que poderiam ser adotadas como alternativa à suspensão do fornecimento em caso de inadimplência nas hipóteses em que afete os interesses da coletividade: “a instituição de cota mínima de fornecimento de serviço a usuários inadimplentes; a estipulação de prazo diferenciado para pagamentos, antes que se autorize o corte; a previsão de procedimento especial para efetivo corte; a seleção de usuários especiais que não se sujeitariam à medida – entre outras tantas possíveis, variando de acordo com as peculiaridades de cada serviço.” (cf. pág. 132 da obra citada)

foi é ou não compatível com o *interesse da coletividade*, até que sejam editadas as regras da entidade concedente a esse respeito.

Isso não significa que, a despeito do caráter discricionário de tais regras, o Poder Judiciário não possa controlar sua validade. Como ensina **Celso Antônio Bandeira de Mello**, a indeterminação dos conceitos é sempre *relativa*, como o é também a própria discricionariedade em qualquer outra hipótese⁷³, de modo que a entidade concedente há de prever alguma solução para que a interrupção do fornecimento de serviços públicos para determinadas entidades como hospitais, corpos de bombeiros, delegacias de polícia, dentre outras, seja compatibilizada com os interesses da coletividade, evitando respaldar a inadimplência contumaz que derivaria da simples proibição da interrupção do fornecimento.

Evidentemente, ao Poder Judiciário não cabe dizer qual é a solução adequada, mas poderá anular o ato de suspensão do fornecimento quando fundado em soluções desarrazoadas ou desproporcionais.

Por fim, vale tecer alguns comentários sobre os serviços de fruição compulsória, tanto para dizer que em relação a eles não há que se falar em interrupção de fornecimento, por razões óbvias, quanto para esclarecer a observação feita no início deste Capítulo a respeito da natureza tributária de sua remuneração, que se configura, portanto, como taxa, e não tarifa.

Escapando aos limites deste trabalho adentrar em considerações mais profundas a respeito da natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviços públicos⁷⁴, parece-nos certo afirmar que a inclinação mais atual tanto da doutrina quanto da jurisprudência é no sentido de reconhecer a natureza não tributária dos valores cobrados por concessionárias de serviços públicos.

Embora concordemos com tal orientação, há de se ressaltar que a eventual prestação de serviços de fruição compulsória sob regime de concessão não tem, entretanto, o condão de afastar o regime tributário que, a nosso ver, incide sobre o valor cobrado de seus usuários.

⁷³ Acerca da indeterminação relativa dos conceitos v. págs. 969 à 972 da obra citada, quanto à relatividade da competência discricionária em geral, v. págs. 983 à 990.

⁷⁴ Para amplo e detalhado panorama da doutrina e jurisprudência acerca do tema, e seu exame acurado, v. **Dinorá Adelaide Musetti Grotti**, págs. 226 à 242, da obra citada.

Destaque-se, entretanto, que a opinião acima exposta não se funda no *caráter obrigatório do pagamento da tarifa*, porquanto este, como visto, existe em relação à prestação de quaisquer serviços públicos não gratuitos; mas, no *caráter obrigatório da própria fruição do serviço*, nos casos em que sua utilização pelos indivíduos é, em si mesma, objeto de interesse público, como se passa em relação aos serviços de saneamento básico, como se tem do artigo 45 da Lei 11.445/07.

Nosso entendimento funda-se, portanto, no princípio da legalidade, por força do qual *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei*. Assim, se não o consenso não está na base da constituição da *relação de prestação* pertinente a tais serviços, as medidas que intervenham em sua liberdade, como o próprio caráter obrigatório da fruição, ou em sua propriedade, como a obrigação de pagar por esses serviços, hão de estar previstas em lei.

De modo que, o valor a ser cobrado deve estar previsto em lei, assim como só por força de lei poderão ser alterados, características jurídicas típicas do regime jurídico tributário. Note-se que eventual inadimplência do usuário, nesses casos, dará ensejo a uma execução de índole tributária, a ser movida pela entidade concedente, sem prejuízo da continuidade de fornecimento, que, como dito, é objeto de interesse público.

Eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro pertinentes a concessões de tais serviços públicos serão efetivados por meio de outros mecanismos que não revisão tarifária, como a alteração no cronograma de investimentos, extensão do prazo da concessão, dentre outros.

3.2.5 - Sujeição ao poder disciplinar exercido pela concessionária para o bom andamento do serviço

A constituição da *relação de prestação* implica também a *sujeição* do usuário à *prerrogativa* que a entidade concedente delega à concessionária de

gerenciar certas ações dos usuários quando necessário para propiciar o funcionamento organizado do serviço e sua adequada fruição.

Esclareça, desde já, que tal prerrogativa, cuja manifestação se consubstancia, sobretudo, na prática de atos materiais, não se confunde com o exercício de *poder de polícia*, o qual, em nossa opinião, não pode ser exercido por concessionárias.

A vedação de exercício de poder de polícia, por pessoas jurídicas de direito privado deriva do *princípio da igualdade e legalidade*, consagrados no artigo 5º, *caput*, e seus incisos I e II, da Constituição da República, por força dos quais cidadãos que são iguais perante a lei não podem titularizar poderes que restrinjam a liberdade ou propriedade uns dos outros, independentemente de sua vontade, salvo raríssimas exceções expressamente previstas em lei.

No plano infralegal, a *indelegabilidade do exercício do poder de polícia* é expressamente reconhecida no art. 4º, III, da Lei 11.079/04, e constitui a razão de ser de diversos dispositivos legais que atribuem as incumbências pertinentes ao exercício de poder de polícia à entidade concedente, o que se verifica, p. ex., na competência que lhe é atribuída para aplicar eventuais penalidades regulamentares aos usuários e declarar a utilidade pública de bens para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa (cf. art. 29, I, VIII e IX, da Lei 8.987/95).

Contudo, cabe à concessionária cumprir e fazer cumprir as normas do serviço, assim como zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço (cf. art. 31, IV e VII da Lei 8.987/95), de modo que, conquanto não lhe assista o poder de aplicar sanções patrimoniais aos usuários, incumbe-lhe exercer certo poder disciplinar de sua conduta, apenas no tocante à adequada fruição do serviço, em estrita conformidade com o previsto nas normas do serviço e, evidentemente, nas leis pertinentes, ao que o inciso VI do artigo 7º da Lei 8.987/95 também parece aludir.

Assim, a concessionária incumbida de operar uma rodovia poderá exigir dos usuários que sigam suas instruções quanto a operações especiais de tráfego; outra que seja responsável pela operação do metrô poderá requerer aos usuários

que permaneçam em fila nos locais apropriados; mas não poderão aplicar multas em razão do descumprimento de tais condutas, e, muito menos, empregar meios de coerção física, salvo em caso de flagrante criminoso.

A finalidade exclusiva de tal *prerrogativa* é a de tornar possível o bom andamento do serviço, no espaço em que as regras gerais de polícia não o assegurem, e observados os limites supra referidos em relação ao emprego de meios de coação e coerção.

Assim, nos casos em que o exercício de poder de polícia por parte das autoridades para tanto competente seja suficiente para garantir o bom andamento do serviço, não caberá falar em exercício de *prerrogativa* disciplinar por parte da concessionária.

3.3 - Conteúdo da relação de garantia

Em razão de seu caráter eficaz, a relação de garantia tem conteúdo mais enxuto do que os das outras duas relações já examinadas, mas contém direitos relevantes para a garantia da manutenção de serviço adequado.

Conforme dito no Capítulo 2º, para além de poder invocar a *responsabilidade subsidiária do concedente por danos causados*, que já foi abordada no item 3.2.3.2.2 supra, o usuário titulariza *direitos subjetivos públicos* por meio dos quais pode *impulsionar a atuação* do concedente, bem como deduzir perante ele *pretensões relacionadas à configuração do serviço público*.

Trata-se de direitos pertinentes ao princípio da *participação democrática dos usuários*, referido por **Carmem Lúcia Antunes Rocha**⁷⁵, o qual, por sua vez, constitui desdobramento do princípio republicano.

Além dessas alusões de índole mais geral à condição de cidadão dos usuários e do destaque que o artigo 175 da Constituição confere a seus direitos, sua participação na avaliação, externa e interna, e fiscalização da prestação dos

⁷⁵ A autora refere-se ao conteúdo jurídico de tal princípio às págs. 93 à 98 da ob. cit.

serviços públicos é reforçada no inciso I do §3º do artigo 37 da Constituição, e em diversos dispositivos da Lei 8.987/95.

A satisfação normal de tais direitos depende da atuação do *poder* concedente, com base no qual deve conformar a prestação do serviço público aos interesses públicos, procedendo às alterações para tanto necessárias na configuração original do serviço e adequando a conduta da concessionária que discrepe das regras previstas, agindo oficiosamente ou por provocação dos usuários.

Como diz **Antônio Carlos Cintra do Amaral**, “*a defesa, pelo Poder Público, do usuário de serviço público é mais relevante do que a defesa do consumidor. O pressuposto básico do instituto da concessão de serviço público no Direito brasileiro é a prestação de “serviço adequado”. O princípio da indisponibilidade do interesse público, a que se refere Celso Antônio Bandeira de Mello em diversos escritos, impede que o poder concedente concorde com qualquer solução que prejudique essa prestação, por mínimo que seja o prejuízo, o que não ocorre na relação de consumo, em que os interesses envolvidos são privados.*”⁷⁶

É desses direitos que tratamos a seguir.

3.3.1 - Direitos subjetivos públicos reacionais e plenos dos usuários relacionados à configuração do serviço

Como cediço, cabe à entidade concedente configurar as condições originais de prestação adequada dos serviços públicos concedidos e alterá-las nas hipóteses em que não se mostrem suficientes ou eficientes para atingir os fins a que se destinam.

⁷⁶ Cf. Comentário de número 00041, de 01/07/2001, divulgado no sítio eletrônico www.celc.com.br.

Tais *deveres-poderes* resultam de sua titularidade e incumbência de promover e manter serviço adequado, conforme artigo 175 da Constituição da República, e se encontram também previstos nos artigos 9º, §4º, 23 e 29, I, da Lei 8.987/95.

Dentre as prerrogativas da entidade concedente, essa é a que se reveste de maior carga de discricionariedade, por derivar do *mandamento* das normas jurídicas de base legal que a confere, a qual *prevê seu objeto* (art. 23 da Lei 8.987/95), *mas não seu conteúdo específico*, sendo que no caso de alteração das *normas regulamentares* originais, a discricionariedade resulta também da *hipótese* da norma legal, que *não indica o momento em que deve se efetivar* (art. 9º, §4º, da Lei 8.987/95).

Tal margem de liberdade conferida no plano legal à administração pública concedente decorre não só de deliberado intuito de que sejam elaboradas as normas mais adequadas ao atendimento das finalidades legais, face às circunstâncias concretas e peculiaridades de cada serviço, mas também da inviabilidade material e jurídica de que a lei preveja todas as condições de prestação dos mais diversos serviços.

É dizer: reúnem-se aqui todos os fundamentos da discricionariedade apontados por **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁷⁷.

Contudo, além dos limites que resultam dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e demais princípios de Direito Administrativo consagrados no artigo 37, *caput*, da Constituição, a Lei 8.987/95 estabelece a necessária regulamentação de algumas matérias e certos parâmetros, para que a finalidade de configuração adequada do serviço seja atingida, dentre eles, os que constam do artigo 6º da Lei 8.987/95, o qual prevê que serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas.

Salvo no que se refere à cortesia na prestação e eficiência, que, a nosso ver, correspondem a *deveres gerais de conduta* da concessionária, as demais

⁷⁷ Cf. páginas 964 e 965 de seu Curso de Direito Administrativo.

condições devem orientar a configuração do serviço, além de corresponderem a obrigações da concessionária, conforme visto.

Pois bem. Diante de dever revestido por tão alta carga de discricionariedade, os usuários não detêm *direitos subjetivos públicos* de exigir determinada configuração do serviço, mas, titularizam *direitos subjetivos públicos* relevantes perante a entidade concedente.

Em primeiro lugar, assistem aos usuários *direitos subjetivos reacionais* de se insurgir contra as *normas regulamentares* do serviço que contrariem diretamente as finalidades legais ou que não as tenha tomado em consideração, assim como as que se mostrem não razoáveis ou desproporcionais em relação às circunstâncias concretas com base na quais foram concebidas.

Dentre as circunstâncias concretas que podem servir de parâmetro para o fim de verificar a razoabilidade e proporcionalidade das normas regulamentares do serviço, cite-se os levantamentos acerca do perfil do público a que o serviço se destina, os dados colhidos nas pesquisas desenvolvidas com os usuários potenciais e nos estudos de viabilidade realizados anteriormente à outorga da concessão, assim como, no caso das alterações das normas regulamentares, os que resultem do monitoramento permanente do serviço, os resultados das avaliações periódicas dos usuários efetivos quanto à qualidade do serviço, e as queixas e reclamações por eles apresentadas.

Com base em seu amplo direito de informação e fiscalização, os usuários podem exigir que tais dados sejam produzidos e que tenham pleno acesso a eles (cf. art. 37, §3º, I e II, da Constituição, e arts. 3º, 7º, I, 21, 22, 29, VII, e 31, III, da Lei 8.987/95), para conhecimento e fundamentação de seus pleitos, que podem ser opostos tanto à administração pública quanto ao poder judiciário.

Também assiste aos usuários *direitos subjetivos plenos* de exigir, perante a administração pública ou poder judiciário, a produção de *normas regulamentares* sobre as matérias previstas no artigo 23 da Lei 8.987/95, porquanto, a despeito de não indicar o conteúdo específico de tais normas,

referido dispositivo legal elenca com clareza seu *objeto*, assim como seu *momento de produção*, posto que devem figurar na minuta de contrato, que é peça obrigatória das licitações prévias à outorga de concessões.

Para o fim de se aferir o cumprimento do dever jurídico em comento, há de se considerar, ainda, que, a despeito de não indicar o conteúdo específico de tais normas, a margem de liberdade que a lei outorga à entidade concedente para configuração do serviço deve-se, dentre outros motivos, ao deliberado intento legal de propiciar a formulação das regras mais adequadas ao atendimento das finalidades legais, isto é, *a discricionariedade que o artigo 23 confere à entidade concedente visa à melhor regulamentação das matérias mencionadas em seus incisos*, à luz das circunstâncias concretas.

Assim, a *mera reprodução* dos incisos do artigo 23 na minuta de contrato, assim como sua *desregulamentação* caracteriza *descumprimento do dever jurídico administrativo de adequada configuração do serviço*, contra o que os usuários, e demais órgãos de controle, poderão se insurgir.

Conforme mencionado alhures, em que pese a margem de liberdade da entidade concedente quanto ao grau de detalhamento e modo de disciplina das normas regulamentares do serviço, delas deve resultar, forçosamente, o que, afinal, constitui a prestação adequada do serviço objeto da concessão, a fim de nortear a conduta da concessionária e a fiscalização da entidade concedente e dos usuários.

Como cediço, o dever de regulamentar as condições de prestação dos serviços públicos não resulta apenas dos diversos dispositivos que a Lei 8.978/95 contempla a esse respeito, os quais são, na verdade, mera especificação dos deveres atinentes à titularidade da entidade concedente sobre o serviço e da responsabilidade que detém em relação à manutenção de serviço adequado, como se tem do artigo 175 da Constituição da República.

Ora, admitir que a entidade concedente possa exercer o papel de mera espectadora da regulação da prestação de serviços públicos pelo mercado é esvaziar o sentido jurídico da *incumbência* que lhe foi conferida pela

Constituição e da determinação de que sua prestação por terceiros subordine-se a um *regime* – evidentemente jurídico - *de concessão e permissão*.

Assim, ao dever jurídico de regulamentação dos serviços públicos há de se atribuir algum conteúdo jurídico, ainda que indeterminado, o qual evidentemente não se encontra nas ditas *leis* de mercado.

Ainda nesse campo dos direitos dos usuários pertinentes à configuração, cumpre referir a *liberdade de escolha entre prestadores*.

A nosso ver, as ressalvas sobre a possibilidade de prestação exclusiva nos mesmos dispositivos legais que estabelecem o princípio da prestação de serviço público em regime de competição, indicam que cabe à entidade concedente ponderar, à luz do caso concreto, qual a melhor alternativa, tendo em vista os princípios aplicáveis à prestação de serviços públicos.

Há de se considerar se a concorrência entre os prestadores de fato trará vantagem aos usuários, tendo em vista os princípios que singularizam a prestação de serviços públicos, tais como *universalidade* e *modicidade tarifária*, os quais podem até mesmo desautorizá-la face às circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, vale observar que se, por um lado, a propalada dissociação entre a prestação do serviço público e a construção da correspondente infraestrutura, concebida para ser aplicada aos casos em que a infra-estrutura para prestação do serviço público já se encontre disponível, propicia a oferta do serviço por diversas concessionárias; por outro lado, tal alternativa, elimina os benefícios advindos de ser atribuída ao sujeito que construiu a infraestrutura a responsabilidade por mantê-la e operá-la durante o longo prazo da correspondente concessão.

De modo que os artigos 7º, III, e 16 da Lei 8.987/95 estabelecem um *dever objetivo* ao concedente, que em sua decisão quanto à implantação ou não de regime competitivo na prestação de determinado serviço público deve observar os parâmetros estabelecidos no artigo 16.

Assim, a nosso ver, os usuários titularizam *direitos subjetivos públicos reacionais* contra a não observância de tais parâmetros, mas não nos parece que a Lei lhes confira direito de exigir referida configuração.

Diga-se, por fim, que além dos *direitos subjetivos públicos* ora referidos, assistem aos usuários os direitos de exercer os controles objetivos que cabe a qualquer cidadão, não apenas por ocasião das audiências públicas prévias à outorga da concessão e de outras que se façam ao longo de seu desenvolvimento, mas também por meio de seu direito petição, com base no qual poderá apresentar sugestões, queixas e reclamações aos órgãos de controle e à entidade concedente, a qual deverá apurá-las e respondê-las em até 30 (trinta) dias, cientificando-os das providências tomadas.

Eventual descumprimento de tal dever por parte da entidade concedente poderá ser também contrastado perante o poder judiciário, seja para efetivação da obrigação de fazer que lhe é inerente, seja para sua responsabilização pelo descumprimento dos deveres legais que lhe foram atribuídos.

3.3.2 - Direitos subjetivos públicos reacionais e plenos relacionados à fiscalização e aplicação de sanções por parte do concedente

Como resulta dos artigos 3º e 30 da Lei 8.987/95, incumbe à entidade concedente a *fiscalização contínua* da prestação dos serviços públicos, tarefa para a qual deverá se aparelhar e em relação à qual os usuários poderão *cooperar*, sem que o exercício da *faculdade de fiscalização* diretamente pelos usuários possa exonerar ou atenuar o *dever-poder* de fiscalização atribuído ao concedente.

Pois bem. Sem prejuízo do exercício direto de tal faculdade de fiscalização, tratada alhures, o usuário poderá se valer também da intermediação da entidade concedente para obter informações (cf. art. 7º, II, da Lei 8.987/95), apresentar-lhe queixas e reclamações, aguardando o decurso do prazo de 30 (trinta) dias para ser cientificado das providências tomadas (cf. 29, VII), assim

como exigir, que exercite seu dever-poder de fiscalização, por meio da aplicação de sanções, intervenção e declaração da caducidade da concessão (cf. art. 3º e 29, I, da Lei 8.987/95).

A nosso ver, o afastamento da competência dos órgãos de defesa do consumidor para aplicação de sanções administrativas às concessionárias tem como pressuposto a atuação efetiva do concedente na defesa administrativa dos interesses dos usuários, sem que se possa dizer que a Lei 8.987/95 os tenha negligenciado.

Sendo assim, aos usuários assiste o direito de pleitear a aplicação de sanções administrativas e de obter resposta motivada, no prazo supra referido, quanto às providências adotadas, mas não apenas isso, poderá exigir também a própria aplicação de sanções, em certos casos.

A nosso ver, os usuários terão *direitos subjetivos plenos* para exigir a aplicação de sanções nas hipóteses em que se trate de medida vinculada, assim como nos casos em que a discricionariedade prevista no plano abstrato tenha se esvaído à luz do caso concreto.

Note-se que a maioria das sanções administrativas não se reveste de caráter discricionário propriamente dito, no sentido de não caber ao agente incumbido da prática de determinada conduta *avaliação* quanto à sua conveniência e oportunidade à luz dos interesses públicos que concretamente se apresentam, mas, tão somente, a *constatação* de certas condições de índole técnica, após o que se imporá a adoção de certa conduta.

No que se refere à caducidade, a discricionariedade conferida ao concedente pelo §1º do artigo 38 deve-se, sobretudo, a impossibilidade de pré-determinação no plano legal de todas as condutas cuja gravidade imponham a extinção da *relação de concessão*.

Contudo, diante da inadequação dos serviços prestados, a decretação da caducidade é medida que se impõe e que, portanto, poderá ser exigida pelos usuários. Além da forçosa redução de tal margem de liberdade nas normas

regulamentares da concessão, as avaliações de qualidade dos serviços prestados também constituem um bom parâmetro para medir a adequação dos mesmos.

No que se refere à instituição de *comissões tripartites*, cabe observar que, conquanto a lei atribua à entidade concedente o dever de produzir normas acerca da periodicidade da fiscalização a ser por elas exercida, assim como sobre a forma de nomeação dos representantes de cada categoria, não lhe confere espaço para avaliar a conveniência e oportunidade de formação de tais comissões.

As normas a respeito da forma de nomeação dos representantes, assim como da periodicidade de funcionamento das comissões tripartites devem constar da minuta de contrato, como nos parece resultar da dicção do artigo 31, III, da Lei 8.987/95, além de ser a interpretação mais compatível com a efetividade da função de fiscalização atribuída a tais comissões, que devem, portanto, funcionar desde o princípio da concessão.

Sendo assim, assiste aos usuários *direitos subjetivos plenos* de exigir a produção de tais regras por parte da entidade concedente, assim como *direitos subjetivos reacionais* contra a indicação de seus representantes, apresentando, para tanto, as razões em que se baseiam sua suspeição ou impedimento.

Os poucos, mas bons, exemplos que conhecemos de comissões tripartites que atuam de modo efetivo na melhoria da prestação de serviços públicos nos levam a arrematar nossas considerações com a seguinte observação de **Antônio Carlos Cintra do Amaral**⁷⁸, que se aplica a tudo quanto se disse: “*A prestação de “serviço adequado” depende da consciência, pela concessionária, da função social a ela atribuída, da capacidade de gestão, pela Administração, e da organização dos respectivos usuários. Quanto a estes, dispõe a lei que incumbe ao poder concedente “estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço (art. 29, XII, da Lei 8.987/95). Seria ingenuidade, porém, acreditar que a sociedade, ou segmento desta, seja organizada por decreto.*”

⁷⁸ Cf. pág. 92 de sua Concessão de serviço público.

CONCLUSÃO

I - Com base nas considerações expendidas no Capítulo 1º, conclui-se que:

- 1) Relação jurídica é o vínculo por meio do qual são atribuídas posições jurídicas correlacionadas a sujeitos de direito, seja por força do que prescreve o comando normativo geral e abstrato, que, por meio dela se individualiza e concretiza, seja em virtude do que prevê seu próprio conteúdo.
- 2) A relação jurídica resulta sempre de um fato jurídico, que pode ou não ser, em si mesmo, um fato relacional humano: se não o for, trata-se de relação jurídica *eficacial*, se o for, tem-se uma relação jurídica *básica*, com maior propensão para gerar outras relações jurídicas que se desenvolverão em sua base, sobretudo quando dotada de conteúdo normativo próprio, isto é, diverso dos preceitos legais.
- 3) Por força do princípio da legalidade, o ingresso das pessoas nessas relações jurídicas dotadas de conteúdo normativo próprio depende, em geral¹, de seu consenso. Se tal conteúdo for pertinente à função administrativa, tem-se uma *relação jurídica especial de Direito de Administrativo*, também denominada relação especial de supremacia ou sujeição.
- 4) As relações jurídicas especiais de Direito Administrativo podem ter caráter contratual ou estatutário. A principal distinção é que na *relação contratual*, o acordo de vontades tem a função de determinar sua formação e de proteger o conteúdo dos preceitos que regerão o relacionamento entre as partes; enquanto que na *relação estatutária* o acordo de vontades é determinante apenas para sua formação, mas não produz o efeito protetor típico da relação contratual.

¹ Admite-se a instauração de relações jurídicas especiais de Direito Administrativo independentemente do consenso de uma das partes nas hipóteses em que seu conteúdo se restringir a regras de organização de determinado serviço, como ocorre no caso de prestação de serviços públicos de fruição compulsória.

- 5) Os aspectos pertinentes à constituição de uma relação jurídica dividem-se em internos, que são os *elementos* de tal relação, quais sejam, forma ou *natureza jurídica* e *conteúdo*; e aspectos externos, que são seus *pressupostos*, a saber, *sujeitos*, *objeto*, *causa* e *finalidade*.
- 6) As relações jurídico-administrativas diferenciam-se das demais em razão das seguintes características: i) um de seus *sujeitos* há de ser agente da administração pública, no sentido de pessoa legitimada para exercer as atribuições que lhe são pertinentes; ii) têm *finalidade objetiva*, distinta do interesse subjetivo dos sujeitos que nela figuram, eis que constituídas para satisfação de *interesses públicos*, assim entendidos os que recaem sobre bem que suscitem interesse geral e que, por tal motivo, são objeto de proteção jurídica; iii) as posições jurídicas por meio delas engendradas, especialmente os *direitos subjetivos públicos* (plenos ou reacionais) e as *obrigações e deveres administrativos subjetivos e objetivos*, revestem-se também de características peculiares, por vezes mais extensos, por outras, mais estreitos, do que se verifica nas relações jurídico-privadas, compondo uma relação dotada de certa assimetria, no sentido de que abrange posições jurídicas que nem sempre se ligam a um par correlato que corresponda exatamente a seu reflexo; iv) são precipuamente regidas por normas jurídicas de Direito Público, que visam garantir sua finalidade objetiva, as quais prevalecem sobre quaisquer outras, em caso de conflito; e, por vezes, v) integram-se em *redes de relações jurídicas*, dotadas de caráter *multilateral* (uma mesma relação jurídica que vincula diversas partes) ou *poligonal* (várias relações jurídicas interligadas).

II – Da aplicação das conclusões extraídas do Capítulo 1º às três relações jurídicas que foram objeto de estudo nos Capítulos 2º e 3º, conclui-se:

- 7) A relação jurídica de garantia da prestação de serviço público adequado tem caráter eficaz, enquanto que as relações jurídicas de concessão e

prestação do serviço público são *relações jurídicas básicas*, dotadas de conteúdo normativo próprio e similar.

- 8) As três são *relações jurídicas especiais de Direito Administrativo*.
- 9) As três relações jurídicas têm *caráter estatutário ou regulamentar*, sendo que a relação jurídica de concessão tem *caráter complexo*, que além do aspecto regulamentar, *compreende também aspecto contratual* pertinente às garantias e demais deveres de conteúdo econômico-financeiro que o concedente assume, em seu nome, perante a concessionária. As normas contratuais da concessão produzem efeitos jurídicos diretos apenas para suas partes e não podem ser alteradas sem o consenso das partes, sob pena de violação contratual. As normas regulamentares ou estatutárias do serviço público concedido formam o *estatuto do serviço*, que contempla as normas que disciplinam a prestação do serviço e a delegação conferida à concessionária, produz efeitos jurídicos diretos para o concedente, concessionária e usuários, e, podem ser alteradas pelo concedente, de modo que concessionária e usuários não têm direito à preservação de seu conteúdo.
- 10) As três são *relações jurídico-administrativas*. A relação de prestação do serviço público sob regime de concessão, à qual nem sempre se imputa tal enquadramento, que não se nega às demais, deve ser assim considerada porque: i) a concessionária presta o serviço na condição de delegatária do concedente; ii) a despeito de a relação de prestação ser constituída para fruição individual do serviço público, sua finalidade não é a satisfação de interesses individualmente concebidos, mas reciprocamente considerados em função do grupo a que o serviço se destina, de modo sua finalidade não deixa de ser a satisfação de interesses públicos, ainda que por meio dos interesses individuais dos usuários; iii) a concessionária cumpre obrigações administrativas e os usuários titularizam, dentre outros, direitos subjetivos públicos perante ela; iv) é precipuamente regida por normas jurídicas de Direito Administrativo, as quais prevalecem sobre quaisquer outras em caso de conflito.

11) O fenômeno jurídico de prestação de serviço público sob regime de concessão se desenvolve sobre a base dessas três relações jurídicas distintas e interligadas, dotadas, portanto, de caráter *poligonal*: a relação de concessão do serviço público entre concedente e concessionária (“relação de concessão”), a relação de prestação do serviço público sob regime de concessão entre concessionárias e os usuários (“relação de prestação”) e a relação de garantia de prestação de serviço público adequado entre concedente e os usuários (“relação de garantia”). A comprovação de tal caráter depende do exame comparativo dos pressupostos e elementos das três relações jurídicas.

III - Do exame das três relações jurídicas pertinentes ao fenômeno de prestação de serviços públicos sob regime de concessão realizado nos Capítulos 2 e 3, concluiu-se que:

12) As relações de concessão, prestação e garantia são distintas entre si, no que se refere a todos os seus aspectos. Quanto aos *sujeitos*: o *concedente* é sujeito das relações de concessão e prestação, mas não é parte da relação de prestação; a *concessionária* é sujeito da relação de concessão e prestação; o *usuário* é sujeito das relações de prestação e garantia, mas não é parte da relação de concessão. Quanto ao *objeto*: na relação de concessão é a própria concessão, isto é, a *delegação* por parte da entidade concedente à concessionária da atribuição de prestar o serviço público e do poder de explorá-lo comercialmente; já a relação de *prestação* tem por objeto a prestação do serviço público por parte da concessionária ao usuário; e, o objeto da relação de garantia é a prática pelo concedente dos *atos de conformação* necessários para garantir a prestação adequada do serviço por parte da concessionárias aos usuários. Quanto à *causa*: a que se refere à relação de concessão é um ato jurídico, *ato-união*, que integra, sem fundir, o *ato de outorga* do concedente e o *ato-condição* da concessionária, assim como o *contrato* entre ambos que constam, por

vezes, de um só instrumento; a causa da relação de prestação também é um ato jurídico, *ato-união*, que integra o ato de *requerimento de acesso* ao serviço do candidato a usuário e o *ato de admissão* praticado pela concessionária; já a causa da relação de garantia é o *fato jurídico* correspondente à prestação do serviço público sob regime de concessão, o qual, por força do previsto nos artigos 175, *caput* e parágrafo único; e 37, §3º, da Constituição da República, assim como em diversos dispositivos da Lei 8.987/95, que tratam dos direitos que os usuários titularizam perante o concedente, *v.g.*, artigos 3º, 7º, incisos I à IV; 29 e 30, implica a relação entre concedente e usuário. Quanto à *finalidade*: a que se refere à relação de concessão é a *promoção e conformação da prestação de serviço público sob regime de concessão*; a finalidade da relação de prestação é o *efetivo fornecimento do serviço público por parte da concessionária aos usuários*; e a relação de garantia tem por fim *assegurar a manutenção de serviço público adequado* aos usuários por parte do concedente. Quanto a seu *conteúdo*: a despeito do conteúdo normativo comum entre relação de concessão e prestação, as posições jurídicas que as três relações jurídicas vinculam a seus diversos sujeitos são distintas, conforme se tem do Capítulo 3º.

- 13) Há, entretanto, diversas interligações entre as três relações, juridicamente coligadas, porquanto, a despeito de sua autonomia estrutural, há entre elas vínculos de influência unilateral e recíproca. A razão de ser tal coligação é o fato de estarem atreladas a um mesmo fenômeno jurídico, qual seja, a prestação de serviços público sob regime de concessão, o que implica sua regência pelo mesmo conjunto de normas jurídicas, isto é, o estatuto do serviço e as demais normas jurídicas legais a ele pertinentes, ainda que existam certas normas jurídicas que se apliquem individualmente a apenas uma ou duas delas. A coligação entre elas revela-se nos vínculos apontados nos itens 14, 15 e 16 abaixo.
- 14) Há um vínculo de derivação entre a relação de concessão e prestação, assim como a relação de garantia deriva da conjugação entre elas: as

relações de prestação só se instauram em virtude da relação de concessão e a relação de garantia se instaura para garantir a adequada prestação do serviço público sob regime de concessão.

- 15) A relação de prestação não é meramente acessória à relação de concessão, tem caráter complementar relativamente a ela, pois a finalidade dela é a constituição e conformação da outra. Já a relação de garantia é acessória relativamente à relação de prestação, pois visa reforçar a posição jurídica de uma de suas partes, qual seja, os usuários do serviço público.
- 16) As três relações jurídicas se influenciam reciprocamente. A relação de concessão conforma a relação de prestação, mas os fatos verificados na relação de prestação também podem influenciar o conteúdo da relação de concessão. Do mesmo, certos fatos pertinentes à relação de garantia também influenciam a relação de concessão.
- 17) Assim, a despeito de não se desenvolver sobre a base de uma só relação jurídica trilateral, a geometria do fenômeno jurídico da prestação de serviço público sob regime de concessão tem caráter poligonal e pode ser associada à figura de um triângulo formado por três relações jurídicas distintas e interligadas.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1939.

_____. *Le prestazioni amministrativa rese ai privati*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1946.

_____. *Principi de diritto amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1966.

ALFONSO, Luciano Parejo. *La categoría de las relaciones especiales de sujeción. Problemática de la Administración Contemporánea – Una comparación europeo-argentina*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. *A importância da noção de parte para o conceito de função administrativa*. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público n 37, 2002.

_____. *Desapropriação de bens públicos à luz do princípio federativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Regulação e poder de polícia: distinções conceituais juridicamente relevantes*. In Pires, Luis Manuel Fonseca. Zockun, Maurício(coord). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica - sujeitos e objecto*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

ANDRADE, Odilon C. *Serviços públicos e de utilidade pública*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1937.

ATALIBA, Geraldo. *SABESP – serviço público, delegação a empresa estatal, imunidade a impostos, regime de taxas*. Revista de Direito Público 92/70-95. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 1989.

AZEVEDO, Eurico de Andrade e MAZZEI DE ALENCAR, Maria Lúcia. *Concessão de serviços públicos - comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98*, São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil*. In TRYBUS, Daiana, RIBAS, Paulo Henrique, CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (org.) e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, BLANCHET, Luiz Alberto (coord). *Serviços Públicos: Estudos Dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007

BACHOF, Otto, WOLFF, Hans Julius e STOBER, Rolf. *Direito Administrativo, v. 1*. Tradução de Antônio F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Ato administrativo e Direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Obra pública a custo zero*. Revista de Direito Público, São Paulo: n.3, 1993.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª. ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

_____. *Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro*. In CARVALHO, ANDRÉ CASTRO. *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre: Universidade do Rio Grande do Sul, v. 1, 1951.

_____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia, 1ª Parte*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni I - prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.

_____. *Teoria generale delle obbligazioni II - struttura dei rapporti d'obbligazione*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.

_____. *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

_____. *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BORGES, Alice Gonzales. *Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In TOJAL, Sebastião Botto de Barros (coord.). *Contratos com o poder público*.

BLONDEAU, Ange. *La concession de service public*. 12^a ed. Paris: Librairie Dalloz, 1933.

BRANCO, Adriano Murgel. *Formas de financiamento de obras e de serviços públicos* In DALLARI, Dalmo de Abreu e BRANCO, Adriano Miguel. *O financiamento de obras e de serviços públicos*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMMAROSANO, Márcio. *Contratos da administração pública e natureza jurídica da permissão de serviço público*. In WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Casa editrice dott. Antonio Milani, 1936.

_____. *Teoria geral do direito*. 2^a Ed. São Paulo, LEJUS, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributária*. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSETTA, Elio. *La concessione di pubblico servizio*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALCANTI, Temístocles Brandrão. *Concessão de Serviço Público – energia elétrica – regime legal vigente*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo v. 68, abril-junho de 1962.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Concessão de serviço público*. 2ª ed. São Paulo: 2002.

_____. *Licitação para concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. Revista da AASP n.107. Ano XXIX. dez. 2009.

_____. *Contratos de Concessão de Rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2009.

_____. *Regulação – Marcos Legais e Investimentos: Comentário nº 118*. Disponível em: <<http://www.conlicitacao.com.br/futuro/ppp/comentarios/cintra118.php>>. Acesso em: 8 dez. 2009.

_____. *Observações sobre as agências reguladoras de serviço público*. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/77.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

_____. *A concessionária age em nome próprio?* Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/126.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

_____. *Novas considerações sobre a diferença jurídica entre usuários de serviço público e consumidor*. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/14.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

_____. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. Disponível em: <[tp://www.celc.com.br/comentarios/pdf/41.pdf](http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/41.pdf)>. Acesso em: 16 dez. 2009.

_____. *Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle)*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE nº 2 – maio/junho/julho de 2005.

_____. *Comentários acerca da aplicação do CDC à prestação de serviços públicos concedidos*. In Carvalho, André Castro (coord.). *Contratos de Concessão de Rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP Editora, 2009.

_____. *Parecer sobre o tema. Contratos de Concessão de Rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. In ANDRADE, Letícia Queiroz de (org.). *Decisões e Pareceres Jurídicos sobre Pedágio*. São Paulo: ABCR, 2005.

_____. *O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias*. In TOJAL, Sebastião Botto de Barros (coord). *Contratos com o poder público*

_____. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico nº 6, maio/junho/julho de 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. *Credenciamento*. In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (org.). *Estudos em homenagem à Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Concessões de pacote rodoviário* In DALLARI, Dalmo de Abreu e BRANCO, Adriano Miguel. *O financiamento de obras e de serviços públicos*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. *Iniciativa privada e serviços públicos*. In DALLARI, Dalmo de Abreu e BRANCO, Adriano Miguel. *O financiamento de obras e de serviços públicos*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DROMI, Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Madri: Editorial Grouz, 1986.

ENTERRÍA, Eduardo García de., FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Civitas, 1974.

_____. *Curso de derecho administrativo II*. 5ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1977.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FERREIRA, Waldemar. *Parecer sobre as concessões de eletricidade*. In NONATO, Orosimbo, BALEEIRO, Aliomar e FERREIRA, Waldemar. *A verdade sobre as concessões de eletricidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Sindicato das indústrias de energia hidro e termo elétricas do Estado da Guanabara e Sindicato da indústria da energia hidroelétrica no Estado de São Paulo, 1962

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUICCIARDI, Enrico. *La giustizia amministrativa*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1943.

HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de serviço público*. São Paulo: tese de doutoramento defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *A proteção ao consumidor de serviços públicos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial. *Seminário sobre a iniciativa privada e serviços públicos – fórmulas de estímulo e garantias para atrair capitais e experiência gerencial privados para os serviços públicos*. Separata da Revista de Direito Público, v. 98, Abril-junho, 1991.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público*. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, jan./mar. 2003.

_____. *O Direito Administrativo de Espetáculo*. In ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LAUBADÈRE, André. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria da Globo, 1939.

_____. *A relação jurídica no direito administrativo*. Porto Alegre, Intellectus, 1952.

LINOTTE, Didier, MESTRE, Achille e ROMI, Raphael. *Services publics et droit public économique*. 3ª ed., Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1995.

MAMELI, Barbara. *Servizio pubblico e concessione - l' influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milão: Dott. A. Giuffrè editore, 1998.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Universalização de serviços públicos e competição - O caso da distribuição de gás natural*. Revista de Direito Administrativo 223/133-152. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Concessão de Serviço Público sem Ônus para o usuário*. In WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adílson Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MASAGÃO, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Dr. Luiz Afonso Heck. 1ª ed., Barueri: Manole, 2005.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo*. In ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado - parte geral - tomo I - Introdução, pessoas físicas e jurídicas*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado tomo II*. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

_____. *Tratado de Direito Privado - Direito das obrigações: obrigações e suas espécies, fontes e espécies de obrigações*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE nº 2, maio/junho/julho de 2005.

_____. (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a Edição da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo sob orientação do Professor Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Unidade ou Pluralidade de Contratos – contratos conexos, vinculados ou coligados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, v.817, 2003

NONATO, Orosimbo. *Parecer sobre as concessões de eletricidade*. In NONATO, Orosimbo, BALEEIRO, Aliomar e FERREIRA, Waldemar. *A verdade sobre as concessões de eletricidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Sindicato das indústrias de energia hidro e termo elétricas do Estado da

Guanabara e Sindicato da indústria da energia hidroelétrica no Estado de São Paulo, 1962

ORTIZ, Gaspar Arino. *Principios de derecho público econômico. Modelo de Estado, Gestion Publica, Regulacion Económica*. Madrid: Universidad Externado de Colômbia - Fundacion de Estudios de Regulacion, 2003

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos - Usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil- introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da lei n 8.987/95 - Conceitos e Princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RAYMUNDIE, Olivier. *Gestion déléguée des services publics - en France et en Europe*. Paris: Publications du Moniteur, 1995.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 5ª tiragem 2005.

RIBEIRO, Maurício Portugal e Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Contratos* v. 3. In CAMBLER, Everaldo (coord.). *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROLLAND, Louis. *Précis de Droit administratif*. 9ª ed. Paris: Librairie Dalloz, 1947.

ROMANO, Santi. *Fragments de un dictionario juridico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

SALOMONI, Jorge Luis. *La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino. Problemática de la Administración Contemporánea – Una comparación europeo-argentina*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros (coord.). *Contratos com o poder público*. São Paulo: Revista da AASP n.107. Ano XXIX. dez. 2009.

WALD, Arnoldo. *Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Responsabilidade do Estado, Serviço Público e os Direitos dos Usuários*. In FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*, São Paulo: Malheiros, 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)