

ANDRÉ SADDY

5ª
Edição

Revista
atualizada e
ampliada

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

ANEXO II DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS



www.ccej.com.br

Editores

André Saddy e Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Conselho Editorial

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

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

André Saddy

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

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

VOLUME 2

ANEXO II DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

5. ed
Revista, ampliada e atualizada

2026

Copyright © 2026 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: CEEJ

Capa: Julia Almeida

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

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

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

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Ferreira Alvarenga - CRB7 6873/RJ

Saddy, André

Curso de direito administrativo brasileiro: volume 2 – anexo II/André Saddy.
5. ed. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2026.
338 p.

Inclui notas explicativas e quadros
ISBN: 978-65-6175-002-8

1. Direito administrativo (Brasil). 2. Agentes Públicos. 3. Atividades Administrativas. I. Título. II. série.

CDD – 341.301

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

AJUDE O AUTOR A MANTER ESTA OBRA

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

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

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

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

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

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

Ajude o autor a manter esta obra

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

METODOLOGIA

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

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

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

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

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

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

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

Este anexo apresenta o resultado da pesquisa realizada nas 14 (quatorze) obras mencionadas. Foram 44 (quarenta e quatro) divergências doutrinárias neste volume. Em cada uma delas, identificou-se a parte do texto na qual o autor trata da divergência e, neste estudo, transcreveu-se, na sua literalidade, por meio de citação direta, o respectivo trecho. Grifou-se a parte do texto em que o autor se posiciona para facilitar ao leitor a compreensão do pensamento dele. Ao término de cada citação, incluiu-se a página e/ou o item e o capítulo no qual o texto pode ser localizado.

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

AJUDE O AUTOR A MANTER ESTA OBRA.....	7
METODOLOGIA	9
 DIVERGÊNCIA 071 - Espécies de agentes públicos.....	31
Corrente 1: são duas as espécies de agentes públicos: agente políticos e agentes administrativos	31
Corrente 2: são três as espécies de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração.....	31
Corrente 3: são quatro as espécies de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração	33
Corrente 4: são quatro as espécies de agentes públicos: agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais e particulares em colaboração com o Poder Público.....	34
Corrente 5: são cinco as espécies de agentes públicos: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados	34
Corrente 6: agente público como sinônimo de agente estatal abrange as seguintes seis espécies: agente político, agente administrativo, servidor público, servidor público com cargo, empregado público, e empregado estatal. Agente público também se pode referir, de forma restrita, aos servidores públicos	35
Corrente 7: os agentes públicos equivalem-se aos servidores públicos.....	35
Corrente 8: são sete as espécies de agentes públicos: agentes políticos, ocupantes de cargos em comissão, contratados temporários, agentes militares, servidores públicos estatutários, empregados públicos, e particulares em colaboração com a Administração (agentes honoríficos)	36
Conclusão	36
 DIVERGÊNCIA 072 - Espécies de agentes políticos.....	39
Corrente 1: são espécies de agentes políticos: o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores ...	39
Corrente 1.1: são espécies de agentes políticos: o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices e auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores ...	41

Corrente 2: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares imediatos (Ministros, Secretários estaduais e municipais), os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), os membros da Magistratura (juizes, desembargadores e ministros de tribunais superiores), e os membros do Ministério Público	43
Corrente 2.1: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares imediatos (Ministros, Secretários estaduais e municipais), os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), os membros da Magistratura (juizes, desembargadores e ministros de tribunais superiores), os membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores da República) e os ministros ou conselheiros dos tribunais de contas e dos conselhos de contas	44
Corrente 2.2: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo, os Ministros de Estado, os Secretários de Estado e de Município, os membros dos Poderes Legislativo e do Judiciário, das três esferas federativas, os membros dos órgãos constitucionalmente independentes federais e estaduais, os membros de jûris e de mesas eleitorais e os dirigentes de autarquias e de paraestatais	45
Não se posicionam	45
Conclusão	47

DIVERGÊNCIA 073 - Existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração	49
Corrente 1: Aponta a existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração	49
Corrente 2: Não aponta a existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração	49
Não abordam	53
Conclusão	54

DIVERGÊNCIA 074 - Contratação de seguro para proteção dos dirigentes de empresas estatais	55
Corrente 1: Possibilidade de contratação para os administradores	55
Corrente 2: Possibilidade de contratação pelos administradores	55
Não abordam	55
Conclusão	56

DIVERGÊNCIA 075 - Direito à planos de carreira de servidor público	57
---	----

Corrente 1: os servidores públicos têm direito a planos de carreira	57
Corrente 2: os servidores públicos têm direito a progredir se houver uma carreira	58
Não abordam	59
Conclusão	59

DIVERGÊNCIA 076 - Concurso público como processo ou procedimento administrativo.....

Corrente 1: concurso público como processo administrativo	61
Corrente 2: concurso público como procedimento administrativo	61
Não abordam	62
Conclusão	63

DIVERGÊNCIA 077 - Investidura como procedimento administrativo, ato complexo ou operação complexa

Corrente 1: investidura como procedimento administrativo	65
Corrente 2: investidura como ato complexo	65
Corrente 3: investidura como operação complexa	66
Não se posiciona	66
Não abordam	67
Conclusão	67

DIVERGÊNCIA 078 - (In)constitucionalidade do provimento derivado reversão

Corrente 1: inconstitucionalidade do provimento derivado reversão a pedido. A reversão ex officio, quando cessada a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez, ainda prevalece mesmo sem base constitucional.....	69
Corrente 1.1: inconstitucionalidade do provimento derivado reversão a pedido do aposentado e no simples interesse do Poder Público. A reversão só pode ocorrer quando desaparecem os motivos da invalidez ou na hipótese de ilegalidade na aposentadoria.....	70
Corrente 2: constitucionalidade do provimento derivado reversão.....	72
Não se posiciona	72
Não abordam	73
Conclusão	74

DIVERGÊNCIA 079 - Perda do cargo ou exoneração por adequação ao limite de despesas com pessoal

Corrente 1: o servidor estável pode ser exonerado por adequação ao limite de despesas com pessoal. Essa exoneração é ex officio	75
Corrente 2: o servidor estável pode ser exonerado do cargo por adequação ao limite de despesas com pessoal. Essa exoneração é excepcional, e por isso denominada sui generis	85
Corrente 3: o servidor estável pode perder o cargo por adequação ao limite de despesas com pessoal	86
Conclusão	88

DIVERGÊNCIA 080 - Necessidade ou não de atender à função social da propriedade	89
Corrente 1: o direito de propriedade é condicionado pela função social	89
Corrente 2: o direito de propriedade é relativo e deve atender à função social	91
Corrente 3: o direito de propriedade é relativo e condicionado, devendo atender à função social.....	92
Corrente 4: o direito de propriedade deve atender à função social para que seja considerado direito fundamental	94
Corrente 5: o direito de propriedade deve ser respeitado como direito fundamental	94
Corrente 6: o direito de propriedade é temperado pelo princípio da função social	95
Não abordam	96
Conclusão	98

DIVERGÊNCIA 081 - Domínio eminente	99
Corrente 1: domínio eminente é o domínio que exerce o Estado sobre todos os bens existentes em seu território	99
Corrente 1.1: domínio eminente é o poder potencial que o Estado exerce sobre tudo e todos os que se encontram no seu território. A teoria do domínio eminente deve ser filtrada pela teoria dos direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos	102
Corrente 2: domínio eminente indica a competência estatal para promover desapropriação ou se valer da propriedade privada em situações excepcionais .	103
Não abordam	104
Conclusão	104

DIVERGÊNCIA 082 - Conceito de bens públicos (natureza jurídica dos bens das pessoas jurídicas de direito privado)	105
--	-----

Corrente 1: exclusivista (apenas os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público)	105
Corrente 2: inclusivista (todos aqueles que pertencem à Administração)	108
Corrente 3: Mista (os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público e àqueles ligados diretamente à prestação de serviços públicos ou afetados a outra finalidade pública).....	111
Conclusão	116

DIVERGÊNCIA 083 - Possibilidade de oneração dos bens dominicais 117

Corrente 1: impossibilidade de oneração dos bens dominicais.....	117
Corrente 2: possibilidade de oneração dos bens dominicais	120
Não abordam	121
Conclusão	122

DIVERGÊNCIA 084 - Prescrição aquisitiva de bens públicos 123

Corrente 1: imprescritibilidade de bens públicos	123
Corrente 2: possibilidade de prescrição aquisitiva (usucapião) de bens públicos dominicais ou formalmente públicos	129
Não se posiciona	130
Conclusão	130

DIVERGÊNCIA 085 - Utilização do termo dominicais ou dominiais 131

Corrente 1: o termo bens dominiais indica de forma genérica os bens que formam o domínio público em sentido amplo. O termo bens dominicais tem caráter residual, indicando todos os bens que não estejam inclusos nas demais categorias de bens públicos	131
Corrente 2: fungibilidade das expressões.....	132
Não abordam	134
Conclusão	135

DIVERGÊNCIA 086 - Âmbito de possibilidade da afetação e da desafetação.. 137

Corrente 1: somente mudança de um bem de uso comum ou de uso especial para dominical e vice-versa.....	137
Corrente 2: admite também a afetação e desafetação como mudança de finalidade, logo a transformação de bem de uso comum em uso especial ou o contrário	143
Não abordam	145
Conclusão	145

DIVERGÊNCIA 087 - Formalidades a serem adotadas para afetação e desafetação	147
Corrente 1: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material).....	147
Corrente 1.1: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material), com a ressalva de que a desafetação não ocorre por falta de uso	148
Corrente 1.2: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material), considerando irrelevante a forma	148
Corrente 2: afetação é livre, não depende de lei ou ato administrativo, pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal ou tácita/material). Desafetação de bens de uso comum depende de lei específica ou ato administrativo, não pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal). Admite a desafetação de bens de uso especial por fato administrativo (tácita/material)	151
Corrente 3: afetação é livre, não depende de lei ou ato administrativo, pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal ou tácita/material). Desafetação depende de lei específica e ato administrativo, não pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal). Não diferencia bens de uso comum dos de uso especiais, mas admite que os bens podem ser desafetados por fato administrativo (tácita/material), desde que haja um ato administrativo declarando essa desafetação. Faz ressalva de que a desafetação de bens imóveis deve ser por lei	154
Não abordam	155
Conclusão	156

DIVERGÊNCIA 088 - Classes de utilização dos bens públicos	157
Corrente 1: quanto à conformidade com a destinação principal: uso normal ou anormal. Quanto ao critério de exclusividade: uso comum (ordinário ou extraordinário) ou privativo (especial).....	157
Corrente 2: são três as classes de utilização de bens públicos: a utilização comum (ordinária ou extraordinária); a utilização especial e a utilização privativa.....	159
Corrente 3: a utilização dos bens de uso comum pode ser ordinária ou extraordinária. A utilização dos bens de uso especial pode ser ordinária, admitindo-se o uso comum extraordinário do bem de uso especial ou o seu uso extraordinário, mas também especial. A utilização, independentemente de esse bem ser de uso comum, de uso especial ou dominical, também pode ser privativa	161

Corrente 4: são duas as classes de utilização de bens públicos: o uso comum e o uso especial. O uso especial pode ser especial remunerado, especial privativo e compartilhado.....	163
Corrente 4.1: são duas as classes de utilização de bens públicos: o uso comum e o uso especial. O uso especial pode ser especial remunerado e especial privativo.....	165
Corrente 5: são três as classes de utilização de bens públicos: o uso comum (ou normal); o uso especial (ou anormal); e o uso compartilhado	166
Corrente 6: são quatro as classes de utilização de bens públicos: o uso comum; o uso especial; o uso compartilhado e o uso privativo.....	168
Corrente 7: a utilização de bens públicos pode ser comum (ou ordinária) ou especial. A utilização especial comporta o uso extraordinário e anormal	169
Corrente 8: o uso do bem público pode ser normal (ou ordinário) e anormal (ou extraordinário). Há também o uso de modo privativo ou exacerbado	171
Não abordam	172
Conclusão	172

DIVERGÊNCIA 089 - Permissão e autorização do uso de bem público são ou não fungíveis.....	175
Corrente 1: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis.....	175
Corrente 1.1: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pela natureza transitória (ou não) da utilização pretendida pelo particular	176
Corrente 1.2: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado)	177
Corrente 1.3: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado) e pela faculdade ou obrigação de uso.....	177
Corrente 1.4: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado) e pela exigência (ou não) de licitação	178
Corrente 1.5: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pelo grau de incidência de precariedade e pela faculdade ou obrigação de uso	181
Corrente 1.6: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pela faculdade ou obrigação de uso e pela precedência de licitação	181

Corrente 1.7: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pelo grau de incidência de precariedade e exigência de licitação.....	182
Corrente 2: permissão e autorização do uso de bem público são fungíveis.....	183
Conclusão.....	185

DIVERGÊNCIA 090 - Obrigatoriedade de licitação na permissão de uso	187
Corrente 1: inexistência de obrigatoriedade de licitação na permissão de uso	187
Corrente 2: existe obrigatoriedade de licitação na permissão de uso.....	190
Não abordam	192
Conclusão.....	192

DIVERGÊNCIA 091 - Natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia	195
Corrente 1: a natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia é de ato administrativo vinculado	195
Não abordam	196
Conclusão.....	197

DIVERGÊNCIA 092 – Fundamento de existência do Poder de Polícia	199
Corrente 1: Soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território.....	199
Corrente 2.1: Supremacia do interesse público sobre o particular.....	199
Corrente 2.2: Interesse público apenas.....	200
Corrente 2.3: Ordem pública atualmente identificada como interesse público ..	200
Corrente 3: Supremacia geral da Administração Pública	201
Corrente 4: O fundamento é a promoção e a proteção dos direitos fundamentais	202
Corrente 5: O poder de polícia encontra fundamento na lei	203
Não aborda	203
Conclusão.....	203

DIVERGÊNCIA 093 – Diferença entre sanção de polícia e medida de polícia	205
Corrente 1: As sanções aplicam os parâmetros mais rígidos do Direito Administrativo e as medidas concretas visam a restauração das ordens de polícia	205
Corrente 2: As sanções ensejam punições e as medidas são providências administrativas	206

Corrente 2.1: As medidas são providências administrativas acautelatórias e, geralmente, precedem as sanções administrativas	206
Corrente 3: As medidas de poder de polícia não abrangem todos os ilícitos administrativos e a sanção promove restrições às liberdades individuais.....	207
Não se posicionam	207
Não abordam	208
Conclusão	208

DIVERGÊNCIA 094 – Emprego da nomenclatura “atributos” e/ou “características do poder de polícia”	211
Corrente 1: Utilizam a nomenclatura “características”	211
Corrente 2: Utilizam a nomenclatura “atributos”	212
Corrente 3: Utilizam as nomenclaturas “características” e “atributos” como sinônimos	213
Não abordam	214
Conclusão	214

DIVERGÊNCIA 095 – Características/atributos do poder de polícia	215
Corrente 1.1: As características/atributos do poder de polícia são a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade	215
Corrente 1.2: O poder de polícia possui os atributos específicos de discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, além de todos os atributos genéricos dos atos administrativos em geral	217
Corrente 2: As características/atributos do poder de polícia são a discricionariedade, a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a indelegabilidade a pessoas jurídicas de direito privado	217
Corrente 3: As características do poder de polícia são a atividade restritiva, a limitação da liberdade e da propriedade, a discricionariedade, caráter liberatório, a generalidade, a criação de obrigações de não fazer, a não geração de indenização, o não atingimento a particulares e a indelegabilidade a particulares, salvo atos preparatórios.....	217
Corrente 4: As características nucleares do poder de polícia são o caráter de atividade administrativa, a subordinação à ordem jurídica, a limitação direta aos direitos dos particulares, o poder baseado na autoridade e a abrangência de prescrições a imposição de sanções se desatendido	218
Corrente 5: O poder de polícia caracteriza-se pela imposição de abstenção aos particulares e por manifestações discricionárias	219
Não abordam	219

Conclusão	219
-----------------	-----

DIVERGÊNCIA 096 – Atributos/características do poder de polícia (como um todo) e atributos/características de cada uma das formas de atuação

Corrente 1: Atributos/características do poder de polícia como um todo	221
Não abordam	223
Conclusão	224

DIVERGÊNCIA 097 – Natureza jurídica do Termos de Ajuste de Conduta (TAC's) e Medidas de Recomendação de Conduta (MCR's)

Corrente 1: É um instrumento sui generis	225
Corrente 2: É solução consensual para eliminar a incerteza e disciplinar conduta futura	225
Corrente 3: Tem caráter de transação	225
Corrente 4: Natureza de negociação e de terminação pacífica de conflitos	226
Corrente 5: Natureza de prevenção ou término/solução de litígios	226
Corrente 6: Natureza de compromisso entre autoridade administrativa e interessados	227
Não abordam	227
Conclusão	227

DIVERGÊNCIA 098 – Possibilidade de delegação do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública

Corrente 1.1: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta	229
Corrente 1.2: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta, desde que não sejam dedicadas exclusivamente à exploração de atividade econômica em sentido estrito	229
Corrente 2: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta, mas somente dos atos de consentimento e atos de fiscalização, impedindo a delegação de atividades de legislação e de sanção	230
Não abordam	231
Conclusão	232

DIVERGÊNCIA 099 – Possibilidade de delegação do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado não integrante da Administração Pública

.....	233
-------	-----

Corrente 1.1: Impossibilidade de delegação a particulares, salvo atos preparatórios do exercício do poder de polícia ou a execução material dos seus atos	233
Corrente 1.2: É possível a prática de atos preparatórios do exercício do poder de polícia ou a execução material dos seus atos por particulares, mediante delegação ou por uma simples contratação	234
Corrente 1.3: Impossibilidade de delegação do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado sem vínculo oficial com os entes público, sendo possível apenas a operacionalização material da fiscalização por particular contratado, não se tratando de delegação	235
Corrente 2: A partir do ciclo de polícia, considera-se o poder de polícia parcialmente delegável, sendo delegáveis o consentimento e fiscalização de polícia e indelegáveis a ordem de polícia e a sanção de polícia	236
Corrente 3: Possibilidade de delegação do poder de polícia com a reserva de poder do Estado para estabelecer e executar sanções	237
Corrente 4: Possibilidade de delegação desde que sejam respeitados a preponderância das entidades de direito público, o princípio da legalidade, o conteúdo da delegação, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e os direitos e garantias dos administrados.....	237
Não se posicionam	238
Não aborda	239
Conclusão	239

DIVERGÊNCIA 100 – Legitimidade para a cobrança de taxa de poder de polícia

Corrente 1: Para a legitimidade da cobrança, é necessário que o Poder Público exerça efetivamente o poder de polícia	241
Não abordam	243
Conclusão	243

DIVERGÊNCIA 101 – Concepções de serviço público.....

Corrente 1.1: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima	245
Corrente 1.2: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima, mas com definições distintas dos outros doutrinadores	246
Corrente 2: amplíssima (muito amplo), ampla e restrita.....	247
Corrente 3: amplíssima (muito amplo) e ampla	249
Corrente 4: amplíssima e restrita.....	250
Corrente 5: ampla e restrita	251

Não abordam	251
Conclusão	251

DIVERGÊNCIA 102 – Prestação direta de serviços públicos.....253

Corrente 1: A prestação direta abrange a execução pela Administração Pública direta e indireta.....	253
Corrente 2: A prestação direta abrange somente a execução pela Administração Pública direta.....	254
Não se posicionam	255
Não abordam	256
Conclusão	257

DIVERGÊNCIA 103 – Inclusão dos serviços uti universi no conceito de serviço público.....259

Corrente 1.1: concepção ampla, incluindo-se no conceito os serviços uti universi	259
Corrente 1.2: concepção ampla, incluindo-se no conceito os serviços uti universi, mas com relevância apenas para disciplina remuneratória	261
Corrente 2.1: concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços uti universi	262
Corrente 2.2: concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços uti universi, mas tratando-os como um critério classificatório	264
Corrente 2.3: concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços uti universi, mas abordando-o com relevância apenas para disciplina remuneratória	265
Conclusão	266

DIVERGÊNCIA 104 – Legitimidade na criação de serviços públicos267

Corrente 1: Convencionalista-legalista/formalista	267
Corrente 2: Essencialista	270
Corrente 3: A discussão entre legalistas/formalistas e essencialistas é superficial	270
Não se posiciona	270
Não aborda	271
Conclusão	271

DIVERGÊNCIA 105 – Delegação quanto aos serviços públicos não privativos273

Corrente 1.1: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade econômica/ serviço privado e prescinde de delegação.....	273
Corrente 1.2: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade econômica/serviço privado e é necessária autorização estatal.....	274
Corrente 1.3: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade privada, classificados como serviços públicos impróprios e é necessária autorização estatal.....	275
Corrente 2: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, mantêm sua natureza de serviço público e prescinde de delegação.....	276
Corrente 3: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, possuem natureza de serviço de utilidade pública e prescinde de delegação	279
Não se posiciona	279
Não aborda	279
Conclusão	280

DIVERGÊNCIA 106 – Natureza dos serviços públicos

impróprios/virtuais/delegáveis prestados pela iniciativa privada	281
Corrente 1.1: Os serviços públicos impróprios, também chamados de virtuais, possuem natureza de atividade privada regulamentada ou de relevância/interesse público.....	281
Corrente 1.2: Os serviços públicos impróprios, também chamados de virtuais, possuem natureza de atividade particular, com certa ingerência estatal	281
Corrente 1.3: Os serviços públicos impróprios possuem natureza de atividade/serviços privados, com certa ingerência estatal.....	282
Corrente 1.4: Não aborda como serviços públicos impróprios, mas sim como serviços públicos virtuais, tratando-se de atividade econômica privada, com certa ingerência estatal.....	284
Corrente 2: Os serviços públicos impróprios possuem natureza de serviços de utilidade pública	285
Corrente 3: Não especifica a natureza jurídica dos serviços públicos impróprios	285
Corrente 4: Os serviços públicos impróprios corresponderiam à natureza de serviços delegáveis, embora não tenha a exatidão desejável	285
Não abordam	286
Conclusão	286

DIVERGÊNCIA 107 – Generalidade e universalidade do serviço público como sinônimo	287
Corrente 1.1: Generalidade e universalidade como sinônimos	287
Corrente 1.2: A universalidade é um atributo do princípio da generalidade	288
Corrente 1.3: A generalidade é um atributo do princípio da universalidade	288
Corrente 2: Universalidade e Generalidade são princípios diversos	288
Corrente 3: Utilizam apenas o termo universalidade	289
Corrente 4.1: Utilizam apenas o termo generalidade	290
Corrente 4.2: Utilizam apenas o termo generalidade e o tratam como desdobramento do princípio da igualdade/isonomia	290
Não aborda	291
Conclusão	291

DIVERGÊNCIA 108 – Cortes dos serviços públicos por inadimplemento	293
Corrente 1: É possível desde que ocorra após aviso prévio, considerado o interesse da coletividade, com fundamento no art. 6º, §3º, inc. II da Lei n.º 8.987/1995	293
Corrente 2: É possível quando se tratar de serviços facultativos, com fulcro no art. 6º, §3º, inc. II da Lei n.º 8.987/1995, e não é possível quando se tratar de serviços compulsórios, salvo se este for remunerado por preço público (tarifa)	297
Não abordam	298
Conclusão	298

DIVERGÊNCIA 109 – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos usuários de serviços públicos	299
Corrente 1: Tese ampliativa, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos	299
Corrente 1.2: Tese ampliativa relativa, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos, mas não absoluta e indiscriminadamente	299
Corrente 2: Tese consumerista, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos quando configurada relação de consumo	300
Corrente 3: Tese subsidiária, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos de maneira subsidiária	301
Corrente 4: Tese restritiva, aplicando-se o CDC somente quando se tratar de serviço individualmente remunerado	301
Não se posiciona	302
Não abordam	302
Conclusão	303

DIVERGÊNCIA 110 – Distinção entre tarifa, taxa, preço público e preço quase público.....	305
Corrente 1.1: O conceito de tarifa e preço público são fungíveis, possuindo natureza contratual/voluntária/não tributária, sendo distintos do conceito de taxa, de natureza legal/obrigatória/tributária	305
Corrente 1.2: A tarifa é espécie do gênero preço público, aquela significando remuneração de um serviço público, com natureza não tributária, e este sendo uma remuneração genérica ao poder público, sendo ambos distintos do conceito de taxa, de natureza legal/obrigatória/tributária	307
Corrente 1.3: Aborda tarifa e preço público como conceitos fungíveis e diferentes do conceito de taxa sem, no entanto, defini-los	308
Corrente 1.4: Aborda tarifa e taxa como conceitos distintos sem, no entanto, defini-los, além de não abordar o conceito de preço público.....	309
Corrente 2: O conceito de tarifa é classificado como preço público, sendo distintos dos conceitos de taxa e de preço quase público.....	309
Corrente 3: O conceito de tarifa não mais se funge com o conceito de preço público e difere-se do conceito de taxa por possuir natureza não tributária/facultativa, enquanto esta tem natureza tributária/compulsória	310
Corrente 4: O conceito de tarifa difere-se do conceito de taxa por aquela possuir natureza contratual e esta possuir natureza tributária, mas não aborda o conceito de preço público	311
Não aborda	311
Conclusão	311
 DIVERGÊNCIA 111 – Concepção de regulação	313
Corrente 1.1: Intervenção estatal indireta, realizada de maneira permanente e sistemática, sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados	313
Corrente 1.2: Intervenção indireta do Estado na economia por meio de posturas passiva (fiscalização) e ativa (imposição de comportamentos)	313
Corrente 1.3: Intervenção indireta do Estado no exercício da atividade normativa	314
Corrente 1.4: Intervenção indireta do Estado nas atividades econômicas por meio de instrumentos de autoridade.....	314
Corrente 2: Intervenção direta do Estado no domínio econômico sob a figura do Estado-regulador como agente normativo, atuando na fiscalização, no incentivo e no planejamento	315

Corrente 3.1: Intervenção do Estado de maneira restritiva ou indutiva no comportamento dos agentes econômicos	316
Corrente 3.2: Intervenção do Estado por meio das atividades estatais de disciplina, normatização e fiscalização dos agentes econômicos	316
Corrente 3.3: Intervenção do Estado por meio do seu poder de polícia administrativa, como agente normativo, fiscalizador e planejador.....	316
Corrente 4: Atividade que envolve poder normativo, polícia, fomento e intervenção	317
Corrente 5: Atividade administrativa cumulativamente normativa, executiva e judicante, não se confundindo com regulamentação.....	317
Não abordam	317
Conclusão	318

DIVERGÊNCIA 112 – Natureza jurídica do planejamento	321
Corrente 1: O Planejamento é uma atividade/função administrativa.....	321
Corrente 2: O Planejamento é um princípio.....	322
Corrente 3: O Planejamento é uma ferramenta administrativa	323
Corrente 4: O Planejamento é um dever do Estado	323
Corrente 5: O Planejamento é uma técnica social de programação	323
Não abordam	323
Conclusão	324

DIVERGÊNCIA 113 – Fomento como atividade regulatória	325
Corrente 1.1: O fomento é uma manifestação da regulação estatal	325
Corrente 1.2: O fomento, sinônimo de incentivo, é uma das formas de atuação do Estado-regulador	325
Corrente 2: O fomento constitui espécie do gênero da intervenção do Estado na economia, mas está excluído do conceito de regulação	326
Corrente 3: O fomento é uma modalidade da função/atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada	327
Corrente 4: Fomento é uma forma de intervenção do Estado na economia e uma atividade administrativa	328
Não abordam	329
Conclusão	329

DIVERGÊNCIA 114 – Unilateralidade quanto à outorga do estímulo	331
Não abordam:	331
Conclusão	332

DIVERGÊNCIA 115 – Tipos de estímulos	333
Corrente 1: Estímulos honoríficos, jurídicos e econômicos.....	333
Corrente 2: Estímulos econômicos e honoríficos.....	333
Corrente 3: Estímulos econômicos e jurídicos.....	333
Corrente 4: Estímulos econômicos.....	334
Não abordam	335
Conclusão	336

DIVERGÊNCIA 071 - Espécies de agentes públicos

Corrente 1: são duas as espécies de agentes públicos: agente políticos e agentes administrativos

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

Esta categoria, de **agentes públicos**, se subdivide em duas subcategorias: os **agentes políticos**, que têm investidura em cargos eletivos, vitalícios, efetivos ou em comissão, de assento e definição constitucional, e os **agentes administrativos**, que são todos os demais intitulados por lei, a exercer uma parcela do poder estatal por outras formas de investidura, permanente ou temporária. (capítulo XII, item 82.5, p. 406)

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

Os agentes públicos devem ser classificados conforme a força de suas decisões (agentes políticos ou servidores estatais) as pessoas jurídicas em que atuam (pessoas jurídicas de direito público ou direito privado) e o regime jurídico a que se submetem (regime estatutário ou celetista), considerando ainda os particulares que exercem função pública. (capítulo 10, item 2, p. 651)

Corrente 2: são três as espécies de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração

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

Os agentes públicos de direito podem ser classificados em três categorias:

- a) agentes políticos;**
- b) servidores públicos; e**
- c) particulares em colaboração.** (capítulo 23, item 23.2.1, p. 1251)

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

Para melhor estudo, torna-se necessário **agrupar os agentes públicos em categorias que denotem referenciais básicos distintivos**. Trata-se, na verdade, de classificação de natureza didática, relevante para a formação de um sistema lógico de identificação. Vejamos essas categorias. (capítulo 11, item I, subitem 2, p. 1089)

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins. (capítulo 11, item I, subitem 2.1, p. 1089)

Outra categoria de agentes públicos é a dos **agentes particulares colaboradores**. (capítulo 11, item I, subitem 2.2)

A categoria dentre os agentes públicos que contém a maior quantidade de integrantes é, sem a menor dúvida, a dos **servidores públicos**. Formam a grande massa dos agentes do Estado, desenvolvendo, em consequência, as mais variadas funções. (capítulo 11, item I, subitem 2.3, p. 1093)

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

Os agentes públicos classificam-se pelas seguintes categorias:

XVIII.1.1 – **Agentes políticos**

[...]

XVIII.1.2 – **Particulares em colaboração com o Poder Público**

[...]

XVIII.1.3 – **Servidores públicos** (capítulo XVIII, p. 962 a 965)

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

Assim, consoante entendimento majoritário na doutrina moderna, são espécies de agentes públicos:

a. Agentes políticos

b. Particulares em colaboração com o poder público

c. Servidores Estatais, sendo estes últimos divididos em servidores temporários (contratados nos moldes do art. 37, IX da Constituição Federal) estatutários e empregados - regidos pela CLT. (capítulo 12, item 2, p. 803)

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

Dado o sentido amplo da expressão, a abranger todos quantos exercem uma função pública, seja a que título for, os agentes públicos constituem o *gênero* que compreende as seguintes *espécies*, todas exercentes de funções do Estado:

1. **Agentes políticos;**
2. **Agentes ou servidores administrativos do Estado;**
3. **Agentes ou particulares em colaboração com o Estado.** (capítulo VII, item 2, p. 242)

Corrente 3: são quatro as espécies de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração

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

Agente público é expressão abrangente que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, designa toda pessoa física que age, com ou sem vínculo empregatício, em nome do Estado ou das pessoas jurídicas da Administração Indireta.

São divididos em quatro categorias:

[...]

A classificação original, formulada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, **previa apenas três categorias: agentes políticos, servidores públicos (civis e militares) e particulares em atuação colaboradora**; porém, a Emenda Constitucional nº 18/98 **conferiu tratamento diferenciado aos militares, que anteriormente eram classificados como servidores públicos militares.** (capítulo 12, item 12.5, p. 302)

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

Perante a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 18/98, pode-se dizer que **são quatro as categorias de agentes públicos:**

1. **agentes políticos;**
2. **servidores públicos;**
3. **militares; e**
4. **particulares em colaboração com o Poder Público.** (capítulo 13, item 13.2, p. 1234)

Corrente 4: são quatro as espécies de agentes públicos: agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais e particulares em colaboração com o Poder Público

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

Visto o conceito de agente público e mencionada a variedade e sujeitos compreendidos sob tal rótulo, cumpre indicar as várias categorias em que se agrupam, na conformidade da esplêndida sistematização proposta pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, com algumas adaptações, notadamente em vista do atual Texto Constitucional.

Os agentes públicos podem ser divididos em quatro grandes grupos, dentro nos quais são reconhecíveis ulteriores subdivisões. A saber: a) agentes políticos; b) agentes honoríficos; c) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e d) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público. (capítulo V, item II, p. 253)

Corrente 5: são cinco as espécies de agentes públicos: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados

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

Será exposta, nos subitens que se seguirão, a classificação proposta pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, a qual agrupa **os agentes públicos em cinco categorias**, a saber: **agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados**. (capítulo 3, item 2.1, p. 140)

Corrente 6: agente público como sinônimo de agente estatal abrange as seguintes seis espécies: agente político, agente administrativo, servidor público, servidor público com cargo, empregado público, e empregado estatal. Agente público também se pode referir, de forma restrita, aos servidores públicos

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

É usual a utilização de expressões tradicionais para indicar **certas categorias de agentes estatais**. Essa terminologia acaba sendo influenciada pelo direito positivo. Para facilitar o início do estudo, pode ser proposta uma sistematização, tal como adiante exposto:

- **agente público** – a expressão costuma ser utilizada como sinônimo de agente estatal, mas algumas vezes apresenta cunho mais restrito, fazendo referência apenas aos servidores públicos;
- **agente político** – agente investido de função política, seja em virtude de mandato eletivo obtido pessoalmente, seja pelo desempenho de função auxiliar imediata (ministros de Estado);
- **agente administrativo** – agente investido na função administrativa, usualmente o servidor civil;
- **servidor público** – expressão utilizada em acepção ampla, que costuma ser aplicada para os agentes relacionados com o Estado por vínculo jurídico de direito público, indicando basicamente os não militares;
- **servidor público com cargo** – costuma indicar o servidor exercente de atividades não políticas e não jurisdicionais, sujeito ao regime jurídico estatutário;
- **empregado público** – faz referência a agente estatal não subordinado ao regime estatutário, mas disciplinado pela legislação trabalhista, contratado por pessoa jurídica de direito público.
- **empregado estatal** – indica o agente estatal contratado por entidade administrativa dotada de personalidade jurídica de direito privado, subordinado ao regime trabalhista. (p. 440-441)

Corrente 7: os agentes públicos equivalem-se aos servidores públicos

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

A seguir serão arrolados os termos utilizados com mais frequência no ordenamento brasileiro, com as acepções mais usuais:

a) **agentes públicos** – abrange todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com os entes estatais, de qualquer poder. **A partir da Constituição de 1988, tende-se a utilizar a expressão “servidores públicos” com essa amplitude;** [...]

c) **servidores públicos** – na Constituição Federal de 1988, designa todas as pessoas físicas que trabalham nos entes estatais, de qualquer poder, inclusive os detentores de cargos; **é o mesmo sentido da locução “agentes públicos”.** Antes da Constituição Federal de 1988, a doutrina atribuía tal nome àqueles que trabalhavam nos entes estatais, sem ocupar cargos, por exemplo, os contratados; (capítulo 13, item 13.3, p. 267)

Corrente 8: são sete as espécies de agentes públicos: agentes políticos, ocupantes de cargos em comissão, contratados temporários, agentes militares, servidores públicos estatutários, empregados públicos, e particulares em colaboração com a Administração (agentes honoríficos)

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

O gênero agentes públicos comporta diversas espécies: **a) agentes políticos; b) ocupantes de cargos em comissão; c) contratados temporários; d) agentes militares; e) servidores públicos estatutários; f) empregados públicos; g) particulares em colaboração com a Administração (agentes honoríficos).** (capítulo 9, item 9.1, p. 990)

Conclusão

Espécie de agentes públicos

Corrente 1: são duas as espécies de agentes públicos: agente políticos e agentes administrativos (DFMN; FM)

Corrente 2: são três as espécies de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração (RCRO; JSCF; ASA; MC; DCJ)

Corrente 3: são quatro as espécies de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração (IPN; MSZDP)

Corrente 4: são quatro as espécies de agentes públicos: agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais e particulares em colaboração com o Poder Público (CABM)

Corrente 5: são cinco as espécies de agentes públicos: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados (MA e VP)

Corrente 6: agente público como sinônimo de agente estatal abrange as seguintes seis espécies: agente político, agente administrativo; servidor público, servidor público com cargo, empregado público, e empregado estatal. Agente público também se pode referir, de forma restrita, aos servidores públicos (MJF)

Corrente 7: os agentes públicos equivalem-se aos servidores públicos (OM)

Corrente 8: são sete as espécies de agentes públicos: agentes políticos, ocupantes de cargos em comissão, contratados temporários, agentes militares, servidores públicos estatutários, empregados públicos, e particulares em colaboração com a Administração (agentes honoríficos) (AM)

DIVERGÊNCIA 072 - Espécies de agentes políticos

Corrente 1: são espécies de agentes políticos: o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores

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

Celso Antônio Bandeira de Mello (1975a:7 e 2015:251-252) adota um conceito mais restrito: “Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.” **Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores.**

Esta última conceituação é a preferível. A ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo). (capítulo 13, item 13.2.1, p. 1236)

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

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins. [...]

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. **São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus**

auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas. **Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem efetivamente (e não eventualmente) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.** (capítulo 11, item I, subitem 2.1, p. 1089-1090)

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

Os agentes são os indivíduos investidos em mandato eletivo, no âmbito do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e aqueles que, por determinação constitucional, exercitam função de auxílio imediato ao Chefe do Poder Executivo, que são os Ministros de Estado no âmbito federal, os Secretários Estaduais e Municipais nas outras esferas federativas. (capítulo 14, item 14.8.1.4, p. 444)

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

Há enorme controvérsia doutrinária em relação à conceituação dos agentes políticos, sendo possível apontar, para fins didáticos, dois grandes entendimentos sobre o assunto.

Primeira posição: conceito amplo: agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões que atuam com independência funcional, com funções delineadas na Constituição, que não se encontram subordinados aos demais agentes, pois ocupam os órgãos de cúpula (“órgãos independentes”). Inserem-se nesse conceito os chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), os membros das Casas Legislativas (Senadores, Deputados e vereadores), membros do Poder Judiciário (magistrados), membros do Ministério Público (Procuradores e Promotores) etc. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.

Segunda posição: conceito restritivo: agentes políticos são aqueles que ocupam local de destaque na estrutura estatal, **responsáveis pelas decisões políticas fundamentais do Estado**. Esse é o entendimento majoritário. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Di genes Gasparini.

Adotamos o conceito restritivo de agentes políticos que possuem as seguintes características:

- a) o acesso ao cargo político ocorre por meio de eleição (ex.: chefes do Executivo) ou pela nomeação por agentes eleitos para ocuparem cargos em comissão (ex.: Ministros e Secretários estaduais e municipais);
- b) a função política possui caráter transitório, tendo em vista o princípio republicano, e será exercida por prazo determinado (mandato); e
- c) as decisões políticas fundamentais de Estado, caracterizadoras da função política, envolvem, primordialmente, a alocação de recursos orçamentários e o atendimento prioritário de determinados direitos fundamentais.

A partir do conceito restritivo e das características principais dos agentes políticos, verifica-se que essa categoria de agentes abrange os chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), os seus auxiliares (Ministros, Secretários estaduais e Secretários municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados e vereadores), excluindo-se desse conceito, por exemplo, os membros do Poder Judiciário e os membros do Ministério Público. (capítulo 23, item 23.2.1.1, p. 1247-1248)

Corrente 1.1: são espécies de agentes políticos: o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices e auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores

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

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem **nos formadores da vontade superior do Estado**. São agentes políticos apenas **o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores**. (capítulo V, item II, p. 253 e 254)

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

Consideram-se agentes políticos aqueles que **constituem a vontade superior do Estado**, que são os titulares de cargos estruturais da organização

política do país, integrando o arcabouço constitucional do Estado, formando a estrutura fundamental do Poder.

[...]

Encontram-se nesse conceito: **os chefes do Poder Executivo, os seus auxiliares imediatos (o Presidente da República os Governadores de Estado, os Prefeitos e os seus respectivos Vices, bem como os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores).**

O vínculo jurídico desses agentes é, em regra, de natureza política. Podem ser nomeados, mas, em sua maioria, são escolhidos por eleição popular, e o que os qualifica não é a aptidão técnica, e, sim, a qualidade de cidadão com capacidade de conduzir a sociedade. (capítulo 10, item 2.1, p. 652)

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

A primeira espécie dentro do gênero agentes públicos é a dos agentes políticos. **Os agentes políticos exercem uma função pública (múnus público) de alta direção do Estado.** Ingressam, em regra, por meio de eleições, desempenhando mandatos fixos ao término dos quais sua relação com o Estado desaparece automaticamente. A vinculação dos agentes políticos com o aparelho governamental não é profissional, mas institucional e estatutária.

São os membros de Poder que ocupam a cúpula diretiva do Estado.

É o caso dos parlamentares, Presidente da República, governadores, prefeitos, e seus respectivos vices, ministros de Estado e secretários. (capítulo 9, item 9.2, p. 991)

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

Já CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **com quem concordamos**, tem um conceito mais restrito de agente público, não considerando como tal todos os que estejam mencionados na Constituição, mas apenas os **Chefes do Executivo, respectivos vices e auxiliares imediatos (ministros, secretários estaduais e municipais) e membros do Poder Legislativo**, já que estes não prestam serviços de caráter profissional (como prestam por exemplo os juízes), mas sim eminentemente político, ao Estado. (capítulo XVIII, item XVIII.1.1, p. 963)

Corrente 2: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares imediatos (Ministros, Secretários estaduais e municipais), os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), os membros da Magistratura (juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores), e os membros do Ministério Público

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

Pelo exposto, não obstante a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria, entende-se, nesta obra, ostentarem a qualidade de agentes políticos, **além dos detentores de mandato eletivo e dos secretários e ministros de estado, os membros da magistratura e do Ministério Público, diante das funções que exercem.** (capítulo 12, item 2.1, p. 805)

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

Os agentes políticos são todos aqueles que exercem funções políticas do Estado e titularizam cargos ou mandatos de altíssimo escalão, somente se subordinando à Constituição Federal. **São os agentes que estão funcionalmente posicionados no escalão máximo da estrutura orgânica do Estado e gozam de ampla independência funcional e prerrogativas de atuação.**

[...]

Na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é pacífico o entendimento no sentido de que os **magistrados e os membros do Ministério Público, por serem dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica, enquadram-se na espécie agentes políticos, investidos que estão para o exercício de atribuições constitucionais.** (capítulo VII, item 2.1, p. 242 e 243)

Corrente 2.1: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares imediatos (Ministros, Secretários estaduais e municipais), os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), os membros da Magistratura (juizes, desembargadores e ministros de tribunais superiores), os membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores da República) e os ministros ou conselheiros dos tribunais de contas e dos conselhos de contas

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

Os agentes políticos são os integrantes dos mais altos escalões do poder público, aos quais incumbem a elaboração das diretrizes de atuação governamental e as funções de direção, orientação e supervisão geral da administração pública. Têm como principais características:

a) competências derivadas diretamente da própria Constituição;

b) não sujeição às mesmas normas funcionais aplicáveis aos demais servidores públicos;

c) a investidura em seus cargos ocorre, em regra, por meio de eleição, nomeação ou designação;

d) ausência de subordinação hierárquica a outras autoridades (com exceção dos auxiliares imediatos dos chefes do Poder Executivo).

São agentes políticos os chefes do Poder Executivo (Presidente da República, governadores e prefeitos), seus auxiliares imediatos (ministros, secretários estaduais e municipais) e os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores). Também se enquadram como agentes políticos os membros da magistratura (juizes, desembargadores e ministros de tribunais superiores), os membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores da República) e os ministros ou conselheiros dos tribunais de contas e dos conselhos de contas.

Os agentes políticos desfrutam de garantias e prerrogativas expressamente previstas no texto constitucional, que os distinguem dos demais agentes públicos. Não se trata de privilégios pessoais, e sim de instrumentos destinados a assegurar-lhes condições adequadas ao regular exercício de suas relevantes funções. Sem isso, os agentes políticos não teriam plena liberdade para a tomada de suas decisões, em face do temor de serem responsabilizados segundo as regras comuns da culpa civil, aplicáveis aos demais agentes públicos. (capítulo 3, item 2.1, p. 140-141)

Corrente 2.2: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo, os Ministros de Estado, os Secretários de Estado e de Município, os membros dos Poderes Legislativo e do Judiciário, das três esferas federativas, os membros dos órgãos constitucionalmente independentes federais e estaduais, os membros de júris e de mesas eleitorais e os dirigentes de autarquias e de paraestatais

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

Conceito de extensão mais restrita, também empregado na doutrina, é a de agente público, designativo de todos aqueles que, servidores públicos ou não, estão legalmente intitulados a exercer, em nível decisório, uma parcela ou aspecto do poder público, investidos de competências especificamente definidas pela ordem jurídica positiva. **Nesta categoria estão incluídos os Chefes do Poder Executivo, os Ministros de Estado, os Secretários de Estado e de Município, os membros do Poderes Legislativo e do Judiciário, das três esferas federativas, os membros dos órgãos constitucionalmente independentes federais e estaduais, os membros de júris e de mesas eleitorais e os dirigentes de autarquias e de paraestatais.** Esta categoria, de agentes públicos, se subdivide em duas subcategorias: **os agentes políticos, que têm investidura em cargos eletivos, vitalícios, efetivos ou em comissão, de assento e definição constitucional**, e os agentes administrativos, que são todos os demais intitulados por lei, a exercer uma parcela do poder estatal por outras formas de investidura, permanente ou temporária. (capítulo XII, item 82.5, p. 406)

Não se posicionam

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

Há duas correntes doutrinárias de conceituação do termo agente político: uma, cujo expoente mais expressivo é Hely Lopes Meirelles, que adota definição abrangente, e outra, defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que preconiza conceito mais restrito.

De acordo com o primeiro posicionamento, agentes políticos são “os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos de cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”.

O conceito de Hely Lopes Meirelles inclui na categoria: **Chefes do Executivo, ou seja, o Presidente da República, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos; seus auxiliares diretos: Ministros, Secretários de Estado e de Município; os Membros do Poder Legislativo: Senadores, Deputados e Vereadores; os membros do Poder Judiciário: magistrados em geral; os membros do Ministério Público: Procuradores da República, Promotores Públicos e Procuradores de Justiça; os membros dos Tribunais de Contas: Ministros e Conselheiros; os representantes diplomáticos “e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público”.**

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a noção de agente político está muito mais relacionada com o desempenho de função política ou de governo do que com o fato de o agente desenvolver atribuições com prerrogativas e responsabilidades decorrentes diretamente da Constituição Federal ou de leis especiais.

O agente político, para esta corrente doutrinária, é aquele que concorre para o direcionamento dos fins da ação do Estado mediante a fixação de metas, diretrizes ou planos que pressupõem decisões governamentais.

Incluem-se, portanto, para essa segunda corrente doutrinária, na categoria, apenas: **Chefes dos Poderes Executivos: Presidente da República, Governadores de Estado e do Distrito Federal e Prefeitos, e seus auxiliares imediatos, isto é, Ministros e Secretários de Estado; e Parlamentares: Senadores, Deputados e Vereadores.** (capítulo 12, item 12.6, p. 303)

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

A seguir serão arrolados os termos utilizados com mais frequência no ordenamento brasileiro, com as acepções mais usuais:

[..]

b) **agentes políticos** – designa, em primeiro lugar, os **eleitos por sufrágio universal, detentores de mandato: Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados, Prefeitos, Vereadores.** Em segundo lugar, são assim considerados por grande parte da doutrina os **auxiliares imediatos dos chefes de Executivo: Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários Municipais;** no tocante aos eleitos, há normas básicas nas Constituições e Leis Orgânicas referentes aos seus direitos e deveres. **Reina controvérsia quanto à inserção, neste segmento, dos membros da Magistratura e do Ministério Público;** (capítulo 13, item 13.3, p. 267)

Conclusão

Espécie de agentes políticos

Corrente 1: são espécies de agentes políticos: o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores (MSZDP; JSCF; MJF; RCRO)

Corrente 1.1: são espécies de agentes políticos: o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices e auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores (CABM; FM; AM; ASA)

Corrente 2: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares imediatos (Ministros, Secretários estaduais e municipais), os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), os membros da Magistratura (juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores), e os membros do Ministério Público (MC; DCJ)

Corrente 2.1: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares imediatos (Ministros, Secretários estaduais e municipais), os membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), os membros da Magistratura (juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores), os membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores da República) e os ministros ou conselheiros dos tribunais de contas e dos conselhos de contas (MA e VP)

Corrente 2.2: são espécies de agentes políticos: os Chefes do Poder Executivo, os Ministros de Estado, os Secretários de Estado e de Município, os membros dos Poderes Legislativo e do Judiciário, das três esferas federativas, os membros dos órgãos constitucionalmente independentes federais e estaduais, os membros de júris e de mesas eleitorais e os dirigentes de autarquias e de paraestatais (DFMN)

Não se posicionam (IPN; OM)

DIVERGÊNCIA 073 - Existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração

Corrente 1: Aponta a existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração

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

Mais uma vez; não se pode dizer que há consenso em relação a esse ponto; no entanto, para fins de esquematização, **é certo afirmar que os particulares em colaboração com o Estado se dividem em quatro espécies:**

[...]

d) **Credenciados:** atuam em nome do Estado em virtude de convênios celebrados com o Poder Público, como ocorre com médicos privados que atuam em convênio com o Sistema Único de Saúde - SUS, para atendimento de pacientes, mediante pagamento do poder público. (capítulo 12, item 2.2, p. 805 e 806)

Corrente 2: Não aponta a existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração

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

Na tipologia em apreço reconhecem-se:

a) **requisitados para prestação de atividade pública**, quais os jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos quando das eleições, recrutados para o serviço militar obrigatório etc. Estes agentes exercem um múnus público;

b) **os que sponte própria assumem a gestão da coisa pública como "gestores de negócios públicos"**, perante situações anômalas, para acudir a necessidades públicas prementes;

c) **contratados por locação civil de serviços** (como, por exemplo, um advogado ilustre contratado para sustentação oral perante Tribunais);

d) **concessionários e permissionários de serviços públicos**, de que trataremos no Capítulo XII;

e) **delegados de junção ou ofício público**, que se distinguem de concessionários e permissionários em que a atividade que desempenham não é material, como a daqueles, mas é jurídica. É, pois, o caso dos titulares

de serventias da Justiça não oficializadas, como notórios e registradores, *ex vi* do art. 236 da Constituição, e, bem assim, outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial, como ocorre com os diretores de Faculdades particulares reconhecidas. (capítulo V, item II, p. 257 e 258)

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

Esses agentes exercem funções estatais de diversas maneiras, podendo ser classificados em:

a) **requisitados**: são agentes convocados para exercer função pública, exercem munus público, tendo assim a obrigação de participar sob pena de sanção, como ocorre com os recrutados para o serviço militar obrigatório, além dos jurados no tribunal do júri, os mesários na eleição e outros;

b) **voluntários**: são os particulares que atuam na Administração de forma espontânea, por isso denominados *sponte propria*, assumem a gestão da coisa pública perante situações anômalas, para socorrer em necessidades públicas prementes, como, por exemplo, os médicos voluntários em hospitais públicos, casos de guerra, em que as autoridades constituídas ou os agentes regulares abandonaram suas funções ou foram mortos ou presos pelo inimigo, além de outros;

c) **contratados por locação civil de serviço**: como ocorre, por exemplo, com um renomado advogado contratado para realizar uma sustentação oral em um tribunal, o contratado para elaborar um parecer ou executar uma escultura (arts. 593 a 609 do CC);

d) **os trabalhadores que atuam nas concessionárias e permissionárias de serviços públicos**, enquadrando-se, nessa categoria, somente aqueles que exercem uma função pública. Por exemplo, os empregados que prestam transporte coletivo;

e) **os delegados de função ou ofício público**: essa terminologia foi utilizada pelo art. 236 da CF, quando se referiu àqueles que exercem os serviços notariais (antigos cartórios extrajudiciais), categoria regulamentada pela Lei n. 8.935/94. Importante ressaltar que os oficiais dos serviços notariais, apesar da exigência de concurso público, não perdem a qualidade de particular, não devendo ser incluídos na categoria de servidores públicos, como alguns acabam confundindo;

f) **sujeitos que, com o reconhecimento do Poder Público, praticam atos dotados de força jurídica oficial**, como ocorre com os particulares que prestam serviços públicos, independentemente de contrato de concessão ou permissão, e que recebem o poder para fazê-lo diretamente do texto constitucional, tais como o ensino e a saúde. Assim também são agentes público particulares em colaboração, os diretores de faculdade particular ou de hospital privado. (capítulo 10, item 2.3, p. 665-666)

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

De acordo com Hely Lopes Meirelles, são chamados também de “agentes honoríficos”, exercendo função pública sem serem servidores públicos. Essa categoria de agentes públicos é composta, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, por:

- a) requisitados de serviço:** como mesários e convocados para o serviço militar (conscritos);
- b) gestores de negócios públicos:** são particulares que assumem espontaneamente uma tarefa pública, em situações emergenciais, quando o Estado não está presente para proteger o interesse público. Exemplo: socorrista de parturiente;
- c) contratados por locação civil de serviços:** é o caso, por exemplo, de jurista famoso contratado para emitir um parecer;
- d) concessionários e permissionários:** exercem função pública por delegação estatal;
- e) delegados de função ou ofício público:** é o caso dos titulares de cartórios. (capítulo 9, item 9.8, p. 1011)

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

Essa espécie abrange todas as pessoas físicas que, sem perderem sua qualidade de particulares, exercem função pública, prestando atividade ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, ainda que às vezes eventualmente. Essa espécie de agentes públicos exerce funções estatais sob diversas formas, a saber:

Por requisição – Como os membros das mesas receptora e apuradora de votos nas eleições; os jurados no Tribunal do Júri, os recrutados para o serviço militar obrigatório etc.

Por delegação – Quais os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos; os notários e registradores em serventias não oficiais (art. 236 da CF.88); os tradutores e intérpretes públicos; os leiloeiros; peritos; etc.

Por sponte própria – Como os gestores de negócios públicos, que espontaneamente assumem determinada função pública, em momento de emergência, para atender a necessidades públicas urgentes, como epidemias, enchentes, etc.

Por contratação para fins de locação civil de serviços – Como a contratação de um advogado para sustentação oral perante tribunais. (Capítulo VII, item 2.3, p. 254 e 255)

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

Particulares em colaboração com o Poder Público são pessoas físicas que “prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração”. Cumprem atividade, função ou serviços públicos por:

- **requisição estatal:** para cumprimento de múnus público, como ser jurado ou participar de serviço eleitoral, que Hely Lopes Meirelles chama de agentes honoríficos;
- **conta própria:** no caso de gestores de negócios públicos que, em situações de emergência (como epidemias, enchentes ou incêndios), assumem espontaneamente determinadas funções públicas para acudir necessidades prementes; e
- **delegação do Poder Público:** no caso dos funcionários de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os notários ou outras pessoas que praticam atos dotados de força oficial, como leiloeiros, tradutores ou intérpretes públicos, que são remunerados normalmente pelos usuários dos serviços prestados. (capítulo 12, item 12.23, p 317)

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

Nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Podem fazê-lo sob títulos diversos, que compreendem:

1. **delegação do Poder Público**, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos mas pelos terceiros usuários do serviço;
2. **mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes;** é o que se dá com os jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho etc.; também não têm vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração;
3. **como gestores de negócio** que, espontaneamente, assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio, enchente etc. (capítulo 13, item 13.2.4, p. 1249-1250)

Não abordam

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

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

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

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

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

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

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

Será exposta, nos subitens que se seguirão, a classificação proposta pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, a qual agrupa os agentes públicos em cinco categorias, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e **agentes credenciados**. (capítulo 3, item 2.1, p.184)
Os agentes credenciados, na definição do Prof. Hely Lopes Meirelles, "são os que recebem a incumbência da administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do poder público credenciante". Seria exemplo a atribuição a alguma pessoa da tarefa de representar o Brasil em determinado evento internacional (um artista consagrado que fosse incumbido de oficialmente representar o Brasil em um congresso internacional sobre proteção da propriedade intelectual). Também são considerados "funcionários públicos" para fins penais. (capítulo 3, item 2.1.5, p. 142)

Conclusão

Existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração

Corrente 1: Aponta a existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração (MC)

Corrente 2: Não aponta a existência de agentes credenciados entre os particulares em colaboração (CABM; FM; AM; DCJ; IPN; MSZDP)

Não abordam (JSCF; RCRO; DFMN; OM; MJF; ASA; MA e VP)

DIVERGÊNCIA 074 - Contratação de seguro para proteção dos dirigentes de empresas estatais

Corrente 1: Possibilidade de contratação para os administradores

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

Para os **administradores (membros do Conselho de Administração e da diretoria)**, a Lei nº 13.303 prevê:

a) possibilidade de ser prevista, no estatuto social da empresa, **a contratação de seguro de responsabilidade civil** (art. 17, § 1º); [...] (capítulo 10, item 10.5.3.8, p. 1034)

Corrente 2: Possibilidade de contratação pelos administradores

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

Admite-se que o estatuto da estatal disponha sobre a **contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores** (art. 17, § 1.º, da Lei 13.303/2016). (capítulo 8, item 8.5, p. 247)

Não abordam

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

Contratação de seguro para proteção dos dirigentes de empresas estatais

Corrente 1: Possibilidade de contratação para os administradores (MSZDP)

Corrente 2: Possibilidade de contratação pelos administradores (RCRO)

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

DIVERGÊNCIA 075 - Direito à planos de carreira de servidor público

Corrente 1: os servidores públicos têm direito a planos de carreira

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

Na esfera federal, a Lei nº 8.112, de 11-12-90, alterada pela Lei nº 9.527, de 10-10-97, estabeleceu o regime estatutário como regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas. A lei continuou a aplicar-se, apenas deixando de ser obrigatória para todas as categorias de servidores, já que a Emenda Constitucional nº 19 acabou com a exigência de uniformidade de regime jurídico. Em outras palavras, o regime estatutário poderá coexistir com o regime contratual.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.135/DF, decidiu, em sessão plenária do dia 2-8-07, suspender a vigência do artigo 39, caput, da Constituição Federal, em sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Em decorrência dessa decisão, volta a aplicar-se a redação original do artigo 39, que exige regime jurídico único e **planos de carreira para os servidores da Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas**. (capítulo 13, item 13.4.1, p. 1257)

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

Consoante vimos anteriormente, a partir do julgamento da ADI 2.135/DF, em 02.08.2007, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal a redação do caput do art. 39 da Constituição dada pela EC 19/1998, e restaurada a redação original desse dispositivo. Sendo assim, **hoje, temos novamente a exigência expressa de instituição pelos diversos entes federados de planos de carreira para os servidores de suas respectivas administrações diretas, autarquias e fundações públicas**. (capítulo 6, item 3.3, p. 350)

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

Em razão da decisão da Corte, não podem as entidades estatais adotar regimes jurídicos distintos para os seus servidores públicos. Assim, **com o restabelecimento da originária dicção normativa do caput do art. 39 da Magna Carta, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir**, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e

planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Não podem, portanto, adotar o regime de emprego público, sujeito à CLT, ao lado do regime de cargo público, submetido aos estatutos jurídicos. (capítulo VII, item 2.2.1.1, p.250)

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

É importante reiterar que a única exigência constitucional para a instituição, legal e facultativa, dos subsídios é **a organização dos servidores públicos em carreira** (art. 39, § 8.º, da CRFB). A “**organização em carreira**” **pressupõe o escalonamento de cargos em níveis crescentes de responsabilidades (hierarquia administrativa)**. (capítulo 23, item 23.8, p. 1303)

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

Na redação original da Constituição de 1988, o art. 39, caput, exigia regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações. No âmbito federal, a Lei nº 8.112/90 fixou, como regime jurídico único, o estatutário. A EC nº 19/98 aboliu tal exigência. Mas, o STF, na ADIn nº 2.315/DF, em sede cautelar, suspendeu ex nunc, em 2.8.2007, a eficácia do art. 39, caput, na redação dada pela EC nº 19/98, mantendo-se, portanto, válidas as situações ocorridas no período. Referida decisão do STF fundamentou-se em questão relativa ao não cumprimento do quórum por maioria qualificada de 3/5 na Câmara dos Deputados, para a alteração do art. 39, caput. **Com tal suspensão, voltou a ter eficácia a redação original do art. 39, caput.** Mas, o regime jurídico único não se concretiza amplamente. (capítulo 13, item 13.6, p.275)

Corrente 2: os servidores públicos têm direito a progredir se houver uma carreira

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

O servidor pode ter direito à progressão funcional, na medida em que a estruturação estatutária assim o preveja. **Se houver uma carreira, o servidor tem direito a nela progredir**, na medida em que preencha os requisitos pertinentes. (p. 532)

Não abordam

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

Direito à planos de carreira de servidor público

Corrente 1: os servidores públicos têm direito a planos de carreira (MSZDP; MA e VP; DCJ; RCRO; OM)

Corrente 2: os servidores públicos têm direito a progredir se houver uma carreira (MJF)

Não abordam (DFMN; JSCF; ASA; FM; AM; CABM; MC; IPN)

DIVERGÊNCIA 076 - Concurso público como processo ou procedimento administrativo

Corrente 1: concurso público como processo administrativo

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

O concurso público é o processo administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona o melhor candidato para integrar os cargos e os empregos públicos, na forma do art. 37, II, da CRFB. (capítulo 23, item 23.7.1, p. 1283)

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

Concurso público é o processo administrativo que tem por finalidade selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos ou à contratação para empregos públicos. (capítulo XVIII, item XVIII.7, p. 991)

Corrente 2: concurso público como procedimento administrativo

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

Concurso público é o procedimento administrativo instaurado pelo Poder Público para selecionar os candidatos mais aptos ao exercício de cargos e empregos públicos. Assim, sua natureza jurídica (ou taxonomia) é de “procedimento” na medida em que constitui uma sequência encadeada de atos administrativos. Trata-se, ainda, de um procedimento externo e concorrencial. É externo porque envolve a participação de particulares. É concorrencial porque enseja uma disputa, cujo resultado final favorece alguns competidores em detrimento dos demais. (capítulo 9, item 9.10.1, p. 1019)

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

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao

provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. (capítulo 11, item V, subitem 1.1, p. 1150)

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

O concurso público é um procedimento administrativo colocado à disposição da Administração Pública para a escolha de seus futuros servidores. Representa a efetivação de princípios como a impessoalidade, a isonomia, a moralidade administrativa, permitindo que qualquer um que preencha os requisitos, sendo aprovado em razão de seu mérito, possa ser servidor público, ficando afastados os favoritismos e perseguições pessoais, bem como o nepotismo (vide tópico específico adiante). (capítulo 10, item 4.2, p. 681)

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

O concurso público é um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público. (capítulo 14, item 14.11.4)

O concurso público deve respeitar os princípios inerentes ao conceito de procedimento. Isso significa a necessidade de observância das etapas sucessivas, destinadas a evitar decisões infundadas, apressadas ou insuscetíveis de controle. (p. 459)

Não abordam

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

Concurso público como processo ou procedimento administrativo

Corrente 1: concurso público como processo administrativo (RCRO; ASA)

Corrente 2: concurso público como procedimento administrativo (AM; JSCF; FM; MJF)

Não abordam (DCJ; OM; MSZDP; CABM; MA e VP; MC; IPN; DFMN)

DIVERGÊNCIA 077 - Investidura como procedimento administrativo, ato complexo ou operação complexa

Corrente 1: investidura como procedimento administrativo

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

A expressão investidura, empregada no texto constitucional, parece guardar sinonímia com provimento; não obstante, é possível distingui-las, reservando-se o termo provimento para designar o processo administrativo pelo qual alguém ingressa na função pública, e a expressão **investidura, para o momento ou fase do procedimento do qual a lei faz depender o exercício regular das funções em que se deu o provimento**. (capítulo XII, item 84.2.2, p. 417)

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

O provimento constitui ato do Poder Público, enquanto a investidura constitui ato do servidor; o primeiro constitui condição para que ocorra a segunda. É o que decorre, implicitamente, dos artigos 6º e 7º da Lei 8.112/90; o primeiro determina que “o provimento dos cargos públicos far-se-á mediante ato da autoridade competente de cada Poder”; pelo segundo, “a investidura em cargo público ocorrerá com a posse”. Na prática, é comum a utilização das duas expressões – provimento e investidura – como sinônimos, embora **os dois atos integrem um procedimento que leva à formação do vínculo entre o servidor e a pessoa jurídica estatal. Praticado o ato de provimento, deve seguir-se a investidura (pela posse e exercício), sem o que o procedimento não se completa e o ato de provimento não se aperfeiçoará, devendo ser extinto**. (capítulo 13, item 13.5, p. 1382)

Corrente 2: investidura como ato complexo

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

A doutrina oferece diversos **exemplos de atos complexos** que constantemente são exigidos em concursos.

Exemplo 1: **investidura de funcionário**, pois a nomeação é feita pelo Chefe do Executivo e complementada pela posse dada pelo chefe da repartição (Hely Lopes Meirelles).” (capítulo 4, item 4.13.2, p. 520-521)

Corrente 3: investidura como operação complexa

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

O termo investidura apresenta algumas discrepâncias em seu sentido. Entendemos, porém, que a **investidura retrata uma operação complexa, constituída de atos do Estado e do interessado, para permitir o legítimo provimento do cargo público**. (capítulo 11, item IV, subitem 6, p. 1139)

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

Não há unanimidade na conceituação de investidura. Esta é “**operação complexa, constituída de atos do Estado e do interessado, para permitir o legítimo provimento do cargo público**”. O provimento originário é ato da autoridade competente que se materializa pela nomeação, que para os cargos efetivos demanda a aprovação prévia em concurso público. (capítulo 12, item 12.9, p. 305)

Não se posiciona

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

O conceito doutrinário de investidura não é muito objetivo. Alguns se referem a ela como uma operação complexa – constituída de atos do Estado (a própria nomeação, para alguns, acrescida do exercício) e do interessado (posse) – apta a propiciar o provimento no cargo público. HELY LOPES MEIRELLES dá a investidura como exemplo de ato administrativo complexo, consistente na nomeação realizada pelo Chefe do Poder Executivo, complementada pela posse e pelo exercício dados pelo chefe da repartição em que o nomeado irá servir. (capítulo XVIII, item XVIII.8.2, p. 1001-1002)

Não abordam

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

Investidura como procedimento administrativo, ato complexo ou operação complexa

Corrente 1: investidura como procedimento administrativo (DFMN; MSZDP)

Corrente 2: investidura como ato complexo (AM)

Corrente 3: investidura como operação complexa (JSCF; IPN)

Não se posiciona (ASA)

Não abordam (RCRO; DCJ; OM; FM; CABM; MA e VP; MC; MJF)

DIVERGÊNCIA 078 - (In)constitucionalidade do provimento derivado reversão

Corrente 1: inconstitucionalidade do provimento derivado reversão a pedido. A reversão *ex officio*, quando cessada a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez, ainda prevalece mesmo sem base constitucional

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

Com a nova Constituição, esse rol ficou bem reduzido, em decorrência do artigo 37, II, que exige a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo o emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

[...]

2. enquanto o dispositivo anterior fazia a exigência para a primeira investidura, o atual fala apenas em investidura, o que inclui tanto **os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou promoção, além da reversão ex officio, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece pela razão adiante exposta.**

[...]

A **reversão** era o ato pelo qual o funcionário aposentado reingressava no serviço público; **podia ser a pedido ou ex officio**, esta última hipótese ocorrendo quando **cessada a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez.**

[...]

Portanto, deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão, ressalvada, neste último caso, a reversão ex officio, porque, nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o cargo, sob pena de ser cassada a aposentadoria. O servidor reassume para poder completar os requisitos para aposentadoria. No entanto, a reversão a pedido continua a ser prevista na legislação ordinária, a exemplo da Lei nº 8.112/90, que a disciplina nos artigos 25 e 27,40 com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4-9-01, estando em desconformidade com a norma constitucional que exige concurso público para a investidura. (capítulo 13, item 13.5, p. 1383 e 1384)

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

Com a CF/88, o provimento derivado sem concurso só é admissível em casos excepcionais, autorizados explicita ou implicitamente pela própria Constituição.

O art. 8º da Lei n. 8.112/90, alterado pela Lei n. 9.527/97, enumera as seguintes espécies de provimento:

[...]

4) **Reversão: provimento derivado** pelo qual o servidor aposentado por invalidez retorna ao serviço público por **não mais subsistirem os motivos médicos que ensejaram a sua aposentadoria por invalidez** (arts. 25 a 27 do Estatuto). Pelo art. 37, II, CF, **esta é a única espécie de reversão** – volta do servidor que se havia aposentado – **admitida constitucionalmente. Depois da CF/88, tanto as demais reversões** como as readmissões em geral (retorno ao cargo efetivo de quem dele havia pedido exoneração) **são, pelos mesmos motivos** (provimento derivado sem concurso público), **inconstitucionais**; (capítulo XVIII, item XVIII.8.1, p. 998 e 999)

Corrente 1.1: inconstitucionalidade do provimento derivado reversão a pedido do aposentado e no simples interesse do Poder Público. A reversão só pode ocorrer quando desaparecem os motivos da invalidez ou na hipótese de ilegalidade na aposentadoria

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

O **provimento derivado** pode ser formalizado pelos seguintes atos administrativos: promoção, readaptação, **reversão**, aproveitamento, reintegração e recondução. (capítulo 23, item 23.4.7.2, p. 1266)

Ressalte-se que o art. 25, II, da Lei 8.112/1990 prevê ainda a hipótese de reversão “no interesse da administração” desde que preenchidos os seguintes requisitos: (i) o aposentado deve solicitar a reversão (a Administração não pode reverter, no caso, de ofício); (ii) a aposentadoria deve ter sido voluntária; (iii) o aposentado era estável quando do exercício de suas funções; (iv) a solicitação do aposentado deve ser formulada dentro do período cinco anos, contado da concessão da aposentadoria; e (v) a reversão dependerá da existência de cargo vago.

Contudo, a reversão a pedido do aposentado e no simples interesse do Poder Público deve ser considerada inconstitucional, pois viola a exigência constitucional do concurso público, contida no art. 37, II, da CRFB. Com a concessão da aposentadoria, o vínculo funcional é rompido e o aposentado deixa de ser servidor ativo ocupante de cargo. O “retorno”

(rectius: ingresso) ao cargo dependerá necessariamente da aprovação prévia em concurso público, salvo nas **hipóteses de reversão em que os motivos da invalidez desaparecem ou na hipótese de ilegalidade na aposentadoria**. (capítulo 23, item 23.4.7.2.3, p. 1267)

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

Anteriormente se reconhecia uma forma de reversão em que o servidor, após a sua aposentadoria, solicitava o seu retorno ao serviço público, ficando a critério da Administração atender ou não à postulação. **Atualmente não mais se afigura viável essa forma de reversão**: do momento em que o servidor foi aposentado, a relação estatutária extinguiu-se e dela resultou, inclusive, a vacância do cargo. Ora, uma nova investidura só seria possível mediante aprovação prévia em concurso público, o que não se dava naquela forma de reversão. **Se fosse admitida, estaria vulnerada, por linha transversa, a regra do art. 37, II, da CF**.

No entanto, sem embargo dessa óbvia linha de teorização, nova legislação federal, alterando a Lei nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Federais), passou a admitir a reversão “no interesse da administração”, desde que: (1º) haja solicitação da reversão; (2º) a aposentadoria tenha sido voluntária e concedida nos cinco anos anteriores ao pedido; (3º) o servidor fosse estável quando se aposentou; (4º) haja cargo vago. Pelas novas regras, a reversão dar-se-á no mesmo cargo em que o servidor se aposentou ou naquele que resultou de eventual transformação. Se o cargo estiver provido, o servidor ficará como excedente até a ocorrência de vaga.

Em nosso entendimento, tais normas são flagrantemente inconstitucionais. Como já se enfatizou, a aposentadoria extingue a relação estatutária e acarreta a vacância do respectivo cargo, não se podendo admitir a ressurreição da relação jurídica definitivamente sepultada. Por outro lado, esse tipo de reversão rende ensejo a que o servidor, depois de abandonar o serviço público, resolva simplesmente desistir de sua inatividade e voltar ao mesmo cargo, deixando sempre fluido e instável o quadro funcional. Não se pode esquecer, ainda, que reingresso dessa natureza ofende frontalmente o princípio da acessibilidade aos cargos mediante prévia aprovação em concurso público, expressamente acolhido no art. 37, II, da vigente Constituição, e isso porque inaugura nova relação estatutária, diversa daquela que se extinguiu pela aposentadoria. O fundamento, aliás, é o mesmo adotado pelo STF para os casos de transferência e ascensão funcional, institutos que, também aceitos anteriormente, como o era a reversão por interesse administrativo, foram banidos do atual sistema por vulneração ao aludido postulado.

Resta confirmado, por conseguinte, que **só pode ocorrer a reversão quando houver restabelecimento do servidor aposentado por invalidez ou se**

houver ato ilegal de aposentadoria, ambas as hipóteses consentâneas com o atual regime estatutário constitucional. (capítulo 11, item IV, subitem 7, p. 1142-1143)

Corrente 2: constitucionalidade do provimento derivado reversão

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

Tornemos o exemplo da **reversão, que não tem base constitucional expressa**, mas está prevista, na esfera federal, no art. 25 da Lei 8.112/1990 (redação dada pela Medida Provisória 2.225-45/2001). **A reversão é o retorno à atividade do servidor aposentado, sendo que ele retorna para o mesmo cargo em que se aposentou** (ou no cargo resultante de transformação deste). Nessa situação, é incontroverso que o servidor, originalmente, prestou concurso para aquele cargo ao qual ele está voltando, embora a reversão seja um provimento derivado (porque não decorre diretamente do concurso, e sim do vínculo anterior do aposentado com a administração pública).

Em síntese, **entendemos que as formas de provimento derivado textualmente mencionadas na Constituição** - a reintegração, o aproveitamento e a recondução -, **bem como aquelas que, mesmo sem base constitucional expressa, não impliquem ingresso do servidor em cargo diverso daquele para o qual ele foi originalmente nomeado em virtude de concurso público, são plenamente constitucionais.** (capítulo 6, item 5.3.7, p. 381)

Não se posiciona

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

Pode-se dar por dois motivos, previstos na legislação federal.

- **Reversão da aposentadoria por invalidez, quando cessam os motivos da invalidez.** Neste caso, por meio de laudo médico oficial, o poder público toma conhecimento de que os motivos que ensejaram a aposentadoria do servidor se tornaram insubsistentes, do que resulta a obrigatoriedade de retorno;
- **Reversão do servidor aposentado voluntariamente, atendidos os requisitos estabelecidos em lei.** Nesta hipótese, a lei determina que haja interesse da Administração Pública, que o servidor tenha solicitado a reversão, que a aposentadoria tenha sido voluntária, que o agente público já tivesse adquirido estabilidade quando na atividade, que a aposentadoria tenha

ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação e que haja cargo vago, no momento do requerimento de reversão.

Parte da doutrinação e da jurisprudência brasileiras vem entendendo que a aposentadoria voluntária quebra o vínculo com a Administração Pública, logo a reversão, nestes casos, seria uma burla à regra constitucional, sendo possível o retorno apenas mediante novo concurso público. Dessa forma, somente seria possível a reversão do servidor público aposentado por invalidez, uma vez cessados os motivos que deram ensejo à aposentadoria.

Em qualquer hipótese, após os 75 anos de idade, não será possível a reversão, por tratar-se da idade limite para a aposentadoria compulsória, nos moldes do art. 2º, da Lei complementar 152/2015. (capítulo 12, item 7.2.3, p. 875 e 876)

Não abordam

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

(In)constitucionalidade do provimento derivado reversão

Corrente 1: inconstitucionalidade do provimento derivado reversão a pedido. A reversão ex officio, quando cessada a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez, ainda prevalece mesmo sem base constitucional (MSZDP; ASA)

Corrente 1.1: inconstitucionalidade do provimento derivado reversão a pedido do aposentado e no simples interesse do Poder Público. A reversão só pode ocorrer quando desaparecem os motivos da invalidez ou na hipótese de ilegalidade na aposentadoria (RCRO; JSCF)

Corrente 2: constitucionalidade do provimento derivado reversão (MA e VP)

Não se posiciona (MC)

Não abordam (DCJ; OM; FM; CABM; DFMN; AM; IPN; MJF)

DIVERGÊNCIA 079 - Perda do cargo ou exoneração por adequação ao limite de despesas com pessoal

Corrente 1: o servidor estável pode ser exonerado por adequação ao limite de despesas com pessoal. Essa exoneração é ex officio

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

Os ocupantes de tais cargos, após três anos de efetivo exercício, adquirem estabilidade, em razão da qual só poderão perder o cargo pelas causas taxativamente previstas na Constituição.

[...]

As causas taxativamente previstas na CF como ensejadoras da **perda do cargo pelo servidor estável** são as seguintes:

[...]

(d) **Necessidade de redução de despesas para cumprimento do percentual de 60% da receita corrente líquida com despesas de pessoal**, na forma do art. 169 c/c o art. 247, CF, 19 art. 33 da Emenda Constitucional n.19/98, regulamentado pelos arts. 18 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00) e pela Lei n. 9.801/99.20

O servidor estável que perder o cargo por essa razão, de cunho financeiroorçamentário, terá direito a indenização na forma do § 5º do art. 169, CF (um mês de remuneração por ano de serviço). O seu cargo é definitivamente extinto, e ele nem ficará em disponibilidade (ver conceito adiante), desligando-se, outrossim, definitivamente do serviço público (169, § 6º). (capítulo XVIII, item XVIII.5.2, p.982 a 984)

20. **Carmen Lúcia Antunes da Rocha considera essa hipótese de exoneração de servidores estáveis como violadora de cláusulas pétreas** (op. cit.). (p.1043)

A **exoneração** pode ser feita no interesse **do próprio servidor**, a pedido; ou no interesse da Administração, **ex officio**, o que pode se dar nas seguintes hipóteses:

[...]

(c) **A extinção prevista no § 4º do art. 169 (redução de despesas), única hipótese de exoneração de servidor estável**, já que a hipótese prevista no inc. III do § 1º do art. 41 (insuficiência de desempenho) é de demissão segundo JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. As hipóteses previstas nos incisos I e II (processo judicial ou administrativo) do mesmo parágrafo também são, a fortiori, de demissão; (capítulo XVIII, item XVIII, p. 1017)

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

Estando o ente acima dos limites previstos, algumas medidas serão necessárias para adequação, observando a seguinte ordem:

- a) reduzir pelo menos em 20% as despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- b) exonerar servidores não estáveis (servidores que foram admitidos sem concurso público a partir de 05.10.1983 242);
- c) **exonerar servidores estáveis, caso as medidas anteriores não sejam suficientes.**

Assim, **importante grifar que essa lista deve ser observada em ordem**, só podendo o Administrador passar ao grupo seguinte depois de esgotada a hipótese anterior.

A exoneração dos servidores estáveis está condicionada a ato normativo motivado de cada um dos Poderes, especificando a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal e as exigências da Lei n. 9.801/99. O critério geral de identificação impessoal do servidor que vai perder o cargo deve observar o menor tempo de serviço, a maior remuneração e a menor idade. O critério eleito pode ser combinado com o critério complementar do menor número de dependentes para fins de formação de uma listagem de classificação.

Para o servidor estável que desenvolva atividade exclusiva de Estado, assim definida em lei, somente será admitida quando a exoneração de servidores dos demais cargos do órgão ou da unidade administrativa objeto da redução de pessoal tenha alcançado, pelo menos, trinta por cento do total desses cargos. Cada ato reduzirá em no máximo trinta por cento o número de servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado.

Os servidores estáveis que perderem tal condição com o fundamento da redução de despesas com pessoal terão direito à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (art. 169, § 5º). Os cargos vagos em decorrência da dispensa de servidores estáveis serão declarados extintos, sendo vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. (capítulo 10, item 4.11, p. 770-771)

A exoneração é o desligamento sem caráter sancionador, podendo ocorrer a pedido do servidor que não deseja mais trabalhar naquele cargo da Administração, ou **por iniciativa e deliberação espontânea da Administração**, denominada por parte da doutrina **exoneração de ofício**. Assim, a exoneração por iniciativa da Administração pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

[...]

- e) **para se adequar aos limites previstos no art. 169 da CF, quanto às despesas com pessoal.** Esses limites devem ser definidos por lei

complementar, hoje Lei Complementar n. 101/2000, e os entes que estiverem fora da regra devem reduzir os seus gastos inclusive exonerando servidores, se necessário, conforme critérios definidos na própria Constituição (vide tópico Limite de despesas com pessoal); (capítulo 10, item 3.2.6, p. 679)

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

Com efeito, dispõe o art. 41 da Carta da República que **o servidor público, mesmo depois de adquirir a estabilidade, pode perder o cargo em virtude de:**

[...]

d) **Exoneração para corte de gastos:** hipótese inserida por meio da Emenda Constitucional 19/98, alterando o art. 169 da Constituição Federal, para se evitar que o poder público exceda os limites de despesas com pagamento de servidores definido na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00). Analisemos esta última hipótese de forma pormenorizada.

[...]

Neste ínterim, o texto constitucional estipula uma gradação a ser observada pelo ente público. A regra é que, primeiramente, haverá redução de pelo menos 20% das despesas com cargos comissionados e funções de confiança, para fins de adequação às limitações legais de pagamento de servidores.

Caso não esteja solucionado o problema, serão exonerados servidores públicos não estáveis, ou seja, aqueles que ainda se encontram no estágio probatório ou que ingressaram sem concurso no serviço público há menos de cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não gozando da estabilidade do art. 19 da ADCT.

Mesmo depois de tomadas as medidas anteriores, se não se atingir o limite legal de gastos, serão exonerados os servidores estáveis, respeitando as normas definidas na lei 9801/99, editada para regulamentar esta situação. Nestes casos, o cargo do servidor estável será extinto sendo vedada, ao ente estatal, a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos e, além disso, o servidor estável exonerado perceberá uma indenização que corresponde a um mês de remuneração para cada ano de serviço público prestado, como forma de se atenuar a perda patrimonial ensejada pela dispensa.

Ademais, a exoneração dos servidores estáveis deverá ser precedida de ato normativo motivado dos Chefes de cada um dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, o qual deverá apresentar a economia de recursos e o número correspondente de servidores a serem exonerados, a atividade funcional e o órgão ou a unidade administrativa objeto de redução de pessoal. **O ato ainda deve definir o critério geral impessoal** escolhido para a identificação dos servidores estáveis a serem desligados dos respectivos cargos, os critérios e as garantias

especiais escolhidos para identificação dos servidores estáveis que, em decorrência das atribuições do cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado, assim como deverá estar previsto no ato, o prazo de pagamento da indenização devida pela perda do cargo e os créditos orçamentários para o pagamento das indenizações. (capítulo 12, item 5.3, p.864 e 865)

A exoneração pode-se dar a pedido do servidor, situação na qual, por vontade do agente público, o vínculo se encontra desfeito e o cargo vago. A lei 8.112/90 ainda prevê a possibilidade de ocorrer a **exoneração ex officio**, ou seja, **por vontade da Administração Pública, em situações expressas no texto legal, quais sejam.**

[...]

d) **em casos de necessidade de corte de gastos com pessoal**, para adequação às disposições da lei de Responsabilidade Fiscal, consoante disposição do art. 169 da Carta Magna, situações em que o ente estatal determinará a exoneração de servidores comissionados, em um percentual mínimo de 20%, passando à exoneração de servidores não estáveis e, por fim, em havendo necessidade, realizando a dispensa de servidores estáveis, nos termos da lei; (capítulo 12, item 8, p. 878 e 879)

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

Esta nova modalidade está prevista no art. 169 da CF. Ocorre por necessidade de os entes estatais se adequarem aos limites fixados em lei complementar para pagamento com pessoal. Segundo esse preceptivo constitucional, a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Atualmente, vige a Lei complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, que fixou os limites em 50% para a União e 60% para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para tanto, a Administração Pública deverá tomar as seguintes providências:
I. Redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

III. Exoneração dos servidores não estáveis e estáveis sem concurso público (art. 33 da EC nº 19/98);

III. Exoneração dos servidores estáveis.

De observar-se que a perda do cargo do servidor estável em virtude de excesso de despesa somente ocorrerá se as duas primeiras medidas não forem suficientes para resolver o problema financeiro. A perda do cargo, porém, fica dependendo de ato normativo motivado de cada um dos Poderes, a fim de que especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. Nessa hipótese, demitido o servidor estável, haverá duas garantias:

- a) O servidor demitido receberá, a título de indenização, o valor de 01 (uma) remuneração para cada ano de serviço,
- b) O cargo será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. (capítulo VII, item 6, p. 275 e 276)

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

O servidor estável só perderá o cargo em virtude de:

[...]

- d) **redução de despesas** (art. 169, § 4º, da CF).

A possibilidade de perda do cargo para redução de receitas está prevista no art. 169, § 4º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, medida posteriormente regulamentada pela Lei Complementar n. 101/2000 – a Lei de Responsabilidade Fiscal. O objetivo dessas novas regras foi estabelecer mecanismos para diminuir as despesas públicas com o funcionalismo.

Essa novidade, de constitucionalidade bastante discutida, acrescentada pela Emenda n. 19/98, criou mais uma hipótese de perda do cargo, mas, de modo algum, significa o fim da estabilidade do servidor estatutário, como alguns chegaram a afirmar após a promulgação da emenda.

[...]

Assim, para ser possível, nos termos da disciplina introduzida pela Emenda n. 19/98 e pela Lei Complementar n. 101/2000, a exoneração de servidores estáveis, com o objetivo de reduzir despesas, devem ser adotadas algumas medidas prévias:

- 1) suspensão de todos os repasses federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;
- 2) redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- 3) exoneração dos servidores não estáveis.

Se as medidas adotadas não forem suficientes para assegurar a recondução dos gastos aos patamares acima indicados, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que o ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

O servidor exonerado para redução de despesas fará jus à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, sendo o cargo objeto da redução considerado extinto (art. 169, §§ 5º e 6º, da CF). (capítulo 9, item 9.12.7, p. 1059, 1060 e 1061)

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

A estabilidade consiste em garantia contra a exoneração discricionária, submetendo a extinção da relação estatutária a processo administrativo ou judicial destinado a apurar a prática de infração a que seja cominada a pena de demissão, **ressalvada a hipótese específica de perda do cargo para redução das despesas com pessoal** (autorizada constitucionalmente nos arts. 169, §§ 4.º a 7.º, e 247).

O art. 169, § 4.º, da Constituição admite a **perda do cargo do servidor estável, para assegurar a observância do limite máximo de despesas com pessoal**, tal como será mais bem examinado adiante. (p. 510)

Se as medidas anteriores forem insuficientes para o atingimento dos limites previstos na lei complementar, será admissível a **perda do cargo de servidores estáveis, nos termos de normas gerais**, assegurando ao ex servidor indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (art. 169, §§ 4.º e 5.º, da CF/1988).

A escolha dos servidores para perda do cargo deverá ser subordinada ao princípio da isonomia, adotando-se critérios objetivos compatíveis com o princípio da proporcionalidade. Certamente, não será cabível uma seleção fundada em juízos subjetivos da autoridade superior. A excepcionalidade da hipótese examinada submete a Administração Pública a produzir a decisão mais razoável possível, com a menor lesão a interesses protegidos constitucionalmente. A Lei 9.801/1999 veiculou normas gerais sobre o tema, de observância obrigatória pelos demais entes federativos, tal como previsto no art. 169, § 7.º, da CF/1988. **Ali se estabeleceu que a exoneração depende da prévia edição de ato normativo motivado pelo Chefe do Poder Executivo**. Esse ato deverá estabelecer condições e regras sobre a exoneração, inclusive critérios objetivos e impessoais para a identificação dos servidores a serem exonerados. Segundo o § 2.º do art. 2.º da referida lei, esses critérios envolvem o menor tempo de serviço público, a maior remuneração e a menor idade. O § 3.º do mesmo dispositivo faculta a combinação com critério complementar de menor número de dependentes. (capítulo 14, item 14.15.1.5, p. 575)

Se, apesar de todas as providências indicadas, a despesa total superar os limites, deverá haver sua recondução obrigatória aos limites nos dois quadrimestres seguintes. Se tal não vier a ocorrer e enquanto perdurar o excesso, será adotado um regime jurídico muito severo, tal como previsto no art. 23 da LRF. Ali se determina que, além da manutenção das vedações do art. 22, parágrafo único, da LRF deverão ser adotadas as providências previstas na Constituição. **O art. 169, § 3.º, da CF/1988 determina a redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e a exoneração dos servidores não estáveis**. Já o § 4.º do mesmo artigo estabelece que, se as referidas medidas forem

insuficientes, poderá ser promovida a perda do cargo do servidor não estável. (p. 579)

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

Isto significa que a Administração Pública possui dois tipos de **servidores estáveis**: os que foram nomeados por concurso público e cumpriram o período de estágio probatório de dois anos; e os que adquiriram a estabilidade excepcional, independentemente de concurso, em decorrência de benefício concedido pelas várias Constituições. As duas categorias têm igual garantia de permanência no serviço público: só podem perder seus cargos, empregos ou funções por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que tenham assegurada ampla defesa.

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe algumas alterações nessa sistemática, a saber:

[...]

c) previu mais duas hipóteses de perda do cargo pelo servidor estável: (1ª) uma que ocorrerá mediante “procedimento administrativo de avaliação de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa” (art. 41, § 1º, III); o dispositivo não é autoaplicável, uma vez que depende de lei complementar que discipline a matéria; portanto, a perda da estabilidade, até que saia essa lei, continua a depender de sentença judicial ou procedimento disciplinar, em que seja assegurada ampla defesa; (2ª) **outra que ocorrerá se não for cumprido o limite com despesa de pessoal** previsto no artigo 169, § 4º, disciplinado pela Lei Complementar no 101, de 4-5-01. A perda do cargo, nesse caso, **só poderá ocorrer depois que houver a redução em 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, exoneração dos servidores não estáveis e exoneração dos que adquiriram estabilidade sem concurso** (art. 33 da Emenda nº 19). Adotadas essas medidas, se as mesmas se revelarem insuficientes para reduzir a despesa aos limites previstos em lei complementar, aí sim poderá ser exonerado o servidor que tenha adquirido estabilidade mediante concurso; nesse caso, **a exoneração dependerá de que “ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”** (art. 169, § 4º); o servidor fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço (art. 169, § 5º) e o cargo objeto da redução será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos (art. 169, § 6º). Essa hipótese de perda do cargo está disciplinada pela Lei nº 9.801, de 14-6-99, **aplicável a todos os níveis de governo**, já que tem a natureza de norma geral, conforme previsto no artigo 169, § 7º; (capítulo 13, item 13.4.8, p. 1365-1366)

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

O servidor estável possui garantia de permanência no serviço, mas essa garantia não tem caráter absoluto, pois a Administração pode determinar a perda do cargo nas hipóteses previstas no texto constitucional, quais sejam: [...]

d) **excesso de gasto orçamentário com despesa de pessoal (art. 169, § 4.º, da CRFB)**. Em primeiro lugar, é importante observar que as três primeiras hipóteses de perda do cargo representam verdadeira demissão, pois são atos punitivos que dependem de infração funcional grave por parte do servidor. **A quarta hipótese de perda do cargo (excesso de gasto orçamentário) consubstancia exoneração**, pois não possui caráter punitivo e a sua efetivação depende do interesse da Administração.

[...]

Por fim, **em relação à exoneração por excesso de gasto orçamentário com despesa de pessoal**, também introduzida pela EC 19/1998, é relevante lembrar que os limites de despesa, no caso, estão fixados no art. 19 da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que regulamentou o art. 169, caput, da CRFB:

- a) União: 50%;
- b) Estados: 60%; e
- c) Municípios: 60% da receita corrente líquida.

Para o cumprimento dos limites citados, o art. 169, § 3.º, da CRFB determina que os Entes federados deverão adotar, em primeiro lugar, as seguintes providências:

- a) redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- b) exoneração dos servidores não estáveis.

Constatada a insuficiência das duas medidas, a Administração poderá determinar a perda do cargo do servidor estável, com a exigência de que ato normativo de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (art. 169, § 4.º, da CRFB).

A Lei 9.801/1999, que regulamenta o art. 169, § 4.º, da CRFB, dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa. Destaca-se, na Lei, a exigência de fixação de “critério geral impessoal” para a identificação dos servidores estáveis a serem exonerados dos respectivos cargos. Os critérios a serem escolhidos pela Administração são:

- a) menor tempo de serviço público;
- b) maior remuneração; e
- c) menor idade.

O critério geral eleito poderá ser combinado com o critério complementar do menor número de dependentes com o objetivo de elaboração de uma listagem

de classificação. É importante salientar que a **Lei 9.801/1999 possui caráter nacional e deve ser aplicada aos demais Entes federados**, conforme dispõe o art. 169, § 7.º, da CRFB.

Dessa forma, **a demissão do servidor estável, com fundamento no excesso com despesa pessoal, depende do cumprimento dos seguintes requisitos:**

- a) **exoneração dos servidores que possuem vínculo precário com o Poder Público** (ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança e servidores não estáveis); e
- b) **ato normativo motivado com a indicação das atividades e dos órgãos que sofrerão redução de servidores estáveis.** (capítulo 23, item 23.5, p. 1280, 1281-1282)

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

Criou também outra hipótese de **exoneração de servidor estável** (e não de demissão, como pensam alguns), quando tiverem sido insuficientes duas providências administrativas com vistas a adequar as despesas de pessoal aos limites fixados na Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000, que regulamentou o art. 169 da CF, este alterado pela no EC 19/1998, para o fim de criar, por si e por seus parágrafos, novos mecanismos de controle e redução das despesas com pessoal a cargo das pessoas federativas:

[...]

1. redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão ou funções de confiança;
2. exoneração de servidores não estáveis, assim considerados aqueles que foram admitidos na Administração Direta, autarquias e fundações sem concurso público após 5.10.1983, (art. 33, Emenda Constitucional nº 19/1998, que acrescentou o art. 247 ao texto constitucional); no caso, deve assegurar-se o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo, pena de nulidade do ato exoneratório.

Somente se inócuas essas medidas, previstas no § 3º do art. 169 da CF, introduzido pela EC no 19/1998, é que será admitida essa exoneração por excesso de quadro, conforme registra, com clareza, o § 4º do mesmo art. 169 da CF, também inserido pela citada Emenda.

Nesse caso, o servidor fará jus à indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, sendo extinto seu cargo e vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos (§§ 5º e 6º acrescentados ao art. 169). **Para tanto, cada Poder deverá expedir ato normativo motivado, especificando a atividade funcional e o órgão ou unidade funcional objeto da redução de pessoal.**

Há autores que sustentam ser inaplicável a exoneração prevista no art. 169, § 4º, da CF, aos servidores já estáveis ao momento em que foi promulgada a EC 19/1998, sob o fundamento de que não podem sujeitar-se a novo regime

jurídico, pena de violação a seu direito adquirido. **Não abonamos, data venia, esse pensamento.** Como já deixamos consignado anteriormente, não se pode negar que a consumação de fatos previstos na lei propiciem a aquisição de direito adquirido aos servidores. Mas daí não se deve inferir que todas as condições estatutárias sejam imunes ao processo de mutabilidade futura. Nesse sentido, aliás, já se pacificaram os Tribunais no que toca ao regime estatutário. Se é certo que constitui direito adquirido dos servidores a estabilidade já adquirida antes da EC nº 19, não menos verdadeiro é o fato de que não há o direito a que sejam mantidos, no futuro, todos os efeitos decorrentes da mesma estabilidade. Ofensa ao direito adquirido ocorreria, aí sim, se a EC nº 19 tivesse simplesmente deixado de considerá-los estáveis, o que, à evidência, não sucedeu. (capítulo 11, item V, subitem 4.5, p. 1227-1228)

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

A respeito da perda do cargo, a partir da EC 19/1998, verifica-se que passam a ser quatro as **hipóteses de rompimento não voluntário do vínculo funcional do servidor já estável**:

[...]

d) **excesso de despesa com pessoal, nos termos do art. 169, § 4.º.**

[...]

Já a exoneração do servidor estável por excesso de despesa com pessoal encontra-se prevista no art. 169, § 4.º, da Carta Política, e está disciplinada na Lei 9.801/1999.

Prevê o texto atual da Constituição que, se após a adoção de medidas de saneamento das despesas com pessoal ativo e inativo, estas permanecerem acima dos limites estabelecidos em lei complementar, o servidor estável poderá perder o cargo (atualmente tais limites estão previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 - conhecida como "Lei de Responsabilidade Fiscal" - e são de 50% da receita corrente líquida para a União e de 60% da receita corrente líquida para os estados, DF e municípios).

O § 3.º do art. 169 da Constituição, incluído pela EC 19/1998, estabelece como medidas obrigatórias a serem adotadas visando a adequação de despesas aos limites fixados na lei complementar:

- a) a redução, em pelo menos vinte por cento, das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- b) a exoneração dos servidores não estáveis.

Somente se essas duas medidas não forem suficientes para assegurar a adequação das despesas aos limites fixados na lei complementar poderá, então, o servidor estável perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o

órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (art. 169, § 4.º).

Conceder-se-á ao servidor exonerado uma indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço e torna-se obrigatória a extinção do cargo por ele ocupado, vedando-se a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos (art. 169, §§ 5º e 6.º).

Finalizando, podemos frisar que é incorreta a noção, muitas vezes difundida, de que a Emenda 19/1998 extinguiu a estabilidade. O que houve foi uma flexibilização do instituto. Nosso ordenamento continua albergando essa importante figura, embora, atualmente, as garantias dela decorrentes estejam sensivelmente atenuadas. (capítulo 6, item 3.6, p. 399 a 401)

Corrente 2: o servidor estável pode ser exonerado do cargo por adequação ao limite de despesas com pessoal. Essa exoneração é excepcional, e por isso denominada *sui generis*

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

Uma vez cumprido pelo servidor o estágio probatório e conquistada a estabilidade, a perda do cargo só poderá ocorrer por três motivos: por demissão, em razão de falta disciplinar (CF, art. 41, § 1.º, II), por exoneração, em razão de insuficiência de desempenho (CF, art. 41, § 1.º, III) **ou, excepcionalmente, também por exoneração, para cumprimento de limites constitucionais de despesas com pessoal, estabelecido em lei complementar** (CF, art. 169, caput, e seu § 4.º).

[...]

A exceção, sempre criticável, pois essas práticas de paternalismo depõem contra o espírito público dos constituintes que o aprovaram, por serem imorais e contradizerem, afinal, os princípios da impessoalidade e do mérito que eles acolheram, tão dignificadamente, no texto permanente (CF, art. 37, II), foi parcialmente corrigida pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, que reduziu os efeitos dessa estabilidade (art. 33, dessa Emenda) para os fins de preceder a exoneração dessa categoria beneficiada antes da aplicação da **exoneração excepcional, já referida, por excesso de despesas com pessoal ativo e inativo aos servidores públicos estáveis, acima referida** (CF, art. 169, § 3.º, II). (capítulo VI, item 25, p. 429)

Modalidade *sui generis* de exoneração está prevista no art. 169, § 4.º, e seguintes, da Constituição Federal, pela qual o servidor estável perderá seu cargo para o cumprimento dos limites com despesa de pessoal, quando esta exceder os limites estabelecidos em lei complementar (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, art. 19).

Este desprovimento excepcional só será utilizado se outras modalidades de redução de gastos com pessoal, de redução de cargos em comissão e funções de confiança e a exoneração dos servidores não estáveis (CF, art. 169, § 3.º) resultarem infrutíferas para satisfazer os limites referidos. A garantia do servidor afastado sem o esgotamento dessas providências é a anulação dessa exoneração. (capítulo XII, item 86.1, p. 439-440)

Corrente 3: o servidor estável pode perder o cargo por adequação ao limite de despesas com pessoal

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

Ao adquirir estabilidade, de qualquer tipo, o servidor somente perderá o cargo (estabilidade ordinária) ou o vínculo de trabalho com a Administração (estabilidade extraordinária) nos seguintes casos, previstos na Constituição Federal:

[...]

d) **para assegurar o cumprimento do limite de despesa com pessoal ativo e inativo**, estabelecido em lei complementar (CF, art. 169, §4º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98). A Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000 – responsabilidade fiscal –, art. 18 e ss., disciplina os limites das despesas com pessoal, de acordo com o art. 169 da CF. **Note-se que a perda do cargo de servidor estável é a última providência a ser adotada**, se não forem suficientes as demais providências indicadas no art. 169, §3º, da CF, que são: redução, em pelo menos vinte por cento, das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; e exoneração de servidores não estáveis. O art. 169, §7º, da CF determina que lei federal disponha sobre as normas gerais relativas à perda do cargo de servidor estável em razão de excesso de despesa – essas normas gerais são fixadas na Lei nº 9.801, de 14.6.1999; (capítulo 13, item 13.7.2, p. 281 e 282)

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

Independentemente disto, na conformidade do mencionado art. 23, que nisto repete o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição (parágrafos estes que foram incluídos, juntamente com os §§ 2º, 5º, 6º e 7º, pela Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998), **deverão adotar as seguintes providências sucessivamente e até a medida em que bastem**: (I) reduzir em pelo menos 20% as despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (II) exonerar servidores não estáveis; (III) **se as medidas anteriores não forem suficientes, determinar a perda do cargo pelos servidores estáveis que os**

ocupem. O sobredito art. 23, em seu § 1º, inconstitucionalmente admite que, ao invés de serem extintos cargos em comissão ou funções de confiança para cumprir a aludida redução de 20%, sejam reduzidos os vencimentos que lhes são atribuídos. O Supremo Tribunal Federal, na ADI/MC 2.238-DF, rei. Min. Ilmar Galvão, a requerimento do Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores e Partido Socialista Brasileiro, por unanimidade, em 9.5.2002, suspendeu cautelarmente a eficácia deste dispositivo na parte que fala em "redução dos valores a eles atribuídos". (capítulo V, item VIII, p.275)

Conforme já se anotou (n. 26), **o art. 169, § 4º, prevê hipótese excepcional e temporária de desligamento de servidores estáveis** fora dos casos previstos no art. 41. **É, como dantes foi assinalado, o que poderia ocorrer mediante os cortes necessários ao ajustamento das despesas de União, Estados, Distrito Federal e Municípios aos limites globais de despesa com pessoal estabelecidos em lei complementar.** Sem embargo, ao nosso ver repita-se - tal possibilidade de perda do cargo do servidor estável, prevista neste § 4º do art. 169 introduzido pelo "Emendão", não é comportada pelos limites a que uma emenda constitucional tem que se submeter, conforme mais além aclaramos (ns. 142 e ss.), pelo que, inconstitucional também é a Lei 9.801, de 14.6.1999, que o regulamenta. (capítulo V, item XI, p. 298)

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

Determina o § 1º do art. 41 da Constituição Federal que o servidor público estável apenas perderá o cargo:

[...]

- há também, afora as três hipóteses do art. 41, § 1º, a possibilidade de perda do cargo estabelecida no art. 169, § 4º, da Constituição Federal, ou seja, **da perda do cargo estável caso a despesa com o pessoal exceda os limites estabelecidos na lei complementar** (Lei de Responsabilidade Fiscal – LC nº 101/2000), que é disciplinada pela Lei nº 9.801/99. No entanto, determina o § 3º do art. 169 da Constituição que, **antes do alcance dos estáveis, os entes federativos deverão primeiro reduzir em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e depois exonerar os servidores não estáveis.** (capítulo 12, item 12.19, p. 314)

Conclusão

Perda do cargo ou exoneração por adequação ao limite de despesas com pessoal

Corrente 1: o servidor estável pode ser exonerado por adequação ao limite de despesas com pessoal. Essa exoneração é *ex officio* (ASA; FM; MC; DCJ; AM; MJF; MSZDP; RCRO; JSCE; MA e VP)

Corrente 2: o servidor estável pode ser exonerado do cargo por adequação ao limite de despesas com pessoal. Essa exoneração é excepcional, e por isso denominada *sui generis* (DFMN)

Corrente 3: o servidor estável pode perder o cargo por adequação ao limite de despesas com pessoal (OM; CABM; IPN)

DIVERGÊNCIA 080 - Necessidade ou não de atender à função social da propriedade

Corrente 1: o direito de propriedade é condicionado pela função social

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

O interesse público constitui o próprio fundamento do poder de polícia do Estado e também da atividade de intervenção no domínio econômico; por meio deles, o Estado impõe restrições ao exercício de direitos individuais para beneficiar o interesse da coletividade. **É o que ocorre também em relação ao princípio da função social da propriedade, que justifica a imposição de restrições ao exercício do direito de propriedade em benefício do interesse público. Trata-se de restrições, muitas delas previstas na própria Constituição, e que sempre conviveram com os direitos fundamentais.**(capítulo 1, item 1.9, p. 130)

Apenas, enquanto naquela época essas leis e regulamentos se limitavam, quase exclusivamente, aos direitos de vizinhança, aos poucos o seu campo foi se ampliando, **com a tendência para condicionar, cada vez mais, o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. O princípio permanece, mas o seu alcance alterou-se profundamente, dando à propriedade sentido social** então desconhecido. Hoje, prevalece o princípio da função social da propriedade, que autoriza não apenas a imposição de obrigações de não fazer, como também as de deixar fazer e, hoje, pela Constituição, a obrigação de fazer, expressa no artigo 182, § 4º, consistente no adequado aproveitamento do solo urbano. (capítulo 6, item 6.1, p. 340)

Na Constituição de 1988, o artigo 5º, inciso XXII, **garante o direito da propriedade, mas no inciso XXIII determina que a propriedade atenderá à sua função social;** além disso, ela volta a ser incluída entre os princípios da ordem econômica, que têm por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, III); porém, tem seu alcance delimitado. (capítulo 6, item 6.4, p. 349)

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

No atual contexto, **o direito de propriedade não pode ser visto como direito absoluto**, sem qualquer ônus para quem o detém, **estando condicionado ao cumprimento da sua função social, sob pena de intervenção do Estado para suprimi-la. Por função social da**

propriedade, entende-se a necessidade desse direito, em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de conformidade com o estabelecido em lei especial, incluindo ainda o respeito à flora, à fauna, às belezas naturais, ao equilíbrio ecológico e ao patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas. Por exemplo, representa função social da propriedade atender às regras do Plano Diretor para os imóveis urbanos, enquanto, no caso dos imóveis rurais, há a obediência às regras ambientais, a vedação ao trabalho escravo com a observância das normas pertinentes às relações de trabalho, além de outras. (capítulo 12, item 1, p. 894-895)

A Constituição Federal garante o direito de propriedade em seu art. 5º, XXII, **condicionando o instituto ao atendimento da função social**, art. 5º, XXIII. A “Carta Cidadã” também se refere à função social quando estabelece a política urbana, exigindo o cumprimento de normas de organização das cidades, expressas nos planos diretores, art. 182, § 2º. O constituinte ainda cuida desse instituto ao estabelecer a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade do particular quando se tratar de iminente perigo, hipótese denominada requisição, prevista no art. 5º, XXV. (capítulo 12, item 3, p. 896-897)

No atual texto constitucional, contrapondo-se ao direito de propriedade do art. 5º, XXII, há o dever de atender à sua função social, previsão do art. 5º, XXIII, podendo o Estado intervir quando ela não atender ao seu papel. **Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o seu uso seja condicionado ao bem-estar geral.**

Os conceitos quanto à função social da propriedade não estão relacionados ao livre-arbítrio do Administrador; estão previstos expressamente na Lei n. 8.629/93, quando se tratar de área rural; enquanto para as áreas urbanas, há a Lei n. 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade. Dessa forma, o tratamento varia conforme o tipo de bem. (capítulo 12, item 4.6.3.2, p. 828)

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

Com efeito, logo no seu art. 5º - no qual estão enumerados os mais relevantes **direitos e garantias fundamentais** do nosso ordenamento jurídico -, **a Constituição da República assegura o direito individual à propriedade (inciso XXII), mas desde já, expressamente, condiciona o exercício desse direito ao atendimento da função social da propriedade** (CF, art. 5º, XXIII). E, nos dois incisos seguintes, prevê a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, observado o procedimento que a lei estabeleça (inciso XXIV), e a requisição de propriedade particular por autoridade administrativa, no caso de iminente perigo público (inciso XXV).

[...]

Enfim, o Estado (abrangendo, aqui, todos os entes integrantes da Federação) dispõe de uma grande quantidade de instrumentos jurídicos – todos eles lastreados em seu poder de império - passíveis de utilização para o cumprimento do **seu dever constitucional de assegurar que a propriedade cumpra a sua função social**. Em geral, esses instrumentos implicam limitações ou condicionamentos ao exercício dos poderes inerentes ao domínio (uso, fruição, disposição e reivindicação), hipóteses a que a doutrina se refere como "intervenção restritiva". Especificamente no caso da desapropriação, entretanto, não se tem apenas uma limitação, e sim a perda da propriedade, que é transferida, de regra, para o domínio público. A desapropriação, por esse motivo, é classificada como "intervenção supressiva" (José dos Santos Carvalho Filho). (capítulo 16, item I, p. 1108-1107)

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

Como exemplos de áreas afetadas pelo fenômeno, menciona Venosa, o Direito de Família, por regular um organismo de vital importância coletiva, **e o regime da propriedade, que não é mais vista da perspectiva de direito subjetivo absoluto e incontestável, mas como uma faculdade cujos uso e gozo são limitados ao desempenho de função social, conforme orientação fixada na Constituição Federal**. (capítulo 1, item 1.2)

Atualmente, à noção de autonomia privada, cujos corolários específicos no direito de propriedade implicam os tradicionais direitos de usar, gozar e dispor de uma coisa, de forma ilimitada, contrapõe-se a função social da propriedade, segundo a qual **o direito de propriedade deve ser condicionado ao bem-estar social**. (capítulo 14, item 14.1, p. 20)

Corrente 2: o direito de propriedade é relativo e deve atender à função social

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

O fundamento jurídico geral que autoriza o Estado brasileiro a intervir na propriedade de particulares é o princípio da função social da propriedade estabelecido no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, segundo o qual: “a propriedade atenderá sua função social”.

Embora a própria Constituição assegure o direito de propriedade (art. 5º, XXII), **trata-se de um direito relativo na medida em que o seu exercício, para ser legítimo, deve se compatibilizar com os interesses da coletividade**. (capítulo 13, item 13.1, p. 1390)

Corrente 3: o direito de propriedade é relativo e condicionado, devendo atender à função social

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

Essa visão, que leva em conta os relevantes interesses da coletividade, é que levou o Constituinte a **condicionar a propriedade ao atendimento da função social** (art. 5º, XXIII). Ao fazê-lo, veio a possibilitar que o Estado interviesse na propriedade sempre que esta não estivesse amoldada ao pressuposto exigido na Constituição. Sobre o interesse do indivíduo, repetimos, há de prelevar o interesse público. Ademais, a Constituição inseriu a função social da propriedade como um dos princípios que regem a ordem econômica (art. 170, III). No dispositivo, o Constituinte mais uma vez reconhece a propriedade como fator econômico, mas a condiciona ao atendimento da função social, tornando este elemento superior àquele.

O pressuposto constitucional, contudo, não afasta nem suprime o direito em si. Ao contrário, o sistema vigente procura conciliar os interesses individuais e sociais e somente quando há o conflito é que o Estado dá primazia a estes últimos. A função social pretende erradicar algumas deformidades existentes na sociedade, nas quais o interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos. Na verdade, a função social visa a recolocar a propriedade na sua trilha normal.

O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender à função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consonante com aquela função, e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao Estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever jurídico de mantê-la ajustada à exigência constitucional.

Não custa lembrar que o princípio da função social da propriedade reflete o ponto de convergência resultante da evolução do conceito de propriedade. Assim, deve ser aplicado lado a lado com os interesses da coletividade. **Mas dúvida não há de que sua aplicação atinge o próprio conteúdo do direito de propriedade, e não apenas o seu exercício.**

É, portanto, a função social o outro fundamento político e jurídico da intervenção do Estado na propriedade. (capítulo 6, item IV, subitem 2, p. 1422-1423)

A propriedade é instituto de caráter político: a ordem jurídica pode reconhecer, ou não, as características que dão forma ao instituto.

Historicamente, a propriedade constituiu verdadeiro direito natural, sendo erigida a direito fundamental nas declarações de direito da época do constitucionalismo. As tendências socializantes, porém, alteraram a fisionomia da propriedade, e muitos ordenamentos jurídicos firmaram o postulado ortodoxo de que a propriedade tinha caráter provisório até que se chegasse à coletivização em massa.

[...]

A vigente Constituição é peremptória no que se refere ao reconhecimento do direito: “É garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII). O mandamento indica que o legislador não pode erradicar esse direito do ordenamento jurídico positivo. **Pode, sim, definir-lhe os contornos e fixar-lhe limitações, mas nunca deixará o direito de figurar como objeto da tutela jurídica.**

Logo adiante veremos que **a propriedade não mais se caracteriza como direito absoluto**, como ocorria na época medieval. **Hoje o direito de propriedade só se justifica diante do pressuposto que a Constituição estabelece para que a torne suscetível de tutela: a função social.** Se a propriedade não está atendendo a sua função social, deve o Estado intervir para amoldá-la a essa qualificação. E essa função autoriza não só a determinação de obrigações de fazer, como de deixar de fazer, sempre para impedir o uso egoístico e antissocial da propriedade. Por isso, **o direito de propriedade é relativo e condicionado.** (capítulo 12, item I, subitem 2, p.)

A vigente Constituição dá suporte à intervenção do Estado na propriedade. **De um lado, garante o direito de propriedade (art. 5º, XXII), mas ao mesmo tempo condiciona o instituto ao atendimento da função social (art. 5º XXIII).** Aqui se encontra o primeiro embasamento constitucional. Se **a propriedade precisa estar condicionada à função social**, segue-se que, se não estiver atendida essa condição, poderá o Estado intervir para vê-la atendida. (capítulo 12, item II, subitem 2, p. 1416, 1417 e 1418)

Não obstante, convém relembrar, pela importância de que se reveste o assunto, que **o direito de propriedade tem garantia constitucional (art. 5º, XXII, CF), mas a Constituição, como que em contraponto com a garantia desse direito, exige que a propriedade assuma a sua condição de atender à função social (art. 5º, XXIII).** Sendo assim, ao Estado será lícito intervir na propriedade toda vez em que não esteja cumprindo seu papel no seio social, e isso porque, com a intervenção, o Estado passa a desempenhar sua função primordial, qual seja, a de atuar conforme os reclamos de interesse público. (capítulo 13, item I, p. 1478)

Corrente 4: o direito de propriedade deve atender à função social para que seja considerado direito fundamental

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

O direito de propriedade, assim como os demais direitos fundamentais, não possui caráter absoluto. Ainda que a propriedade atenda a função social, é possível a intervenção estatal para restringi-la ou condicioná-la de modo a satisfazer o interesse público.

Apenas a propriedade que atende a função social delineada pelo ordenamento jurídico tem status de direito fundamental (art. 5.º, XXII e XXIII, da CRFB). Dessa forma, o descumprimento da função social acarreta a aplicação de sanções ao particular, admitindo-se, inclusive, a retirada forçada da propriedade por meio da desapropriação. Ex.: desapropriação de imóvel urbano não edificado (art. 182, § 4.º, III, da CRFB); desapropriação do imóvel rural improdutivo (art. 184 da CRFB); expropriação de propriedades rurais e urbanas com cultivo de plantas psicotrópicas ilegais ou a exploração de trabalho escravo (art. 243 da CRFB, com redação dada pela EC 81/2014). (capítulo 20, item 20.1, p. 1103-1104)

As limitações **delimitam o perfil do direito de propriedade, pois a propriedade somente será considerada direito fundamental se atender à função social** (art. 5.º, XXII e XXIII, da CRFB), que será estabelecida por meio de atos normativos. Quando efetivada após a aquisição da propriedade, a limitação é considerada modalidade de intervenção branda. (capítulo 20, item 20.6.1, p. 1114)

Corrente 5: o direito de propriedade deve ser respeitado como direito fundamental

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

O direito de propriedade configura uma garantia constitucional que assegura ao seu detentor as prerrogativas de usar, fruir, dispor e reaver a coisa dominada, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo. Neste sentido, o art. 5º, XXII, garante a todos **o direito de propriedade** que, conforme disposto no inciso XXIII, do mesmo dispositivo, **deverá atender à sua função social**.

[...]

Com efeito, cumpre salientar **que o caráter absoluto não retira o dever de o proprietário cumprir a função social da propriedade**, ou seja, exercer sua garantia sem causar prejuízos a terceiros e garantir que o direito de

propriedade se coadunará com as suas finalidades econômicas e sociais definidas em lei. Dessa forma, o proprietário de bens imóveis localizados em área de proteção ambiental, por exemplo, deverá manter um nível de preservação mínimo definido por meio de normas de proteção ao meio ambiente. Pode-se, ainda, considerar como exemplo o dever de construção, quando o proprietário de terrenos urbanos não edificadas, mantém a propriedade deste bem em local cujo plano diretor da cidade imponha um nível de utilização específico. Da mesma forma, a utilização da propriedade não se pode dar mediante exploração de trabalho escravo. Estes exemplos servem para ilustrar que a lei deve impor os limites de utilização da propriedade, sem, com isso, restringir ou retirar seu caráter absoluto.

[...]

Verifica-se, portanto, que **a garantia da propriedade deve ser respeitada como direito fundamental**, definido na Carta Magna, **insuscetível de aniquilação**. No entanto, como forma de **condicionar o exercício deste direito às necessidades públicas**, a lei poderá regulamentar sua utilização, definindo normas a serem observadas pelo proprietário. (capítulo 14, item I, p. 1047 e 1048)

Corrente 6: o direito de propriedade é temperado pelo princípio da função social

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

Outro importante conceito político a ser considerado no estudo do domínio do Estado é o enquadramento da propriedade privada, entendida como uma expressão da liberdade humana de dispor amplamente dos frutos do trabalho criativo e produtivo, mas que, do mesmo modo, encontra o seu **exercício limitado e condicionado** pelos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, **sintetizados no atendimento de sua função social**.

Assim é que o direito brasileiro **reconhece e garantir direito de propriedade** como o modo mais extenso de disposição privada sobre bens, tal como vem garantido no art. 5.º, XXII, da Constituição, que estabelece, neste mesmo e em outros dispositivos, **os limites sob os quais pode ser exercido com submissão à sua função social**, justificando as atividades estatais que instituirão e aplicarão as limitações e condicionamentos da propriedade a partir do domínio eminente. (capítulo XIII, item 96.2, p. 468) Assim é que, na linha juspolítica dessa, também pós-moderna, concepção do Direito, que emergia das hecatombes bélicas do “século curto”, aplicada com sucesso no conceito vitorioso do neoconstitucionalismo, então em surgimento, se veio a reconhecer **a propriedade como um direito individual, temperado pelo princípio que reconhece igualmente a sua**

função social, justificando, assim, a possibilidade de uma intervenção do Estado despida de preconceitos ideológicos, se não que, ao contrário, reverente a uma visão pragmática sobre a natureza competitiva do homem, que consiste na exigência de que o uso das riquezas esteja vocacionado a finalidades públicas, dando, assim, à mola do progresso, e a seu próprio símbolo externo contemporâneo da liberdade, que é a propriedade, a têmpera da solidariedade, tal como vem acolhida na Carta Política brasileira (CF, art. 5.º, XXII e XXIII). (capítulo XIV, item 112, p. 504)

A heteroexecutoriedade decorre, portanto, da intenção, manifestada pelo legislador constitucional, de estabelecer uma **especial proteção ao direito de propriedade** – aqui considerado no sentido amplo de patrimonialidade – que, **temperado pelo princípio da função social**, se constitui num dos alicerces da sociedade civilizada. Daí o litígio que se trava na ação de desapropriação ficar restrito ao valor da indenização, uma vez que apenas através dela se recompõe o patrimônio do desapropriado (Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, arts. 9.º e 20). (capítulo XX, item 197.2, p. 755)

Não abordam

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

Os Estados contemporâneos, conquanto reconheçam e garantam a propriedade privada, condicionam o uso, gozo e disposição dessa propriedade ao bem-estar social. **A propriedade, portanto, nos tempos hodiernos, deve cumprir sua função social, deixando de ser um direito absoluto ou exclusivamente individual para se tornar um direito de dimensão social.**

Assim, em face do advento do chamado Estado Social, tem-se exigido a conformação pública do direito de propriedade, baseada na função social da propriedade e na delimitação de seu exercício individual, de acordo notadamente com o estabelecido nos planos diretores municipais. (capítulo X, item 1, p. 417)

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

Um dos âmbitos em que mais se revela a face autoridade da Administração é o direito de propriedade, sobretudo da propriedade imóvel. **O direito de propriedade evoluiu muito, deixando de ter, na atualidade, a conotação absoluta que o caracterizava até as primeiras décadas do século XX.** Ampliaram-se as intervenções públicas e ocorreu a mudança da própria

configuração estrutural do direito de propriedade ante sua funcionalização social, percebida de modo sensível em matéria urbanística e agrária. Daí o disposto no §1º do art. 1.228 do Código Civil: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. (capítulo 16, item 16.2, p. 343 e 344)

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

Embora seja característico das limitações administrativas apenas impor deveres de abstenção, não se pretendendo por meio delas captar do particular atuações positivas, em nosso Direito Constitucional há uma exceção notável, e que se constitui em candente expressão do art. 170, III, onde **se impõe o princípio da função social da propriedade**. Esta, na conformidade do art. 52, XXIII, **cumprirá sua função social**, em cujo nome o proprietário é obrigado a prepor seu imóvel a uma função socialmente útil, seja em área urbana, seja em área rural. (capítulo XIII, item II, p. 824)

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

Vê-se, portanto, que **a função social da propriedade pode levar à sua supressão, restrição ou mera limitação**. Na escolha de cada um desses instrumentos, o Estado deve observar o princípio da proporcionalidade, só adotando um instrumento mais interventivo se os demais não forem adequados para as finalidades visadas.

As limitações administrativas devem, repise-se, apenas conformar o direito de propriedade, nunca suprimi-lo, total ou parcialmente. Se isso ocorrer, tomando-se em conta a destinação econômica que o bem normalmente seguiria, estaremos diante de restrição administrativa, ou de desapropriação indireta, ambas indenizáveis. Essas chegam a afetar as faculdades inerentes ao direito de propriedade, **enquanto as limitações administrativas apenas dão o contorno do próprio direito de propriedade com a função social a ele constitucionalmente inerente**. As limitações administrativas constituem o próprio perfil do direito de propriedade, definindo-o; as restrições e ablações retiram parte ou totalidade do próprio direito. (capítulo VII, item VII.6, p. 380)

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

Logo, a **função social da propriedade não gera efeitos despropositados ou absurdos**, mas a adoção das providências estritamente adequadas e necessárias a evitar a infração aos interesses protegidos, **respeitada a substância econômica da propriedade privada**.

A função social da propriedade está expressamente determinada no art. 5º, XXIII, da Constituição. Mas o princípio se manifesta em inúmeros dispositivos constitucionais e em vários institutos jurídicos.

Como decorrência da **função social da propriedade, o direito consagra limites e restrições, de diversa ordem**. Algumas restrições à propriedade privada têm cunho supraindividual e pressupõem a atuação estatal. Surge uma manifestação do poder de polícia para restringir a autonomia privada na fruição do direito de propriedade. (p. 273)

Conclusão

Necessidade ou não de atender à função social da propriedade

Corrente 1: o direito de propriedade é condicionado pela função social (MSZDP; FM; MA e VP; IPN)

Corrente 2: o direito de propriedade é relativo e deve atender à função social (AM)

Corrente 3: o direito de propriedade é relativo e condicionado, devendo atender à função social (JSCF)

Corrente 4: o direito de propriedade deve atender à função social para que seja considerado direito fundamental (RCRO)

Corrente 5: o direito de propriedade deve ser respeitado como direito fundamental (MC)

Corrente 6: o direito de propriedade é temperado pelo princípio da função social (DFMN)

Não abordam (DCJ; OM; CABM; ASA; MJF)

DIVERGÊNCIA 081 - Domínio eminente

Corrente 1: domínio eminente é o domínio que exerce o Estado sobre todos os bens existentes em seu território

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

O fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis.

O fundamento jurídico teórico consiste na tradução dentro do ordenamento normativo dos princípios políticos acolhidos no sistema.

Corresponde à ideia do **domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território**. (capítulo XVI, item II, p.895)

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

O domínio do Estado sobre os bens divide-se entre:

- **domínio eminente: do Estado sobre todas as coisas de seu território;** e
- domínio público (öffentlichen Sachen): sobre os bens do Estado.

Domínio eminente é o que decorre da soberania do Estado sobre o território. São elementos constitutivos do Estado: o povo, a soberania, o território e a finalidade. O povo é o elemento humano. Tecnicamente, ele se compõe dos nacionais. A soberania é o poder de autodeterminação plena do Estado, desde que ele não esteja subordinado a outros Estados. O território é o elemento espacial do Estado e a finalidade, elemento analisado especialmente na obra de Dalmio de Abreu Dallari, é a consecução do bem comum. Entendemos que a persecução do bem geral é um pressuposto de legitimação do Estado.

Ora, como o Estado é um ente jurídico cuja existência está alicerçada no objetivo de atendimento ao interesse comum, ele **exerce o domínio eminente sobre todos os bens que estejam localizados em seu território**. Sobre eles poderá desempenhar, portanto, poder de polícia, que, conforme visto, é a atividade de condicionar e restringir o exercício da propriedade em benefício do interesse público.

Assim, tendo em vista o domínio eminente potencial do Estado sobre as coisas em geral, o que abrange os bens alheios, são criadas limitações do Estado à propriedade privada, que serão analisadas no próximo capítulo, onde há o desdobramento de institutos como, por exemplo, a servidão administrativa e o tombamento. (capítulo 13, item 13.1, p. 321)

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

Esse artigo do Decreto-lei nº 3.365/41 tem sido objeto de crítica pelos doutrinadores, segundo os quais a desapropriação de bens estaduais, pela União, ou de bens municipais, pela União e pelos Estados, fere a autonomia estadual e municipal. Esse entendimento, no entanto, não pode ser aceito, tendo em vista o próprio fundamento político em que se baseia o instituto da desapropriação, a saber, a ideia de **domínio eminente do Estado, entendido como o poder que o Estado exerce sobre todas as coisas que estão em seu território**; trata-se de poder inerente à própria ideia de soberania e não poderia ser obstado por um poder de igual natureza exercido pelos Estados e Municípios dentro de suas respectivas áreas geográficas, mesmo porque tais entidades não detêm soberania, mas apenas autonomia nos termos defendidos pela Constituição. Os interesses definidos pela União são de abrangência muito maior, dizendo respeito a toda a nação, tendo que prevalecer sobre os interesses regionais. (capítulo 6, item 6.10.7, p. 413)

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

Do exposto deflui o conceito de domínio eminente, associado ao exercício da soberania, que **consiste na disposição estatal sobre todos os bens em seu território ou que, de alguma forma, estejam institucionalmente sujeitos à sua ordem jurídica**.

Esse exercício, todavia, não é absoluto, manifestando-se tanto na extensão materialmente possível quanto sob os limites juridicamente estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, o que equivale dizer que o domínio eminente é um conceito político, inerente ao poder soberano, mas o seu exercício é um conceito jurídico, e não de fato, pois depende apenas da definição legal que lhe for atribuída in abstractu na ordem jurídica. (capítulo XIII, item 96.1, p. 467)

O conceito de domínio eminente, como foi exposto, não está obsoleto no direito público contemporâneo, desde que entendido como uma expressão do poder estatal, que se projeta sobre todos os bens sujeitos à ordem jurídica por ele imposta. (capítulo XIV, item 111, p. 500)

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

O domínio público em sentido amplo - também conhecido por domínio eminente - nada mais é **senão o poder que o Estado exerce sobre todos os**

bens que se encontram em seu território. Não se trata de análise de propriedade ou posse, mas tão somente de soberania exercida dentro do território nacional, tão difundida em nosso texto constitucional e que gera a possibilidade de criação de restrições a esses bens pelo ente estatal, na busca do interesse público, ainda que pertençam a particulares.

Enfim, **o domínio eminente é o poder de regulamentação exercido pelo ente estatal sobre os bens públicos e também sobre os bens privados** que devem respeitar os interesses da coletividade e serem usufruídos de forma a garantir a função social da propriedade. É a manifestação do Poder de administração do Estado. (capítulo 15, item 1, p. 1141)

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

Quando se pretende fazer referência ao poder político que **permite ao Estado, de forma geral, submeter à sua vontade todos os bens situados em seu território, emprega-se a expressão domínio eminente.**

Domínio eminente não tem qualquer relação com o domínio de caráter patrimonial. **O sentido da expressão alcança o poder geral do Estado sobre tudo quanto esteja em suas linhas territoriais**, sendo esse poder decorrente de sua própria soberania. Não quer dizer que o Estado seja proprietário de todos os bens. Claro que não o é. Significa apenas a disponibilidade potencial de que é detentor em razão de seu poder soberano. (capítulo 16, item I, subitem 2, p. 2028)

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

Em sentido amplo, domínio público é o poder de senhorio que o Estado exerce sobre os bens públicos, bem como a capacidade de regulação estatal sobre os bens do patrimônio privado. A noção lato sensu de domínio público deriva do chamado **domínio eminente, que é “o poder político pelo qual o Estado submete à sua vontade todas as coisas de seu território”**. Porém, o domínio eminente exercido pelo Estado não quer dizer que detenha a propriedade de todos os bens existentes em seu território. Os bens públicos pertencem ao Estado; já os bens privados estão submetidos a uma regulação jurídica estatal. (capítulo 12, item 12.3, p. 1331)

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

Domínio eminente é a prerrogativa decorrente da soberania ou da autonomia federativa que autoriza o Estado a intervir, de forma branda

(ex.: limitações, servidões etc.) ou drástica (ex.: desapropriação), **em todos os bens que estão localizados em seu território**, com o objetivo de implementar a função social da propriedade e os direitos fundamentais. O domínio eminente é exercido sobre todo e qualquer tipo de bem que esteja situado no respectivo território do ente Federado, a saber:

- a) bens públicos;
- b) bens privados; e
- c) *res nullius* ou bens adéspotas (bens de ninguém). (capítulo 22, item 22.2, p. 1198)

Corrente 1.1: domínio eminente é o poder potencial que o Estado exerce sobre tudo e todos os que se encontram no seu território. A teoria do domínio eminente deve ser filtrada pela teoria dos direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos

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

Essas **limitações**, seguindo a teoria gradualista de Kelsen, vão sendo paripassu definidas pelo ordenamento jurídico:

- algumas já se encontram **expressamente determinadas na Constituição** (ex.: a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo de correspondência) ou dela decorrem independentemente de qualquer intermediação legislativa (ex.: apreensão de produtos alimentícios estragados por decorrência do direito fundamental à saúde);
- outras são **regulamentadas ou definidas por lei, que pondera os diversos interesses constitucionais envolvidos** (ex.: lei que exige prévia autorização administrativa para o exercício de determinada atividade com potencial lesivo à sociedade, como dirigir automóvel ou possuir um banco);
- ou ainda, **diante de leis pouco determinadas, as limitações podem ser não apenas executadas, mas também em parte definidas pela própria Administração Pública, via regulamento ou por atos concretos** (ex.: respectivamente quando a Administração fixa os requisitos para emissão de autorizações administrativas apenas genericamente instituídas pelo Legislador ou quando, na mesma hipótese, inexistir regulamento, e a Administração analisar concretamente a situação de cada autorização requerida).

Em todos esses casos, o que caracteriza a limitação aos direitos fundamentais como sendo uma limitação administrativa é o fato de ela ser aplicada pela Administração Pública, ainda que tenha sido criada em outro nível do ordenamento jurídico. As limitações administrativas são espécie que integra o gênero dos limites dos direitos fundamentais. **Esses limites podem**

ser oriundos tanto de outros direitos fundamentais como de interesses difusos e coletivos (meio ambiente, saúde pública, segurança nacional etc.). **Mas nem sempre as limitações administrativas foram consideradas como tendo fundamento na ponderação entre direitos e princípios constitucionais.** No Estado Absolutista o fundamento delas era o domínio iminente do Estado sobre todas as pessoas e coisas que se encontravam em seu território.

O domínio iminente seria o poder potencial que o Estado exerce sobre tudo e todos os que se encontram no seu território, que se efetiva quando o interesse público, na forma regulamentada no ordenamento jurídico, assim o exigir. **Pelo ensinamento tradicional, que, se não está errado, está pelo menos incompleto, seria pelo domínio iminente que se estabeleceriam as limitações administrativas ao direito de propriedade, as servidões administrativas, a desapropriação, medidas de polícia administrativa e o regime especial de certos bens particulares de interesse público (ex.: florestas).**

A teoria do domínio iminente é, na verdade, uma expressão da ideia de soberania, e, se não deve ser de todo afastada, deve pelo menos receber os expostos influxos e a filtragem da teoria dos direitos fundamentais. (capítulo VII, item VII.1, p. 367 a 369)

Pelo domínio eminente se estabeleceriam as limitações administrativas ao direito de propriedade, as servidões administrativas, a desapropriação, medidas de polícia e o regime especial de certos bens particulares de interesse público (ex.: florestas). (capítulo XVII, item XVII.1, p. 911)

Corrente 2: domínio eminente indica a competência estatal para promover desapropriação ou se valer da propriedade privada em situações excepcionais

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

Rejeita-se a clássica concepção do domínio eminente, que vigorou no passado. Essa teoria afirmava que o Estado deteria uma propriedade latente sobre todos os bens existentes em seu território. Portanto, os particulares seriam titulares de um domínio limitado (resolúvel), que poderia ser extinto a qualquer momento, se assim o desejasse o Estado.

Segundo essa concepção, o patrimônio do Estado seria integrado por bens de seu domínio efetivo, mas também e indiretamente por todos os bens existentes na posse dos particulares.

A teoria do domínio eminente tem suas origens no período anterior à afirmação do Estado de Direito. Não traduz corretamente a relação política e jurídica entre o Estado e a sociedade. **Não se pode admitir, perante o vigente regime constitucional, o domínio eminente do Estado sobre os bens privados.**

No entanto, alguns continuam a utilizar a terminologia para indicar outro aspecto da ordem jurídica. **Fala-se em domínio eminente para indicar a competência estatal para promover desapropriação ou valer-se da propriedade privada em situações excepcionais.** A eventual adoção das expressões não significa, como é evidente, a efetiva existência de uma relação de domínio potencial sobre bens privados, titularizada pelo Estado. (capítulo 15, item 15.3.3.5, p. 608)

Não abordam

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

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

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

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

Conclusão

Domínio eminente

Corrente 1: domínio eminente é o domínio que exerce o Estado sobre todos os bens existentes em seu território (CABM; IPN; MSZDP; DFMN; MC; JSCF; AM; RCRO)

Corrente 1.1: domínio eminente é o poder potencial que o Estado exerce sobre tudo e todos os que se encontram no seu território. A teoria do domínio eminente deve ser filtrada pela teoria dos direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos (ASA)

Corrente 2: domínio eminente indica a competência estatal para promover desapropriação ou se valer da propriedade privada em situações excepcionais (MJF)

Não abordam (MA e VP; OM; DCJ; FM)

DIVERGÊNCIA 082 - Conceito de bens públicos (natureza jurídica dos bens das pessoas jurídicas de direito privado)

Corrente 1: exclusivista (apenas os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público)

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

Com base no vigente dispositivo do novo Código, podemos, então, conceituar bens públicos como todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, **pertencam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas**. Os elementos do conceito que já anteriormente apresentávamos foram sufragados pelo art. 98 do Código Civil, como é fácil concluir. (capítulo 16, item II, p. 2029-2030)

Com todo o respeito que merece o grande autor, permitimo-nos discordar de seu entendimento. Parece-nos, ao contrário, que **os bens das pessoas administrativas privadas, como é o caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, devem ser caracterizados como bens privados**, mesmo que em certos casos a extinção dessas entidades possa acarretar o retorno dos bens ao patrimônio da pessoa de direito público de onde se haviam originado. O fator que deve preponderar na referida classificação é o de que as entidades têm personalidade jurídica de direito privado e, embora vinculadas à Administração Direta, atuam normalmente com a maleabilidade própria das pessoas privadas. (capítulo 16, item III, p. 2032-2033)

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

São públicos os bens de domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios (pessoas jurídicas de direito público ou entes federativos). Também se caracterizam como bens públicos os das autarquias e fundações de direito público, “e os que embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”.

[...]

O conceito de bens particulares é formulado por exclusão, como se observa do disposto no art. 98 do Código Civil: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.” (capítulo 13, item 13.2, p. 322)

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

Não obstante tais divergências doutrinárias, pensamos que pelo menos a discussão teórica acerca da abrangência da expressão “bens públicos” deixou de ter relevância a partir da vigência do atual Código Civil (Lei 10.406/2002). Embora não se preocupe em estabelecer um conceito de ‘bem público’, o Código Civil não deixou margem a dúvida, no âmbito de nosso direito legislado, quanto aos bens que devem e aos que não devem ser formalmente enquadrados como bens públicos.

De fato, nos expressos termos do art. 98 do Código Civil, **“são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”**.

Portanto, consoante o direito positivo brasileiro, **só são formalmente bens públicos os bens de propriedade das pessoas jurídicas de direito público**. Significa dizer que somente têm bens públicos propriamente ditos: a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios e as respectivas autarquias e fundações públicas de natureza autárquica.

[..]

Todos os demais bens são privados (ou particulares), não só os bens das pessoas da iniciativa privada, **mas também os das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações públicas que tenham personalidade jurídica de direito privado**. (capítulo 15, item 1, p. 1055 e 1056)

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

Os bens públicos, na forma do art. 98 do CC, são aqueles integrantes do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações estatais de direito público).

Verifica-se que o legislador leva em consideração o critério da titularidade para distinguir os bens públicos e os bens privados. **Os bens de titularidade das pessoas de direito público são públicos; os bens pertencentes às pessoas de direito privado são considerados privados.**

[...]

Conforme demonstrado anteriormente, o conceito adotado pelo legislador (art. 98 do CC) leva em conta a respectiva titularidade, razão pela qual somente serão considerados bens formalmente públicos aqueles integrantes das pessoas jurídicas de direito público. **Em consequência, os bens integrantes das entidades administrativas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado) e das demais pessoas jurídicas de direito privado serão considerados bens privados.** (capítulo 22, item 22.1, p. 1198)

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

O art. 98 do Código Civil considera públicos os bens “pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.” **Dessa forma, os bens das pessoas jurídicas de direito público, sejam elas entes da Federação ou pessoas jurídicas de direito público da sua Administração Indireta, são bens públicos. Já os bens das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta são bens privados (art. 98, in fine, CC), o que não quer dizer que não estejam sujeitos a algumas limitações publicistas. O Código Civil contempla, portanto, uma visão subjetiva dos bens públicos, dependente exclusivamente da natureza da pessoa jurídica a que pertença: será público o bem que pertencer a pessoa de direito público.** Não integra o conceito qualquer consideração de ordem finalística, da finalidade do bem: se o bem for de pessoa jurídica de direito público será bem público ainda que não esteja sendo utilizado para qualquer finalidade de interesse público (os bens dominicais); e se pertencer a pessoa jurídica privada será bem privado ainda que esteja por exemplo afetado a serviço público, com as peculiaridades que veremos adiante.

[...]

Em nossa opinião, **os bens das entidades privadas da Administração Indireta são bens privados, o que não impede, contudo, que, se estiverem afetados ao serviço público, sofram, a exemplo dos bens afetados das concessionárias particulares de serviços públicos, algumas limitações quanto à sua disponibilidade e penhorabilidade.** Mas, fora dessas hipóteses, os bens das estatais são regidos pelas normas de direito privado, observados os princípios e regras republicanos por serem entidades controladas pelo Estado (ex.: os imóveis de estatais não podem ser alienados livremente, sem um processo seletivo público).

[...]

Bens públicos são, portanto, no Direito brasileiro, os bens de propriedade das pessoas jurídicas de direito público. (capítulo XVII, item XVII.2, p. 912 a 915)

Corrente 2: inclusivista (todos aqueles que pertencem à Administração)

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

Enquadram-se como bens públicos aqueles que sejam de titularidade de uma pessoa estatal. Seguindo a definição do art. 98 do Código Civil, **somente são qualificados como bens públicos aqueles de titularidade de uma pessoa jurídica de direito público.**

Daí segue que os bens das empresas estatais seriam qualificáveis como privados. No entanto, o parágrafo único do art. 99 do Código Civil determina que, "Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado".

O dispositivo tem redação esdrúxula (já que uma pessoa jurídica estatal com estrutura de direito privado não é considerada como uma pessoa jurídica de direito público), tal como apontado no Capítulo 5 supra. **De todo modo, esse dispositivo propicia que sejam considerados como bens públicos também aqueles de titularidade dos sujeitos administrativos com personalidade jurídica de direito privado.** (capítulo 15, item 15.1.2, p. 603)

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

O conceito de bens públicos era dado pelo artigo 65 do Código Civil de 1916, segundo o qual são públicos “os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. O artigo 98 do novo Código Civil altera pouco o dispositivo, apenas para deixar claro que **entram nessa categoria todos os bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público interno.** Estabelece que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Pela redação do Código anterior, até mesmo os bens das autarquias seriam privados. No entanto, a doutrina já defendia que os bens das autarquias eram públicos, porque sua destinação os enquadrava no conceito de bens de uso especial contido no artigo 66, II; além disso, a omissão do Código não era suficiente para levar a outra conclusão, tendo em vista que à época da promulgação do Código, ainda não se cogitava das entidades autárquicas nem das demais modalidades de entidades da Administração Indireta. Suas normas tiveram que ser adaptadas e interpretadas de modo a alcançar institutos posteriormente surgidos no ordenamento jurídico. **Desse modo, o**

artigo 98 do novo Código Civil apenas incorpora o entendimento que já era corrente na doutrina e jurisprudência.

[...]

Com relação às entidades da Administração Indireta com personalidade de direito privado, grande parte presta serviços públicos; desse modo, **a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno**, tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, **justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da Administração Indireta afetados à realização de serviços públicos.**

[...]

Com relação às autarquias e fundações públicas, essa conclusão que já era aceita pacificamente, ficou fora de dúvida com o novo Código Civil. **Mas ela é também aplicável às entidades de direito privado, com relação aos seus bens afetados à prestação de serviços públicos.**

[...]

Portanto, **são bens públicos de uso especial não só os bens das autarquias e das fundações públicas, como também os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade** (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Revista da Procuradoria-Geral do Estado, 1988, v. 30:173-186). (capítulo 10, item 10.8, p. 1060, 1061, 1062 e 1063)

A expressão domínio público é equívoca, no sentido de que admite vários significados:

1. em sentido muito amplo, é utilizada para designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, políticas e administrativas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias);
2. **em sentido menos amplo, utilizado na referida classificação do direito francês, designa os bens afetados a um fim público, os quais, no direito brasileiro, compreendem os de uso comum do povo e os de uso especial;**
3. em sentido restrito, fala-se em bens do domínio público para designar apenas os destinados ao uso comum do povo, correspondendo ao demanio do direito italiano; como não eram considerados, por alguns autores, como pertencentes ao poder público, dizia-se que estavam no domínio público; o seu titular seria, na realidade, o povo.

Usaremos, aqui, a expressão no segundo sentido assinalado abrangendo os bens de uso comum do povo e os de uso especial. Embora a designação de “bens do domínio público” não seja perfeita, porque pode dar a ideia de bens cujo uso pertence a toda a coletividade, preferimos utilizá-la como forma de contrapor o regime jurídico dos bens de uso comum e de uso especial, submetidos ao direito público, ao regime dos bens do domínio privado do Estado (bens dominicais), que é parcialmente público e parcialmente privado.

Com efeito, embora a classificação adotada pelo Código Civil abranja três modalidades de bens, quanto ao regime jurídico existem apenas duas. Com relação aos bens de uso comum e de uso especial, não existe diferença de regime jurídico, pois ambos estão destinados a fins públicos; essa destinação pode ser inerente à própria natureza dos bens (como ocorre com os rios, estradas, praças, ruas) ou pode decorrer da vontade do poder público, que afeta determinado bem ao uso da Administração para realização de atividade que vai beneficiar a coletividade, direta ou indiretamente. (capítulo 16, item 16.3.1, p. 1545 e 1546)

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

Bens públicos é expressão que designa os bens pertencentes a entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público e sobre os quais incidem normas especiais, diferentes das normas que regem os bens privados. (capítulo 12, item 12.4, p. 245)

Quanto às entidades da Administração indireta, todas são dotadas de patrimônio próprio, segundo rezam os incisos do art. 5º do Dec.-Lei nº 200/67, que as caracteriza. **Os bens das autarquias, pessoas jurídicas públicas, são bens públicos, informados pelos mesmos preceitos aplicáveis aos bens pertencentes à Administração direta. O mesmo se pode dizer das fundações dotadas de personalidade jurídica pública** (exemplo: Fundação Memorial da América Latina).

Dúvidas surgem no tocante aos bens das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, dotadas de personalidade jurídica privada. **A natureza jurídica de tais entidades poderia levar a concluir que os bens de seu acervo não são públicos. É um dos entendimentos doutrinários. Outra linha afirma que somente têm regime público os bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas que desenvolvem atividade em caráter de monopólio. Outra orientação inclui no regime público somente os bens dessas entidades vinculados à prestação de serviços públicos.** Para Hely Lopes Meirelles, são públicos os bens que originariamente integravam o patrimônio público e depois foram transferidos para as fundações públicas. Segundo o mesmo autor, os bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas apresentam-se como “bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para a consecução dos fins estatutários”; tal patrimônio, “embora incorporado a uma instituição de personalidade privada, continua vinculado ao serviço público; [...] lato sensu, é patrimônio público” (Direito administrativo brasileiro, 19. ed., 1994, p. 430-431).

O ordenamento brasileiro inclina-se à publicização do regime dos bens pertencentes a empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas pelo Poder Público. Menos suscetível de dúvidas é

o caso das entidades que prestam serviços públicos e das entidades que desempenham atividades (mesmo econômicas) em regime de monopólio. Quanto às demais, a publicização se revela pelos seguintes pontos, principalmente: a) as normas de alienações de bens, contidas na Lei nº 8.666/93, aplicam-se a tais entidades (art. 17 c/c o inc. XI do art. 6º e parágrafo único do art. 1º); b) o Tribunal de Contas exerce fiscalização patrimonial sobre essas entidades (arts. 70 e 71, IV, da CF); c) a lesão ao patrimônio dessas entidades pode ser prevenida ou corrigida pela ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 1º); d) a lei sobre sanções por improbidade administrativa – Lei nº 8.429/92 – abrange as condutas lesivas ao acervo patrimonial de todas as entidades da Administração indireta (inclusive fundações governamentais). (capítulo 12, item 12.5.3, p. 246 e 247)

Corrente 3: Mista (os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público e àqueles ligados diretamente à prestação de serviços públicos ou afetados a outra finalidade pública)

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

Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.

[...]

A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. **Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submetidos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público.** (capítulo XVII, item I, p. 937 e 938)

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

É assente na doutrina que são bens públicos os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, podendo ser corpóreos, incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações. Assim, os bens da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal, além de suas autarquias e

fundações públicas de direito público são todos dessa categoria, independentemente da sua natureza ou de estarem ou não sendo utilizados para a prestação de serviços públicos, sendo a vinculação indiferente nesse caso.

Entretanto esse conceito não é pacífico na doutrina, no que se refere aos bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado.

O atual Código Civil, em seu art. 98, assim define os bens públicos: “ São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Seguindo essa orientação, só serão bens públicos os de propriedade das pessoas públicas, estando excluídos os bens das pessoas privadas.

[...]

A posição adotada neste trabalho não pactua integralmente com nenhuma das duas opiniões apontadas nos parágrafos anteriores. **O ideal é um conceito intermediário.** Dessa forma, a exclusão por completo dos bens pertencentes às pessoas da Administração Indireta de direito privado do conceito de bens públicos, como padrão absoluto, poderá causar sérios prejuízos para a segurança do patrimônio e para os serviços públicos em inúmeras circunstâncias. De outro lado, a sua inclusão deliberada como bem público também vai gerar para essas pessoas jurídicas privilégios e formalidades exageradas, considerando que são pessoas privadas, o que também não é o adequado.

[...]

Esse raciocínio não deve ser aplicado para as pessoas jurídicas de direito privado que explorem a atividade econômica, porque estão fora da premissa de que o serviço público é um dever do Estado, podendo prestá-lo diretamente ou não, o que não afasta sua responsabilidade para que o serviço aconteça.

[...]

Diante das alegações apresentadas, é possível concluir que **os bens pertencentes às pessoas privadas são bens privados, seguindo o disposto no Código Civil, mas, em razão de outras regras do ordenamento jurídico, se esses bens estiverem ligados diretamente à prestação de serviços públicos, ou afetados a outra finalidade pública (por exemplo, a ambiental), eles seguirão o regime de bens públicos.** Isso também não significa que sejam efetivamente bens públicos, mas que sigam em algumas situações a proteção e o rigor do regime público. Por fim, vale lembrar que esse tratamento especial está condicionado à manutenção da finalidade pública, à afetação. (capítulo 11, item 2, p. 850, 851, 852 e 853)

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

A legislação administrativa brasileira não apresenta uma definição satisfatória para o instituto dos bens públicos, dando margem para grande divergência na doutrina e na jurisprudência.

O art. 98 do Código Civil afirma que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Entre os administrativistas, porém, o conceito apresentado pelo legislador civil não é aceito por todos os autores. Pelo contrário, é possível agrupar as diferentes opiniões sobre o alcance do conceito de bens públicos em algumas correntes principais:

[...]

c) **corrente mista**: adotando um ponto de vista intermediário, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que **são bens públicos todos os que pertencem a pessoas jurídicas de direito público, bem como os que estejam afetados à prestação de um serviço público**. Essa conceituação é, segundo nosso juízo, a mais coerente à luz do direito positivo nacional por incluir no conceito de bens públicos, reconhecendo-lhes um especial tratamento normativo, os bens pertencentes a pessoa jurídica de direito privado, estatal ou não, indispensáveis para a continuidade da prestação de serviços públicos, como ocorre com parcela do patrimônio de empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Os bens afetados à prestação de serviços públicos, mesmo que não pertencentes a pessoas jurídicas de direito público, possuem alguns atributos exclusivos dos bens públicos, como a impenhorabilidade, circunstância que reforça o entendimento de que os bens afetados constituem verdadeiros bens públicos.

Entretanto, como já mencionado, **para concursos públicos tem sido preponderantemente aceita a corrente baseada no art. 98 do Código Civil, denominada exclusivista, que considera públicos somente os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público**. (capítulo 12, item 12.1, p. 1325, 1326 e 1327)

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

Assim, resta claro que a conceituação dos bens públicos, **no entender do legislador**, toma por base sua titularidade e não sua utilização no interesse coletivo. Isso porque, não obstante os: **bens das pessoas jurídicas de direito público sejam públicos (e isso não se discute)**, conforme o texto de lei supratranscrito, o Código Civil Brasileiro não considera como bens

públicos os bens pertencentes às pessoas de direito privado, ainda que estejam atrelados à prestação de serviços de interesse da coletividade.

[...]

Para fins de prova de concursos, devemos adotar esse segundo entendimento, ou seja, somente serão considerados bens públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público.

Insta salientar, no entanto, que, **muito embora não constem como bens públicos para a lei civil, os bens das pessoas jurídicas de direito privado que estejam sendo utilizados na prestação de determinado serviço público também devem gozar das prerrogativas de direito público**, tais como as garantias de impenhorabilidade e não onerabilidade. Assim, mesmo não sendo abarcados pelo conceito de bens públicos, o regime jurídico administrativo e as garantias inerentes a esse regime se aplicam a esses bens, afetados ao interesse da coletividade.

[...]

Logo, esse deve ser o entendimento dominante para provas de concursos, qual seja o da **extensão das garantias dos bens públicos aos bens privados atrelados à prestação de serviços públicos**. (capítulo 15, item 1, p. 1142 e 1143)

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

Na doutrina, prevalece o entendimento segundo o qual os bens públicos são todas as coisas materiais ou imateriais, móveis ou imóveis, cujos titulares são as pessoas jurídicas de direito público (entidades estatais, autarquias e fundações de direito público) ou as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, quando estes bens, na última hipótese, se encontrem vinculados à prestação destes serviços públicos (os bens da ECT, por exemplo, quando afetados à prestação do serviço postal, são bens públicos, não obstante seu titular seja pessoa jurídica de direito privado; e os bens das concessionárias e permissionárias de serviços públicos afetados à prestação dos serviços delegados).

[...]

Assim, **em que pese o acerto da posição dominante da doutrina, é forçoso reconhecer que o sistema jurídico positivado acolheu conceito mais restrito, para considerar como bens públicos somente aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, que, entre nós, são a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e Territórios, os Municípios e suas autarquias e fundações de direito público.**” (capítulo IX, item I, p. 391)

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

Sob a denominação, de amplo emprego, de **empresas estatais**, incluem-se entes acima estudados, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e mesmo algumas fundações públicas que, impropriamente, contemplam em seu escopo institucional a prática de atividades econômicas com caráter empresarial.

[...]

Com a evolução do tratamento constitucional dessas entidades, com vistas a proteger a confiabilidade do mercado e repudiar o abuso de posição vantajosa, o entendimento exegético mais consentâneo com a nova sistemática, é de que só não serão passíveis de penhora os seus bens, que, como também ocorre com as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, estejam a eles afetados, caso em que **a impenhorabilidade não decorrerá da natureza de bens públicos, pois que não mais o são**, mas do princípio da continuidade dos serviços públicos. (capítulo XI, item 76.5, p. 379)

Sobre os bens públicos, que constituem o domínio público patrimonial, o domínio eminente se patenteia pelo estabelecimento de um regime público dominial especial, de competência de cada entidade política federativa.

[...]

Não há que confundir, portanto, esta expressão – domínio eminente – designativa de um aspecto ou faceta do poder do Estado exercitável sobre quaisquer bens sob sua soberania, com a expressão domínio público patrimonial, que designa uma relação especial desta entidade sobre determinados bens – **os bens públicos – conceituados como aqueles que estão sob sua direta e mais ampla disposição para atender, efetiva ou potencialmente, a finalidades públicas**. (capítulo XIII, item 97, p. 469 e 470)

Para cumprir sua destinação política, o Estado necessita da disposição de bens de toda natureza, à semelhança da que têm os particulares sobre os de seu próprio patrimônio privado. Assim, **os bens, que foram, são ou serão confiados ao Estado para atender a algum fim político, conformam o domínio público patrimonial em sentido estrito, ou, abreviadamente, constituem o domínio público**.

[...]

É que esses **bens, que conformam o domínio público, designados como bens públicos, estão vinculados ao atendimento de finalidades públicas confiadas à administração da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e apenas para a consecução dos respectivos fins se encontram disponíveis**. (capítulo XIII, item 98, p. 470-471)

Conclusão

Conceito de bens públicos (natureza jurídica dos bens das pessoas jurídicas de direito privado)

Corrente 1: exclusivista (apenas os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público) (JSCF; IPN; MA e VP; RCRO; ASA)

Corrente 2: inclusivista (todos aqueles que pertencem à Administração) (MJF; MSZDP; OM)

Corrente 3: mista (os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público e àqueles ligados diretamente à prestação de serviços públicos ou afetados a outra finalidade pública) (CABM; FM; AM; MC; DCJ; DFMN)

DIVERGÊNCIA 083 - Possibilidade de oneração dos bens dominicais

Corrente 1: impossibilidade de oneração dos bens dominicais

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

Com relação à instituição de direitos reais de garantia sobre os bens dominicais, formaram-se duas correntes, uma entendendo impossível essa oneração, tendo em vista a impenhorabilidade desses bens, e a outra considerando-a possível e enquadrando-a como uma das espécies de execução forçada contra a Fazenda Pública.

À primeira corrente pertence, entre outros, Hely Lopes Meirelles; a seu ver (2003:515), “não importa, por igual, o fim a que se destine a garantia real. Desde que os bens públicos das entidades estatais são insuscetíveis de penhora, sendo a penhora consectário legal da execução para a satisfação do crédito, objeto da garantia real, ressalta a impossibilidade de constituir-se penhor ou hipoteca sobre bens e rendas públicas de qualquer natureza ou procedência. Para a garantia de empréstimo, há o recurso à emissão de títulos e outros mais, postos à disposição da Administração pelo direito financeiro, sem necessidade de o Estado recorrer a institutos de direito civil, que impliquem execução direta sobre os bens vinculados à dívida”.

Em posição contrária, coloca-se Seabra Fagundes (1984:168), que cita como hipótese de execução coativa contra o Estado aquela em que este seja condenado como devedor de crédito, com garantia real, pignoratícia ou hipotecária. “Uma vez que o Estado aquiesce em firmar penhor ou hipoteca, em benefício de credor seu abre mão, ao fazê-lo, da inalienabilidade reconhecida aos seus bens. É de notar, porém que essa renúncia à inalienabilidade peculiar dos bens públicos nem sempre é possível. Só os bens dominicais, que são facultativamente alienáveis, podem ser gravados de ônus real.”

Diante, porém, do direito positivo brasileiro, essa tese não é defensável, pois o processo de execução contra a Fazenda Pública obedece a normas próprias estabelecidas no artigo 100 da Constituição Federal (repetidas nos arts. 730 e 731 do CPC e disciplinadas no art. 910 do novo CPC) e que **excluem qualquer possibilidade de penhora de bem público, seja qual for a sua modalidade. Não poderia a Fazenda Pública, nem mesmo com autorização legislativa, abrir mão da impenhorabilidade com que a própria Constituição quis proteger os bens públicos de qualquer natureza.** (capítulo 16, item 16.4.3, p. 1557-1558)

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

Outra razão decorre da própria lei civil. Segundo esta, só aquele que pode alienar poderá hipotecar, dar em anticrese ou empenhar. Ora, os bens de uso comum e os de uso especial são inalienáveis enquanto destinados a seus fins. **Em relação aos dominicais, é certo que o administrador público, como vimos, não pode livremente alienar; ao contrário, a alienação só é possível nos casos e na forma que a lei prescrever. Fica, portanto, inviável a onerabilidade dos bens públicos.** Inviável e incompatível com as garantias que defluem dos direitos reais sobre a coisa alheia. (capítulo 16, item VI, subitem 4, p. 2053-2054)

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

d) **Impossibilidade de oneração – Inexistem direitos reais de garantia, como hipoteca, penhor, anticrese, sobre bens públicos.** De acordo com o art. 1.420, caput, do Código Civil, segunda parte, “só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca”. A impossibilidade de oneração visa a proteger os bens públicos também contra atuações dos agentes públicos. (capítulo 12, item 12.7, p. 250)

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

Por fim, cumpre frisar que as quatro características descritas – inalienabilidade (relativa), impenhorabilidade, imprescritibilidade e **não onerabilidade** - **compõem o denominado "regime jurídico dos bens públicos"**. Os bens das pessoas jurídicas de direito público, **por serem bens públicos, seguem sempre, integralmente, esse regime jurídico, estejam ou não diretamente afetados a uma destinação específica** (circunstância que interfere na possibilidade de serem alienados, conforme estudado anteriormente). Os bens das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública não são bens públicos, mas podem estar sujeitos a essas restrições e prerrogativas próprias do regime jurídico dos bens públicos, quando estiverem sendo utilizados na prestação de um serviço público. (capítulo 15, item 3.4, p. 1136)

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

Assim como os de uso comum, os bens de uso especial, enquanto mantiverem essa qualidade, não podem ser alienados ou onerados (art. 100 do CC), compondo o denominado patrimônio público indisponível.

A alienação de tais bens somente será possível com sua transformação, via desafetação, em bens dominicais. (capítulo 12, item 12.12.2, p. 1347)

Os bens públicos são dotados de um regime jurídico especial que os diferencia dos bens particulares. As principais características normativas desse regime diferenciado podem ser reduzidas a quatro atributos fundamentais dos bens públicos: inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e **não onerabilidade**. (capítulo 12, item 12.14, p. 1353)

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

b) Impenhorabilidade - bens públicos não podem ser penhorados. Isto é uma consequência do disposto no art. 100 da Constituição. Com efeito, de acordo com ele, há uma forma específica para satisfação de créditos contra o Poder Público inadimplente (v., a respeito o Capítulo XX, ns. 105 e 106). Ou seja, os bens públicos não podem ser praxeados para que o credor neles se sacie. Assim, bem se vê que **também não podem ser gravados com direitos reais de garantia, pois seria inconsequente qualquer oneração com tal fim**. (capítulo XVII, item IV, p. 940)

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

• **Não-onerabilidade - os bens públicos não podem ser objetos de direito real de garantia**, ou seja, um determinado bem público não fica sujeito à instituição de penhor, anticrese ou hipoteca para garantir débitos do ente estatal.

Sendo assim, o ente público jamais pode oferecer um bem público como garantia real dos débitos por ele contraídos, mesmo porque, essa garantia não poderia ser executada, em caso de inadimplemento da obrigação estatal. (capítulo 15, item 5, p. 1147)

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

Seguindo o mesmo raciocínio da impossibilidade de alienação dos bens de forma livre e, consequentemente, a impenhorabilidade, vale na mesma ordem lembrar que **os bens públicos também não podem ser objeto de oneração**, ficando assim proibidos o penhor e a hipoteca.

A impossibilidade de oneração afasta os bens públicos de gravames de direitos reais de garantia. Onerar significa deixar o bem como garantia para o credor que, em caso de inadimplemento, poderá alienar esse bem ou converter o ato em penhora, caso ajuizada ação de execução. Portanto, não estando os bens livres para alienação, a garantia também não se justifica. (capítulo 11, item 6, p. 859-860)

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

Os bens públicos são insuscetíveis de oneração. Assim, sobre eles não podem incidir hipoteca, anticrese, penhor etc. (capítulo IX, item 3.4, p. 397)

Corrente 2: possibilidade de oneração dos bens dominicais

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

Por fim, os bens não podem ser onerados com garantia real, tendo em vista a própria característica da inalienabilidade ou alienação condicionada e a regra constitucional do precatório. Conforme dispõe o art. 1.420, in fine, do CC, “só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca”, o que afasta a possibilidade de utilização dos bens públicos para as garantias reais, dado que a alienação desses bens depende do cumprimento das exigências legais. **Entendemos, no entanto, que a impossibilidade de oneração de bem público não alcança os bens dominicais que, após o cumprimento dos requisitos legais, podem ser alienados. Conforme assinalado acima, os bens alienáveis podem ser dados em garantia real, não havendo motivo para exclusão dos bens dominicais.** Dessa forma, nada impede, por exemplo, que bens dominicais sejam dados em garantia nos contratos celebrados pela Administração Pública, **desde que haja avaliação prévia do bem, justificativa, realização de licitação (obrigatória para celebração do próprio contrato) e, no caso de imóveis, prévia autorização legislativa.** (capítulo 22, item 22.5.4, p. 1205-1206)

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

4) Impossibilidade de Oneração: Como os bens públicos não podem ser penhorados, não podem ser objeto de direitos reais de garantia. Um imóvel público, por exemplo, não pode ser hipotecado pelo Estado para garantir uma dívida, pois o destino natural de um bem hipotecado em caso de inadimplemento do devedor é a sua penhora e posterior leilão judicial, que não poderá ocorrer em face do art. 100, CF.

Opinião em sentido diverso era sustentada por SEABRA FAGUNDES, que afirmava a **onerabilidade apenas dos bens sem afetação, em razão da sua alienabilidade**. Ora, como vimos, hoje o nosso Direito estabelece a mesma inalienabilidade relativa para todos os bens públicos. Porém, adaptando-se às mesmas razões de SEABRA FAGUNDES, **pode ser cogitada a onerabilidade desde que sejam atendidas as condições estabelecidas pelo art. 17 da Lei n. 8.666/93 no que couberem. Quem, nas mesmas condições, pode o mais (alienar) poderia o menos (dar em garantia)**. (capítulo XVII, item XVII.3, p. 918)

Não abordam

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

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

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

O regime jurídico público não permite que os bens públicos afetados sejam gravados com direitos reais de garantia. Estes são uma forma de vincular o bem como garantia de adimplemento de uma obrigação, sem que o devedor deixe de usufruir dele, como ocorre, por exemplo, na hipoteca, no penhor ou na anticrese. Assim, por serem destinados à realização de interesses públicos, os bens da Fazenda Pública e demais pessoas jurídicas de direito público não podem ser por elas oferecidos como direitos reais de garantia. (capítulo 13, item 13.5.4, p. 324)

Conclusão

Possibilidade ou não de oneração dos bens dominicais

Corrente 1: impossibilidade de oneração dos bens dominicais (MSZDP; JSCF; OM; MA e VP; AM; CABM; MC; FM; DCJ)

Corrente 2: possibilidade de oneração dos bens dominicais (RCRO; ASA)

Não abordam (DFMN, MJF; IPN)

DIVERGÊNCIA 084 - Prescrição aquisitiva de bens públicos

Corrente 1: imprescritibilidade de bens públicos

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

A imprescritibilidade significa que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, e isso independentemente da categoria a que pertençam.

[...]

Há entendimentos no sentido de que os bens dominicais seriam usucapíveis e que o art. 188 da CF, por ter-se referido conjuntamente a terras públicas e terras devolutas, teria criado outra categoria de bens públicos, admitindo o usucapião dessas últimas. **Ousamos discordar, data venia, de semelhante pensamento.** No primeiro caso, os bens dominicais se enquadram como bens públicos, estando, portanto, protegidos contra a prescrição aquisitiva. No segundo, houve, de fato, impropriedade no texto constitucional, mas a interpretação sistemática não conduz à criação de nova categoria de bens públicos. As terras devolutas, como se verá adiante, se inserem nos bens públicos, de modo que a elas também terá que ser estendida a garantia constitucional.

O novo Código Civil espancou qualquer dúvida que ainda pudesse haver quanto à imprescritibilidade dos bens públicos, seja qual for a sua natureza. Nele se dispõe expressamente que “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião” (art. 102). Como a lei não distinguiu, não caberá ao intérprete distinguir, de modo que o usucapião não poderá atingir nem os bens imóveis nem os bens móveis. (capítulo 16, item VI, subitem 3, p. 2051 e 2052)

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

Os bens públicos de quaisquer categorias são imprescritíveis. Não são passíveis, portanto, de aquisição por usucapião (prescrição aquisitiva). A Súmula 340 do STF assim determina: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”(capítulo 13, item 13.5.3, p. 324)

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

Os bens públicos gozam de determinadas prerrogativas decorrentes do regime jurídico de direito público que lhes é peculiar. Tais garantias podem ser divididas em quatro regras válidas para os bens que ostentem a titularidade pública. Saliente-se que as garantias não visam assegurar o direito do ente público (titular do bem), mas sim dos particulares que utilizam estes bens, colocados à disposição da coletividade. A inserção dessas garantias no regime desses bens é corolário da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Vejamos.

[...]

Imprescritibilidade - trata-se da prescrição aquisitiva (usucapião) e sua inoponibilidade ao Poder Público. Nesse sentido, **os bens públicos não podem ser adquiridos pela posse mansa e pacífica por determinado espaço de tempo continuado**, nos moldes da legislação civil. Importante salientar que **a imprescritibilidade atinge inclusive os bens não afetados**, não sendo estes, também, passíveis de usucapião.

Sendo assim, a posse mansa e pacífica de particulares sobre bens públicos, por 15 anos ininterruptos e sem oposição do ente estatal, não ensejam a aquisição da propriedade por usucapião.

A imprescritibilidade está expressamente prevista no art. 102 do Código Civil. O texto constitucional também prevê a impossibilidade de usucapião sobre bens públicos imóveis, nos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 340, que estabelece que "desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião".

Em verdade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem-se manifestando no sentido de que **a utilização de bens públicos não induz posse, tratando-se de mera detenção pelo particular**. Logo, não seria possível a utilização dos meios de defesa possessória por esse particular para proteger sua utilização. (capítulo 15, item 5, p. 1146 a 1147)

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

Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, são imprescritíveis, isto é, são insuscetíveis de aquisição mediante usucapião (a aquisição da propriedade decorrente de usucapião é denominada prescrição aquisitiva do direito de propriedade).

Assim, mesmo que um particular tenha a posse pacífica de um bem público pelo tempo necessário à aquisição por usucapião dos bens privados, conforme regulado no direito privado - ou por qualquer período de tempo, a bem da verdade -, **não adquirirá direito de propriedade sobre esse bem.**

A Constituição Federal veda, expressamente, qualquer tipo de usucapião de imóveis públicos, quer localizados na zona urbana (CF, art. 183, § 3º), quer na área rural (CF, art. 191, parágrafo único). Vale observar que, embora a Carta Política somente se tenha preocupado em tomar expressa essa vedação para os bens imóveis, a impossibilidade de aquisição de bens públicos móveis por meio de usucapião é, também, pacífica em nosso ordenamento. O art. 102 do Código Civil, de forma categórica, e sem qualquer distinção, estabelece: "os bens públicos não estão sujeitos a usucapião." (capítulo 15, item 3.3, p. 1094)

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

Os bens públicos são insuscetíveis de prescrição aquisitiva, ou seja, não podem ser objeto de usucapião. A Constituição Federal de 1988 afastou todas as dúvidas a respeito da imprescritibilidade dos bens públicos, ao prevê-la nos arts. 183, §3º e 191, parágrafo único. (capítulo IX, item 3.3, p. 410)

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

A imprescritibilidade significa que a ausência de exercício das faculdades de usar e fruir dos bens públicos não acarreta a possibilidade de aquisição de seu domínio por terceiros via de usucapião. O art. 102 do Código Civil determina que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião. Essa vedação consta, a propósito de temas específicos, dos arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CF/1988. (capítulo 15, item 15.10.3, p. 620)

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

Com relação ao usucapião, depois de larga divergência doutrinária e jurisprudencial, o Decreto nº 22.785, de 31-5-33, veio expressamente proibi-lo, seguindo-se norma semelhante no Decreto-lei nº 710, de 17-9-38 e, depois, no Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46 (este último concernente apenas

aos bens imóveis da União). O STF, pela Súmula no 340, consagrou o entendimento de que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. No entanto, tem havido exceções, como a prevista nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, que previam o chamado usucapião pro labore, cujo objetivo era assegurar o direito de propriedade àquele que cultivasse a terra com o próprio trabalho e o de sua família; a Constituição de 1967 não mais contemplou essa modalidade de usucapião, porém valorizava ainda o trabalho produtivo do homem do campo, permitindo que lei federal estabelecesse as condições de legitimação de posse e de preferência para aquisição, até 100 ha, de terras públicas por aqueles que as tornassem produtivas com o seu trabalho e o de sua família (art. 164 da redação original, e art. 171, após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969). As condições para essa legitimação estão contidas nos artigos 29 a 31 da Lei nº 6.383, de 7-12-76. A legitimação difere do usucapião porque, neste, a posse dá direito à aquisição, pura e simples, do imóvel pelo simples decurso do tempo; naquela, a posse dá direito de preferência para aquisição do imóvel pelo valor histórico, desde que comprovados os requisitos legais.

Embora não mais previsto na Constituição, havia até recentemente o usucapião especial disciplinado pela Lei nº 6.969, de 10-12-81, que incidia sobre terras devolutas situadas na área rural, após o período de cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição, além de outros requisitos anteriormente estabelecidos para o usucapião pro labore: moradia e cultivo da terra com o próprio trabalho, inexistência de outro imóvel de que seja proprietário o interessado, área não superior a 25ha.

A Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de imóvel público, quer na zona urbana (art. 183, § 3o), quer na área rural (art. 191, parágrafo único), com o que revogou a Lei nº 6.969/81, na parte relativa aos bens públicos. Essa proibição constitui um retrocesso por retirar do particular que cultiva a terra um dos instrumentos de acesso à propriedade pública, precisamente no momento em que se prestigia a função social da propriedade.

A Constituição também não fala mais em legitimação de posse; mas também não a proíbe, razão pela qual o instituto continua a existir, com fundamento na legislação ordinária que o disciplina. (capítulo 16, item 16.4.3, p. 1556-1557)

Em razão de sua destinação ou afetação a fins públicos, os bens de uso comum do povo e os de uso especial estão fora do comércio jurídico de direito privado; vale dizer que, enquanto mantiverem essa afetação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, penhor, comodato, locação, posse ad usucapionem etc. Se isto já não decorresse da própria afetação desses bens, a conclusão seria a mesma pela análise dos artigos 100, 102 e 1.420 do Código Civil. O primeiro estabelece a inalienabilidade dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial,

enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. **O segundo determina que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião;** e o terceiro estabelece que só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. A tudo isso, acrescente-se o artigo 100 da Constituição Federal, que exclui a possibilidade de penhora de bens públicos, ao estabelecer processo especial de execução contra a Fazenda Pública.

São, portanto, características dos bens das duas modalidades integrantes do domínio público do Estado a inalienabilidade e, como decorrência desta, **a imprescritibilidade**, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração. (capítulo 16, item 16.3.4, p. 1550)

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

Os bens públicos, no Direito brasileiro, marcam-se pelas seguintes características de regime:

[...]

c) **Imprescritibilidade - quer-se com esta expressão significar que os bens públicos - sejam de que categoria forem - não são suscetíveis de usucapião.** É o que estabelecem os arts. 102 do Código Civil e 200 do Decreto-lei 9.760, de 5.9.1946, que regula o domínio público federal. Antes dele, já a tradição normativa, desde o Brasil-Colônia, repelia a usucapião de terras públicas, embora alguns insistissem em questionar este tópico. A primeira lei de terras do Brasil independente, Lei 601, de 18.9.1850, e seu Regulamento, n. 1.318/1854, impunham tal inteligência e os Decretos federais 19.924, de 27.4.1931, 22.785, de 31.5.1933, e 710, de 17.9.1938, também espancavam qualquer dúvida sobre isto. Hoje, a matéria está plenamente pacificada (Súmula 340 do STF).

Ademais, a Constituição vigente é expressa, em seus arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, ao dispor que "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião". Assim, **as normas sobre a usucapião pro labore, previstas no art. 191, caput, não podem ser invocadas em relação a bens públicos.** No passado, podiam. É que os textos constitucionais anteriores que previam tal modalidade de usucapião não mencionavam a imprescritibilidade dos imóveis públicos. Era cabível, pois, entender que prevaleciam sobre a proteção que lhes era dada pela legislação ordinária. Hoje isto não é mais possível, ante a clareza do precitado parágrafo único do art. 191. (capítulo XVII, item IV, p. 940 e 941)

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

Por fim, aos bens públicos aplica-se a regra da imprescritibilidade. Nesse caso, trata-se da prescrição aquisitiva, a aquisição pelo decurso do tempo, denominada usucapião. Portanto, os bens públicos não podem ser usucapidos.

Essa regra decorre do art. 102 do Código Civil, que estabelece a impossibilidade de prescrição aquisitiva, independentemente da destinação do bem, seja dominical ou não, incluindo os bens móveis e os imóveis, estando todos eles protegidos. Da mesma forma, o art. 183, § 3º, e o art. 191, parágrafo único, da CF protegem os bens imóveis, afastando inclusive esses bens da usucapião pro labore. No mesmo sentido, o art. 200 do Decreto-Lei n. 9.760/46 **protege os bens imóveis da União, independente de sua natureza.** (capítulo 11, item 6, p. 860)

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

O atendimento do interesse geral, a que visam todos os bens, e sua proteção quanto aos particulares e aos próprios agentes públicos explicam os preceitos básicos que norteiam a gestão dos bens públicos.

[...]

b) **Imprescritibilidade** – No tocante aos bens públicos, o transcurso do tempo não pode resultar em apropriação por terceiros. Se um particular ocupa durante muitos anos um bem público, sem manifestação alguma da Administração, esse fato não pode ser invocado para reconhecimento de domínio sobre o bem, ou seja, **os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião.** A imprescritibilidade tem por finalidade, sobretudo, a preservação dos bens públicos, protegendo-os até contra a negligência da própria Administração.

A Constituição Federal veda a usucapião de imóveis públicos situados em zona urbana (art. 183, §3º) e em zona rural (art. 191, parágrafo único), o que revogou dispositivos de leis que possibilitavam usucapião de terras públicas (Lei nº 6.969/81).

De acordo com o art. 102 do Código Civil, **os bens públicos não estão sujeitos à usucapião.** (capítulo 12, item 12.7, p. 249 e 250)

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

A indisponibilidade fundamental dos bens públicos se afirma ainda em três importantes corolários: a inalienabilidade, a **imprescritibilidade** e a

impenhorabilidade, que **impedem**, respectivamente, **que eles sejam** vendidos, doados, **usucapidos**, ou sirvam de garantia de pagamento de dívidas. As exceções admitidas, adiante descritas, são, portanto, de direito estrito e sempre de natureza pública. (capítulo XIII, item 98.1, p. 471)

A Constituição não permite a aquisição de bens públicos por usucapião, quer de imóveis urbanos (CF, art. 183, § 3.º), quer de rurais (CF, art. 191, parágrafo único), dispositivos, como se observa, curiosamente nela repetidos *ipsis litteris*. (capítulo XIII, item 99.3.2., p. 478)

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

Colocado o conceito de bens públicos e as pessoas aptas a deles serem titulares, vejamos as suas principais características:

[...]

2) **Insuscetibilidade à Usucapião: Os arts. 183, § 3º, e 191 da Constituição Federal e o art. 102 do Código Civil vedam que os bens públicos, de qualquer natureza, sejam passíveis de usucapião.** Há formas de legitimação da posse de particulares sobre bens públicos, como veremos mais adiante, mas não a aquisição automática da propriedade pelo mero fato da posse. Portanto, apenas a posse prolongada de particular sobre bem público não é capaz de torná-lo proprietário como se daria se o bem fosse de outro particular.” (capítulo XVII, item XVII.3, p. 915 a 917)

Corrente 2: possibilidade de prescrição aquisitiva (usucapião) de bens públicos dominicais ou formalmente públicos

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

Os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião, na forma dos arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CRFB; art. 102 do CC; art. 200 do Decreto-lei 9.760/1946. No mesmo sentido, a Súmula 340 do STF dispõe: desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião’.

Apesar do entendimento amplamente dominante da doutrina e na jurisprudência, que afirmam a imprescritibilidade de todos os bens públicos, entendemos que a prescrição aquisitiva (usucapião) poderia abranger os bens públicos dominicais ou formalmente públicos, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) **esses bens não atendem à função social da propriedade pública, qual seja, o atendimento das necessidades coletivas** (interesses públicos

primários), satisfazendo apenas o denominado interesse público secundário (patrimonial) do Estado;

b) **em razão da relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado por meio do processo de ponderação de interesses**, pautado pela proporcionalidade, a solução do conflito resultaria na preponderância concreta dos direitos fundamentais do particular (dignidade da pessoa humana e direito à moradia) em detrimento do interesse público secundário do Estado (o bem dominical, por estar desafetado, não atende às necessidades coletivas, mas possui potencial econômico em caso de eventual alienação). (capítulo 22, item 22.5.3, p. 1204-1205)

Não se posiciona

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

Quanto à imprescritibilidade, **seu significado é que os bens públicos não estão submetidos à possibilidade de prescrição aquisitiva ou, em uma palavra, os bens públicos não se sujeitam a usucapião** (arts. 183, § 3º, 191, parágrafo único, da Constituição, e 102 do CC). Segundo a corrente majoritária, a imprescritibilidade é atributo de todas as espécies de bens públicos, incluindo os dominicais. Exceção a essa regra vem prevista no art. 2º da Lei n. 6.969/81, que admite usucapião especial sobre terras devolutas localizadas na área rural.

Recentemente, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em visão minoritária, vem sustentando de modo brilhante a possibilidade de bens dominicais que desatendam à função social serem usucapidos. (capítulo 12, item 12.14, p. 1354-1355)

Conclusão

Prescrição aquisitiva de bens públicos

Corrente 1: imprescritibilidade de bens públicos (JSCF; IPN; MC; MA e V; DCJ; MJF; MSZDP; CABM; FM; OM; DFMN; ASA)

Corrente 2: possibilidade de prescrição aquisitiva (usucapião) de bens públicos dominicais ou formalmente públicos (RCRO)

Não se posiciona (AM)

DIVERGÊNCIA 085 - Utilização do termo dominicais ou dominiais

Corrente 1: o termo bens dominiais indica de forma genérica os bens que formam o domínio público em sentido amplo. O termo bens dominicais tem caráter residual, indicando todos os bens que não estejam incluídos nas demais categorias de bens públicos

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

Costuma indagar-se sobre a diferença entre bens dominicais e bens dominiais. Alguns autores empregam esta última expressão para designar aqueles bens. Outros aludem aos bens dominicais, aduzindo que são também denominados de ‘dominiais’. **CRETILLA JUNIOR, porém, distingue as noções, reservando a expressão bens dominiais como gênero indicativo dos bens do domínio do Estado e bens dominicais como sendo os bens que constituem o patrimônio dos entes públicos, objeto de direito real ou pessoal.** De fato, o adjetivo dominicus, em latim, tinha o sentido de ‘do senhor; o que pertence ao senhor’. Ora, a noção ampla de domínio tanto envolve os bens dominicais como os de uso especial. Por isso, **a expressão bens dominicais, de acordo com sua origem, nem alcança todos os bens públicos, nem somente os tidos como dominicais.** Apesar da imprecisão do termo, pode considerar-se que a noção de bens dominicais implica caráter residual, isto é, são todos os que não estejam incluídos nas demais categorias de bens públicos. Trata-se, por conseguinte, de noção *ex vi legis*. **Já a expressão bens dominiais, como distingue CRETILLA JUNIOR, deve indicar, de forma genérica, os bens que formam o domínio público em sentido amplo, sem levar em conta sua categoria, natureza ou destinação.**(capítulo 16, item IV, subitem 2.3, p. 2041-2042)

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

A partir do critério da afetação do bem, os bens públicos, na forma do art. 99 do CC, podem ser divididos em três categorias:

[...]

c) **bens públicos dominicais** (art. 99, III, do CC): **são os bens públicos desafetados, ou seja, que não são utilizados pela coletividade ou para prestação de serviços administrativos e públicos.** Ao contrário dos bens de uso comum e de uso especial, os bens dominicais podem ser alienados na forma da lei (arts. 100 e 101 do CC). Por essa razão, os bens dominicais

também são denominados de bens públicos disponíveis ou do domínio privado do Estado.

Há discussão doutrinária sobre a utilização dos termos ‘bens dominicais’ e ‘bens dominiais’. Enquanto alguns autores afirmam a fungibilidade das expressões, **outros autores sustentam, com razão, que os bens dominiais é gênero que compreende todos os bens do domínio do Estado** (bens de uso comum, de uso especial e os dominicais).” (capítulo 22, item 22.3.2, p. 1200)

Corrente 2: fungibilidade das expressões

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

Quanto à destinação, os bens, como resulta do art. 99 do novo Código Civil, classificam-se em:

[...]

c) **dominicais, também chamados dominiais - são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal.** O parágrafo único do citado artigo pretendeu dizer que serão considerados dominicais os bens das pessoas da Administração indireta que tenham estrutura de direito privado, salvo se a lei dispuser em contrário.” (capítulo XVII, item II, p. 938)

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

Posteriormente, houve a difusão da seguinte divisão, que foi inspirada nas formulações francesas:

- domínio público

- a) de uso comum do povo; e

- b) empregados no serviço público (atualmente – uso especial)

- domínio privado do Estado

- c) **bens dominicais ou dominiais** (capítulo 13, item 13.1, p. 321)

Os bens públicos são classificados, de acordo com o art. 99 do Código Civil, em:

[...]

- **dominicais ou dominiais, que constituem o patrimônio privado das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.** (capítulo 13, item 13.4, p. 322)

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

A classificação que tem mais relevo para provas de concursos é a que divide os bens com base em sua utilização. A classificação que, tem fundamento legal no art. 99 do Código Civil, será, a seguir, descrita.

[...]

3) **Bens dominicais ou dominiais (as expressões são sinônimas para a maioria da doutrina e para as provas de concurso, não obstante a doutrina tradicional, encabeçada pelo autor José Cretella Júnior estabelecesse como bens dominiais todos os bens componentes do domínio público) - são bens que não têm qualquer destinação pública.** Ex: terra devoluta de um determinado Estado da federação, bens móveis apreendidos sem utilização definida. (capítulo 15, item 3, p. 1144 e 1145)

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

Por fim, restam os bens dominicais, denominados ainda dominiais²⁸⁴ ou bens do patrimônio disponível do Estado. São os que pertencem ao acervo do Poder Público, sem destinação especial, sem finalidade pública, não estando, portanto, afetados. Esse conceito é estabelecido por exclusão, trata de uma definição residual, sendo dominical aquele bem que não é de uso comum do povo e não é de uso especial. (capítulo 11, item 4)

284 Para a maioria da doutrina, dominicais e dominiais são sinônimos, todavia, para Cretella Junior, são expressões distintas, conceituando bem dominial como gênero indicativo dos bens do domínio do Estado, sem levar em conta a sua natureza ou destinação, nele estando contidos tanto os bens dominicais quanto os bens de uso especial. De outro lado, dominicais são os bens que constituem o patrimônio dos entes públicos, objeto de direito real ou pessoal. (p. 1223)

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

Os bens dominicais, também chamados de bens do patrimônio público disponível ou bens do patrimônio fiscal, são todos aqueles sem utilidade específica, podendo ser ‘utilizados e qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar’.

São exemplos de bens dominiais, ou dominicais, as terras devolutas, viaturas sucateadas, terrenos baldios, carteiras escolares danificadas, dívida ativa etc.(capítulo 12, item 12.12.3, p. 1348)

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

É a espécie de afetação ou desafetação dos bens públicos que gera uma de suas mais relevantes classificações, expressamente contemplada pelo art. 99 do Código Civil. Vejamos:

[...]

3) **Bens dominiais (dominicais ou ‘do patrimônio disponível’)**. São os bens não destinados ao uso pelo povo em geral, nem empregado em algum serviço específico. Ex.: terras devolutas, títulos de crédito, bens de heranças jacentes, terrenos sem utilização, investimentos financeiros feitos pelo Estado etc. Podem servir apenas para auferir renda (interesse público secundário) ou estarem aguardando para serem utilizados em alguma finalidade pública futura, com o que perderiam a classificação como dominial, passando a ser de uso comum ou de uso especial. Pela Lei de Licitações possuem hoje os mesmos requisitos de alienação que os outros bens públicos. (capítulo XVII, item XVII.4, p. 920 a 922)

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

Todavia, a que mais chama a atenção do jurista é aquela que leva em conta a destinação do bem. Desse modo, o Código Civil brasileiro fornece ao Direito Administrativo importante contribuição no tema ora em exame. Segundo seu art. 99, são bens públicos:

[...]

III. Os dominicais - São os bens públicos que constituem o patrimônio disponível das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. **Os bens públicos dominicais ou dominiais não têm destinação específica.** Estão dentro do patrimônio disponível do Estado, compreendendo os bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos. São exemplos destes bens, as terras devolutas, os terrenos de marinha e seus acrescidos e os terrenos reservados e acrescidos quando não vinculados a destino público específico. Em conformidade com o art. 99, parágrafo único, do CC, não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (capítulo IX, item 2, p. 392)

Não abordam

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

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

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

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

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

Conclusão

Utilização do termo dominicais ou dominiais

Corrente 1: o termo bens dominiais indica de forma genérica os bens que formam o domínio público em sentido amplo. O termo bens dominicais tem caráter residual, indicando todos os bens que não estejam inclusos nas demais categorias de bens públicos (JSCF; RCRO)

Corrente 2: fungibilidade das expressões (CABM; IPN; MC; FM; AM; ASA; DCJ)

Não abordam (DFMN, MJF; OM; MA e VP; MSZDP)

DIVERGÊNCIA 086 - Âmbito de possibilidade da afetação e da desafetação

Corrente 1: somente mudança de um bem de uso comum ou de uso especial para dominical e vice-versa

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

Para muitos autores, posição que se acolhe neste trabalho, considera-se afetação e desafetação a mudança de um bem de uso comum do povo ou uso especial para dominical e vice-versa, porque o que marca o instituto é dar ou retirar a finalidade pública. Entretanto alguns autores admitem também como desafetação a mudança de finalidade pública, portanto, a transformação de um bem de uso comum do povo em uso especial ou o contrário, **o que parece não ter sentido**, porque o bem continua tendo destinação pública, havendo, em razão disso, o regime de indisponibilidade. (capítulo 11, item 5, p. 857)

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

As noções de afetação e desafetação estão presentes no tema dos bens públicos. **Afetação é a atribuição, a um bem público, de sua destinação específica**. Pode ocorrer de modo explícito ou implícito. Entre os meios de afetação explícita estão a lei, o ato administrativo e o registro de projeto de loteamento (Lei nº 6.766/79, arts. 17 e 22). Implícitamente, a afetação se dá quando o Poder Público passa a utilizar um bem para certa finalidade sem manifestação formal, pois é uma conduta que mostra o uso do bem, por exemplo: uma casa doada onde foi instalada uma biblioteca pública infantil. **A desafetação é a mudança da destinação do bem. De regra, a desafetação visa a incluir bens de uso comum do povo ou bens de uso especial na categoria de bens dominicais** para possibilitar a alienação. A desafetação pode advir de manifestação explícita, como no caso de autorização legislativa para venda de bem de uso especial, na qual está contida a desafetação para bem dominical; ou decorre de conduta da Administração, como na hipótese de operação urbanística que torna inviável o uso de uma rua próxima como via de circulação. (capítulo 12, item 12.6, p. 249)

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

Os institutos da afetação e desafetação de bens públicos decorrem do fato de que um bem desafetado pode passar a ter destinação pública específica (mediante afetação) e, da mesma forma, um bem que tem destinação pública específica pode deixar de ostentar a qualidade de bem afetado (mediante desafetação).

Com efeito, afetar o bem é dar destinação pública a bem dominical e desafetar é suprimir a destinação de bem que estava atrelado, de alguma forma, ao interesse público. A doutrina mais tradicional, encabeçada por Diógenes Gasparini, também designa esses institutos como consagração (sinônimo de afetação) e desconsagração (sinônimo de desafetação) .

A afetação do bem público torna esse bem inalienável e destinado a determinada utilização de interesse coletivo. Por isso, para a doutrina majoritária, a afetação é livre, ou seja, não depende de lei ou ato administrativo específico, pelo que, a simples utilização do bem, com finalidade pública, já lhe confere a qualidade de bem afetado. **A sua destinação de fato, no interesse da coletividade, seja para uso comum ou para utilização especial, já afeta o bem.**

[...]

Por seu turno, **a desafetação** torna o bem passível de alienação, nas condições previstas em lei. Isso porque o instituto retira sua destinação pública e **ele deixará de ser de uso comum ou especial e passará a ser dominical**

Ressalte-se, por fim, que determinados autores consideram que qualquer alteração de destinação pode configurar desafetação de bens. Sendo assim, se o bem deixa de ser de uso comum e passa a ser de uso especial, ele estaria sendo desafetado. Tal entendimento não é adotado para fins de provas, por ser minoritário, não obstante adotado por doutrinadores como José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella de Pietro. Conforme já explicitado, **a desafetação ocorre quando o bem deixa de ser de uso comum ou especial para se tornar um bem dominical.** (capítulo 15, item 4, p. 1145 e 1.146)

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

A afetação é o ato ou fato através do qual um bem, outrora não vinculado a nada, passa a sofrer destinação com sua vinculação a um fim público. Ou seja, **é a preposição de um bem a um dado destino, podendo ser ele relacionado ao uso comum ou ao uso especial.**

A desafetação é o ato ou fato através do qual um bem, outrora vinculado ao uso coletivo ou ao uso especial, tem subtraída a sua destinação pública.

[...]

Enfim, quando um bem público passa de dominical para de uso comum do povo ou uso especial, temos uma afetação; quando passa de uso comum do povo ou uso especial para dominical, temos uma desafetação.” (capítulo IX, item 2, p. 393)

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

Finalmente, pode-se ainda falar em desafetação para designar o **procedimento jurídico de transformação do bem público em bem dominical, mudando-o de categoria**, para viabilizar sua futura alienação.

[...]

Nota-se que **afetação e desafetação têm natureza jurídica de fatos administrativos e estão relacionadas com a existência ou não de destinação específica para determinado bem público.**

[...]

A doutrina majoritária entende que a desafetação ou desconsagração, compreendida como o **processo de transformação do bem de uso comum ou de uso especial em bem público dominical**, só pode ser promovida mediante lei específica. Trata-se de lei de conteúdo muito simples, promulgada para mudar a categoria do bem público, nos seguintes termos: “o logradouro X, classificado como bem de uso comum do povo e localizado no endereço tal, passa à categoria de bem dominical”. (capítulo 12, item 12.16, p. 1360 e 1361)

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

Um dos institutos jurídicos fundamentais ao regime dos bens públicos consiste na **afetação, que se aplica aos bens de uso comum e de uso especial. Os bens dominicais, como se verá adiante, não são afetados.** (p. 614)

A afetação é a subordinação de um bem público a regime jurídico diferenciado, em vista à destinação dele à satisfação das necessidades coletivas e estatais, do que deriva inclusive a sua inalienabilidade. (p. 614-615)

Alguns bens públicos estão integrados na atuação institucional administrativa e constituem instrumentos diretos da realização dos valores fundamentais buscados. **São os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial.**

Mas existem outros bens na titularidade estatal, que não têm utilização institucional. Ou seja, são bens que não são aplicados para o desempenho das funções próprias da Administração Pública. **Esses bens não são afetados e são qualificados como dominicais.** (p. 615)

Enquanto se mantiver a afetação, o bem de uso comum e o bem de uso especial serão subordinados aos regimes jurídicos correspondentes. Como decorrência, não comportam alienação ou outras restrições, que serão melhor examinadas adiante. (p. 616)

Bem por isso, deve-se interpretar com cautela a disciplina do Código Civil, que prevê dois regimes jurídicos para a alienação de bens públicos, nos arts. 100 e 101. Ali se estabelece que os bens públicos de uso comum e de uso especial são inalienáveis, enquanto mantiverem a característica de sua afetação. Já os bens dominicais seriam alienáveis, na forma da lei.

Alguns bens públicos de uso comum e de uso especial podem ser desafetados, o que conduz à modificação do regime jurídico. Passam à categoria de bens dominicais e comportam alienação.

A desafetação é ato estatal unilateral, cuja formalização depende de autorização legislativa, por meio do qual o Estado altera o regime jurídico aplicável ao bem público, produzindo sua submissão ao regime de bem dominical. (p. 616-617)

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

Pela afetação, o bem é incorporado ao uso e gozo da comunidade. Ela possibilita que ele passe da categoria de bem de domínio privado do Estado para bem de domínio público, ou seja, **bens dominicais passam a ser de uso comum do povo ou de uso especial**. Além dessa categoria de afetação, denominada lícita, pois alcança bens integrados ao patrimônio público, identifica-se uma espécie de afetação ilícita, que decorre da desapropriação indireta, que atinge bens pertencentes ao particular.

A desafetação é instituto oposto ao da afetação. Desafetar significa, portanto, desdestinar, desconectar, desincorporar. **Trata-se da manifestação de vontade do Poder Público mediante a qual um bem é subtraído do domínio público para ser incorporado ao domínio privado do Estado ou do particular.** Também se fala em desafetação de servidão administrativa, no caso de sua extinção. A desafetação também pode ser expressa ou tácita. Há autores que não admitem a desafetação tácita decorrente de fato (ex.: um rio que seca ou um incêndio que destrói obras de um museu). Eles entendem que mesmo nestes casos há necessidade de um ato de desafetação. Pondera, no entanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴ que, se o próprio fato transforma o bem em inadequado ao fim ao qual estava afetado, seria excessivo formalismo exigir o ato de desafetação. Ressalte-se, todavia, que a

desafetação pelo não uso exige um ato formal, uma vez que não há critério seguro para se especificar o não uso, o que pode gerar incertezas quanto ao momento de cessação do domínio público. (capítulo 13, item 13.3, p. 322)

Já os bens públicos de uso comum do povo e de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a qualificação, na forma que a lei determinar (art. 100, CC). Isso significa que, enquanto esses bens conservarem a qualidade de bens do domínio público do Estado, eles não podem ser alienados; **entretanto, se forem desafetados, na forma da lei, integrarão a categoria de bens dominicais**, e serão, consequentemente, disponíveis. (capítulo 13, item 13.5.1, p. 323)

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

Acontece, porém, que o bem afetado pode passar a desafetado, e vice-versa. Teremos, então, os institutos da afetação e da desafetação. Se o bem está afetado e passa a desafetado, temos a desafetação; ao contrário, se o bem está fechado, desativado, e passa a ter uma finalidade pública, tem-se a afetação. [...]

A afetação tem relevante importância para se examinar a inalienabilidade do bem público. Isso porque é pacífico na doutrina que os bens públicos afetados (que possuem uma destinação pública específica) não podem, enquanto permanecerem nessa situação, ser alienados. **Assim, os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, enquanto destinados, respectivamente, ao uso geral do povo e a fins administrativos especiais, não são suscetíveis de alienação**. O atual Código Civil tomou absolutamente clara essa antiga lição doutrinária, estabelecendo que "os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar" (art. 100). Os bens dominicais, ao contrário, por não estarem afetados a um fim público, podem ser alienados (CC, art. 101).

Caso os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial venham a ser desafetados, isto é, venham a perder sua finalidade pública específica, converter-se-ão em bens dominicais, e, como tais, poderão ser alienados. (capítulo 15, item 4, p. 1095)

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

São, portanto, características dos bens das duas modalidades integrantes do domínio público do Estado a inalienabilidade e, como decorrência desta, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração.

A inalienabilidade, no entanto, não é absoluta, a não ser com relação àqueles bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis; os que sejam inalienáveis em decorrência de destinação legal e sejam suscetíveis de valoração patrimonial podem perder o caráter de inalienabilidade, desde que percam a destinação pública, o que ocorre pela **desafetação**, definida, por José Cretella Júnior (1984:160-161) como o “fato ou a manifestação de vontade do poder público mediante a qual **o bem do domínio público é subtraído à dominialidade pública para ser incorporado ao domínio privado, do Estado ou do administrado**”.

Também a alienabilidade não é absoluta, pois aqueles que têm esse caráter, por não terem qualquer destinação pública (**os bens dominicais ou bens do domínio privado do Estado**) podem perdê-la pelo instituto da afetação, definida, pelo mesmo autor (1984:152), como “o fato ou pronunciamento do Estado que incorpora uma coisa à dominialidade da pessoa jurídica” ou, por outras palavras, o ato ou o fato pelo qual um bem passa da categoria de bem do domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público. Pelos conceitos de afetação e desafetação, verifica-se que uma e outra podem ser expressas ou tácitas. Na primeira hipótese, decorrem de ato administrativo ou de lei; na segunda, resultam de atuação direta da Administração, sem manifestação expressa de sua vontade, ou de fato da natureza.

Por exemplo, a Administração pode baixar decreto estabelecendo que determinado imóvel, **integrado na categoria dos bens dominicais**, será destinado à instalação de uma escola; ou pode simplesmente instalar essa escola no prédio, sem qualquer declaração expressa. Em um e outro caso, **o bem está afetado ao uso especial da Administração, passando a integrar a categoria de bem de uso especial. A operação inversa também pode ocorrer, mediante declaração expressa ou pela simples desocupação do imóvel, que fica sem destinação.** (capítulo 16, item 16.3.4, p. 1550-1551)

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

Afetação e desafetação são os fatos administrativos dinâmicos que indicam a alteração das finalidades do bem público. **Se o bem está afetado e passa a desafetado do fim público, ocorre a desafetação; se, ao revés, um bem desativado passar a ter alguma utilização pública, poderá dizer-se que ocorreu a afetação.**

[...]

A afetação e a desafetação servem para demonstrar que os bens públicos não se perenizam, em regra, com a natureza que adquiriram em decorrência de sua destinação. Um prédio onde haja uma Secretaria de Estado em funcionamento pode ser desativado para que o órgão seja instalado em local diverso. Esse prédio, como é lógico, sairá de sua categoria de bem

de uso especial e ingressará na de bem dominical. A desativação do prédio implica sua desafetação. Se, posteriormente, no mesmo prédio for instalada uma creche organizada pelo Estado, **haverá afetação, e o bem, que estava na categoria dos dominicais, retornará a sua condição de bem de uso especial.** Outro exemplo é o da desestatização (privatização), que também pode render ensejo à desafetação.

Até mesmo os bens de uso comum do povo podem sofrer alteração em sua finalidade, como é o caso, por exemplo, de uma praça pública que desaparece, em razão de projeto urbanístico, para dar lugar a uma rua e a um terreno público sem utilização. Nesse caso, **o bem que era de uso comum do povo converteu-se, parte, em outro bem de uso comum do povo (a nova rua), e parte, em bem dominical (o terreno sem utilização).** Poder-se-á dizer, na hipótese, que houve desafetação parcial, pois que parte do bem que tinha finalidade pública passou a não mais dispor desse fim (o terreno). [...]

Suponha-se, para exemplificar, que um terreno sem utilização venha a ser aproveitado como área de plantio para órgão público de pesquisa: **o bem, que era dominical, passará a ser de uso especial, havendo, portanto, afetação.** Essa transformação de finalidade certamente será processada através de ato administrativo. Suponha-se, contrariamente, que um incêndio destrua inteiramente determinado prédio escolar: **o bem que era de uso especial se transformou em bem dominical.** Do momento em que esse imóvel não mais possa servir à finalidade pública inicial, podemos dizer que terá havido desafetação, e sua causa não terá sido um ato, mas sim um fato jurídico – o incêndio.

Por tudo isso é que entendemos ser irrelevante a forma pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto a seu fim público ou não. **Relevante, isto sim, é a ocorrência em si da alteração da finalidade, significando que na afetação o bem passa a ter uma destinação pública que não tinha, e que na desafetação se dá o fenômeno contrário, ou seja, o bem, que tinha a destinação pública, passa a não mais tê-la, temporária ou definitivamente.** (capítulo 16, item V, p. 2045 e 2046)

Corrente 2: admite também a afetação e desafetação como mudança de finalidade, logo a transformação de bem de uso comum em uso especial ou o contrário

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

Afetação é a proposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como desafetação é sua retirada do referido

destino. Os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público.

A afetação ao uso comum tanto pode provir do destino natural do bem, como ocorre com os mares, rios, ruas, estradas, praças, quanto por lei ou por ato administrativo que **determine a aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público.**

Já a desafetação dos bens de uso comum, isto é, seu trespasse para o uso especial ou sua conversão em bens meramente dominicais, depende de lei ou de ato do Executivo praticado na conformidade dela. É que, possuindo originariamente destinação natural para o uso comum ou tendo-a adquirido em consequência de ato administrativo que os tenha preposto neste destino, haverão, de toda sorte, neste caso, terminado por assumir uma destinação natural para tal fim. Só um ato de hierarquia jurídica superior, como o é a lei, poderia ulteriormente contrariar o destino natural que adquiriram ou habilitar o Executivo a fazê-lo.

A desafetação de bem de uso especial, trespassando-o para a classe dos dominicais, depende de lei ou de ato do próprio Executivo, como, por exemplo, ao transferir determinado serviço que se realizava em dado prédio para outro prédio, ficando o primeiro imóvel desligado de qualquer destinação. O que este não pode fazer sem autorização legislativa é desativar o próprio serviço instituído por lei e que nele se prestava. Também um fato da natureza pode determinar a passagem de um bem do uso especial para a categoria dominical. Seria o caso, por exemplo, de um terremoto destruir o prédio onde funcionava uma repartição pública, como lembra Diógenes Gasparini. (capítulo XVII, item III, p. 939)

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

Denomina-se afetação à destinação fática ou jurídica de um bem a uma determinada modalidade de utilização de interesse público, o que o caracterizará, conforme o caso, ou como um bem público de uso comum ou como um bem público de uso especial.

São, portanto, os bens particulares, os dominicais e as coisas de ninguém apropriáveis, aqueles que poderão ser afetados. Quanto aos bens de uso especial, só admitirão um grau superior de afetação, que é ao mais amplo: o uso comum de todos.

Por desafetação entende-se, ao revés, a redução ou extinção, fática ou jurídica, da utilização de interesse público de um determinado bem.

A afetação dá-se, assim, em dois graus: **num primeiro grau, alça-se à categoria de bem público de uso especial e, subindo mais um grau, à de bem público de uso comum, que é a mais elevada afetação, e, ao reverso, a desafetação, também se dará em dois graus: de bem público de uso**

comum a bem público de uso especial e, deste, um grau abaixo, a de bem dominical. (capítulo XIII, item 99.1, p. 475)

Não abordam

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

Afetação significa a atribuição fática ou jurídica de finalidade pública, geral ou especial, ao bem público. **Os bens públicos afetados são os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial.** A instituição da afetação pode ocorrer de três formas:

[...]

Desafetação, ao contrário, é a retirada, fática ou jurídica, da destinação pública anteriormente atribuída ao bem público. **Os bens desafetados são os bens públicos dominicais.** Da mesma forma que a afetação, a desafetação pode ser implementada de três maneiras:[...] (capítulo 22, item 22.4, p. 1201)

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

Conclusão

Âmbito de possibilidade da afetação e da desafetação

Corrente 1: somente mudança de um bem de uso comum ou de uso especial para dominical e vice-versa (FM; OM; MC; DCJ; AM; MJF; IPN; MA e VP; MSZDP; JSCF)

Corrente 2: admite também a afetação e desafetação como mudança de finalidade, logo a transformação de bem de uso comum em uso especial ou o contrário (CABM; DFMN)

Não abordam (RCRO; ASA)

DIVERGÊNCIA 087 - Formalidades a serem adotadas para afetação e desafetação

Corrente 1: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material)

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

Afetação significa a atribuição fática ou jurídica de finalidade pública, geral ou especial, ao bem público. Os bens públicos afetados são os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial. **A instituição da afetação pode ocorrer de três formas:**

- a) **lei** (ex.: lei que institui Área de Proteção Ambiental – APA);
- b) **ato administrativo** (ex.: ato administrativo que determina a construção de hospital público); e
- c) **fato administrativo** (ex.: construção de escola pública em terreno privado, sem procedimento formal prévio, configurando desapropriação indireta).

Desafetação, ao contrário, é a retirada, fática ou jurídica, da destinação pública anteriormente atribuída ao bem público. Os bens desafetados são os bens públicos dominicais. **Da mesma forma que a afetação, a desafetação pode ser implementada de três maneiras:**

- a) **lei** (ex.: lei que determina a desativação de repartição pública);
- b) **ato administrativo** (ex.: ato administrativo que determina a demolição de escola pública com a transferência dos alunos para outra unidade de ensino); e
- c) **fato administrativo** (ex.: incêndio destrói biblioteca pública municipal, inviabilizando a continuidade dos serviços).

É possível afirmar, portanto, que **a afetação e a desafetação podem ser expressas (ou formais)**, quando efetivadas por manifestação formal de vontade da Administração (lei ou ato administrativo), **ou tácitas (ou materiais)**, quando implementadas por eventos materiais (fatos administrativos). (capítulo 22, item 22.4, p. 1201)

Corrente 1.1: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material), com a ressalva de que a desafetação não ocorre por falta de uso

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

Em outro sentido, **os mesmos termos são empregados para se referir à alteração dinâmica de condição de certo bem público**. Assim, por exemplo, se determinado prédio público estava afetado à execução do serviço público de saúde, sendo a edificação derrubada por um terremoto, ocorre sua desafetação. **Essa mudança na finalidade do bem pode se dar mediante lei, ato administrativo ou fato administrativo.**

[...]

A doutrina majoritária entende que **a desafetação ou desconsagração**, compreendida como o processo de transformação do bem de uso comum ou de uso especial em bem público dominical, **só pode ser promovida mediante lei específica**. Trata-se de lei de conteúdo muito simples, promulgada para mudar a categoria do bem público, nos seguintes termos: ‘o logradouro X, classificado como bem de uso comum do povo e localizado no endereço tal, passa à categoria de bem dominical’.

De qualquer forma, **não existe no direito brasileiro a denominada desafetação tácita, entendida como a mudança de categoria do bem pela falta de uso**. Essa conversão em bem dominical somente poderá ser promovida mediante vontade expressa do legislador. (capítulo 12, item 12.16, p. 1360)

Corrente 1.2: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material), considerando irrelevante a forma

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

A afetação e a desafetação podem ser expressas ou tácitas. Serão expressas quando decorrem de lei ou de ato administrativo. Serão tácitas quando resultam da atuação da Administração Pública, porém sem sua manifestação expressa a respeito, ou de fato da natureza, o que pode ocorrer, por exemplo, quando a Administração Pública determina a instalação de uma escola pública num determinado prédio público desocupado ou quando determina a mudança dessa escola, deixando o referido prédio novamente desocupado, sem nenhuma destinação, ou, ainda, quando um terremoto põe

abaixo um prédio público que sediava uma Secretaria de Estado. (capítulo IX, item 2, p. 393)

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

Afetação é a atribuição, a um bem público, de sua destinação específica. **Pode ocorrer de modo explícito ou implícito. Entre os meios de afetação explícita estão a lei, o ato administrativo e o registro de projeto de loteamento** (Lei nº 6.766/79, arts. 17 e 22). **Implicitamente, a afetação se dá quando o Poder Público passa a utilizar um bem para certa finalidade sem manifestação formal, pois é uma conduta que mostra o uso do bem**, por exemplo: uma casa doada onde foi instalada uma biblioteca pública infantil.

A desafetação é a mudança da destinação do bem. De regra, a desafetação visa a incluir bens de uso comum do povo ou bens de uso especial na categoria de bens dominicais para possibilitar a alienação. **A desafetação pode advir de manifestação explícita, como no caso de autorização legislativa para venda de bem de uso especial, na qual está contida a desafetação para bem dominical; ou decorre de conduta da Administração**, como na hipótese de operação urbanística que torna inviável o uso de uma rua próxima como via de circulação. (capítulo 12, item 12.6, p. 249)

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

Por fim, deve destacar-se que a afetação e a desafetação constituem fatos administrativos, ou seja, acontecimentos ocorridos na atividade administrativa **independentemente da forma com que se apresentem**. Embora alguns autores entendam a necessidade de haver ato administrativo para consumir-se a afetação ou a desafetação, **não é essa realmente a melhor doutrina em nosso entender**. O fato administrativo tanto pode ocorrer mediante a prática de ato administrativo formal, como através de fato jurídico de diversa natureza. Significa que, até mesmo tacitamente, é possível que determinada conduta administrativa produza a afetação ou a desafetação, bastando, para tanto, verificar-se no caso o real intento da Administração.

[...]

Por tudo isso é que **entendemos ser irrelevante a forma** pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto a seu fim público ou não. **Relevante, isto sim, é a ocorrência em si da alteração da finalidade**, significando que na afetação o bem passa a ter uma destinação pública que não tinha, e que na desafetação se dá o fenômeno contrário, ou seja, o bem,

que tinha a destinação pública, passa a não mais tê-la, temporária ou definitivamente. (capítulo 16, item V, p. 2046-2047)

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

Tanto a afetação como a desafetação (respectivamente vinculação ou desvinculação a algum uso público) **podem se dar (1) expressamente, por lei ou por ato administrativo, (2) tacitamente ou (3) por fato jurídico em sentido estrito, seja executado materialmente pela Administração ou não.** Assim, por exemplo, a construção e subsequente funcionamento de uma escola em um terreno público vazio leva à sua afetação ipso facto ao serviço público de educação; a abertura de um forte da Marinha à visitação pública permanente muda a sua afetação à função estatal de defesa para a de um bem público afetado ao uso comum; o assoreamento de um rio navegável o desafetaria da utilidade de transporte etc.

[...]

Discute-se se a desafetação pode se dar por fato jurídico (ex.: o rio que seca; uma escola que se incendia). **Há autores para os quais a desafetação só pode ser feita por lei. Seria, porém, desprezar o aspecto eminentemente fático e material do qual a afetação e a desafetação se revestem.** (capítulo XVII, item XVII.4, p. 919 e 920)

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

Pelos conceitos de afetação e desafetação, verifica-se que uma e outra podem ser expressas ou tácitas. Na primeira hipótese, decorrem de ato administrativo ou de lei; na segunda, resultam de atuação direta da Administração, sem manifestação expressa de sua vontade, ou de fato da natureza. Por exemplo, a Administração pode baixar decreto estabelecendo que determinado imóvel, integrado na categoria dos bens dominicais, será destinado à instalação de uma escola; ou pode simplesmente instalar essa escola no prédio, sem qualquer declaração expressa. Em um e outro caso, o bem está afetado ao uso especial da Administração, passando a integrar a categoria de bem de uso especial. A operação inversa também pode ocorrer, mediante declaração expressa ou pela simples desocupação do imóvel, que fica sem destinação.

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores a respeito da possibilidade de a desafetação decorrer de um fato (desafetação tácita) e não de uma manifestação de vontade (desafetação expressa); por exemplo, um rio que seca ou tem seu curso alterado; um incêndio que provoca a destruição

dos livros de uma biblioteca ou das obras de um museu. Alguns acham que mesmo nesses casos seria necessário um ato de desafetação. **Isto, no entanto, constitui excesso de formalismo se se levar em consideração o fato de que o bem se tornou materialmente inaproveitável para o fim ao qual estava afetado.** (capítulo 16, item 16.3.4, p. 1551-1552)

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

A afetação é um instituto típico do Direito Administrativo, não havendo similar no direito privado. Consiste em ato ou fato pelo qual se consagra um bem à produção efetiva de utilidade (destinação) pública. Trata-se de mecanismo em virtude do qual um bem é incorporado ao uso e gozo públicos. **Ela pode ser expressa ou tácita. Expressa é a afetação que resulta de ato administrativo ou lei contendo a manifestação de vontade da Administração nesse sentido. Tácita é a afetação que advém da atuação direta da Administração, sem manifestação explícita de sua vontade, ou de fato da natureza.**

[...]

A desafetação é instituto oposto ao da afetação. Desafetar significa, portanto, desdestinar, desconsagrar, desincorporar. Trata-se da manifestação de vontade do Poder Público mediante a qual um bem é subtraído do domínio público para ser incorporado ao domínio privado do Estado ou do particular. Também se fala em desafetação de servidão administrativa, no caso de sua extinção. **A desafetação também pode ser expressa ou tácita.** (capítulo 13, item 13.3, p. 322)

Corrente 2: afetação é livre, não depende de lei ou ato administrativo, pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal ou tácita/material). Desafetação de bens de uso comum depende de lei específica ou ato administrativo, não pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal). Admite a desafetação de bens de uso especial por fato administrativo (tácita/material)

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

A afetação do bem público torna esse bem inalienável e destinado a determinada utilização de interesse coletivo. Por isso, **para a doutrina majoritária, a afetação é livre, ou seja, não depende de lei ou ato administrativo específico**, pelo que, a simples utilização do bem, com finalidade pública, já lhe confere a qualidade de bem afetado. A sua

destinação de fato, no interesse da coletividade, seja para uso comum ou para utilização especial, já afeta o bem.

[...]

Por seu turno, a desafetação torna o bem passível de alienação, nas condições previstas em lei. Isso porque o instituto retira sua destinação pública e ele deixará de ser de uso comum ou especial e passará a ser dominical.

Para que a desafetação seja feita licitamente, depende de lei específica ou manifestação do Poder Público mediante ato administrativo expresse, não ocorrendo com o simples desuso do bem.

Em que pese este entendimento, sabe-se da possibilidade de desafetação dos bens de uso especial por fatos da natureza, como, por exemplo, no caso de um incêndio em escola pública que a deixe totalmente destruída, impedindo sua utilização.

[..]

Ressalte-se, por fim, que **determinados autores consideram que qualquer alteração de destinação pode configurar desafetação de bens.** Sendo assim, se o bem deixa de ser de uso comum e passa a ser de uso especial, ele estaria sendo desafetado. **Tal entendimento não é adotado para fins de provas, por ser minoritário,** não obstante adotado por doutrinadores como José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella de Pietro. Conforme já explicitado, a desafetação ocorre quando o bem deixa de ser de uso comum ou especial para se tornar um bem dominical. (capítulo 15, item 4, p. 1146)

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

A afetação ao uso comum tanto pode provir do destino natural do bem, como ocorre com os mares, rios, ruas, estradas, praças, **quanto por lei ou por ato administrativo** que determine a aplicação de um bem dominical ou de uso especial ao uso público.

Já, **a desafetação dos bens de uso comum,** isto é, seu trespasse para o uso especial ou sua conversão em bens meramente dominicais, **depende de lei ou de ato do Executivo praticado na conformidade dela.** É que, possuindo originariamente destinação natural para o uso comum ou tendo-a adquirido em consequência de ato administrativo que os tenha preposto neste destino, haverão, de toda sorte, neste caso, terminado por assumir uma destinação natural para tal fim. Só um ato de hierarquia jurídica superior, como o é a lei, poderia ulteriormente contrariar o destino natural que adquiriram ou habilitar o Executivo a fazê-lo.

A desafetação de bem de uso especial, trespassando-o para a classe dos dominicais, **depende de lei ou de ato do próprio Executivo,** como, por exemplo, ao transferir determinado serviço que se realizava em dado prédio para outro prédio, ficando o primeiro imóvel desligado de qualquer destinação. O que este não pode fazer sem autorização legislativa é desativar

o próprio serviço instituído por lei e que nele se prestava. **Também um fato da natureza pode determinar a passagem de um bem do uso especial para a categoria dominical.** Seria o caso, por exemplo, de um terremoto destruir o prédio onde funcionava uma repartição pública, como lembra Diógenes Gasparini. (capítulo XVII, item III, p. 939)

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

A afetação, como instituto que garante maior proteção ao bem, **pode ser constituída de forma mais simples.** Dessa maneira, **admite-se sua formalização por lei, por ato administrativo ou até pelo simples uso do bem**, isto é, sua destinação de fato ou pelo uso natural do bem. Portanto, para dar proteção, não há rigor, seja para dar a categoria de uso comum do povo ou a de uso especial.

[...]

O instituto da desafetação, ao retirar o destino público dos bens, elimina-lhes o status da indisponibilidade e inalienabilidade, tornando-os mais vulneráveis às ingerências administrativas e retirando deles partes de sua proteção, o que demanda maior cautela e mais rigor. Considerando esse fato, **a desafetação não pode ser realizada de qualquer forma.**

Nesse diapasão, observando ainda o comprometimento que a irresponsabilidade com o cuidado desses bens poderá gerar para a sociedade, **há uma necessidade de que o rigor seja ainda maior em face dos bens de uso comum do povo**, aqueles que se destinam ao uso coletivo. **Nesse caso, a desafetação deve ser feita por lei, ou, no máximo, por ato administrativo previamente autorizado por lei.**

A situação é mais amena, embora o instituto também dependa de rigor, quando há desafetação de bem de uso especial, consagrando-o como dominical, **situação em que o Administrador precisa do respaldo da lei ou de ato do próprio Executivo.** Também um fato da natureza pode determinar a passagem de um bem de uso especial para a categoria de dominical, como, por exemplo, um terremoto destruindo um prédio, ou um incêndio, desde que o fato impeça que o bem continue atendendo à finalidade pública para a qual foi destinado.

Ressalte-se que, **apesar de a afetação ser possível pela simples destinação do bem, pelo uso, a desafetação não tem a mesma aceitação.** A doutrina majoritária não admite a desafetação de um bem público pelo simples fato do não uso, considerando que nesse instituto o bem está perdendo sua proteção, o que exige uma atenção maior.

Na verdade, **hoje a doutrina diverge quanto à exigência das formalidades a serem adotadas para a afetação ou desafetação.** Muitos autores apontam o formalismo como indispensável, especialmente na desafetação. Outros reconhecem a afetação e a desafetação como acontecimentos ocorridos na

atividade administrativa independentemente da forma com que se apresentem. Para esses autores, não se exige nem mesmo o ato administrativo, considerando irrelevante a forma pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto a seu fim público ou não. (capítulo 11, item 5, p. 856, 857)

Corrente 3: afetação é livre, não depende de lei ou ato administrativo, pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal ou tácita/material). Desafetação depende de lei específica e ato administrativo, não pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal). Não diferencia bens de uso comum dos de uso especiais, mas admite que os bens podem ser desafetados por fato administrativo (tácita/material), desde que haja um ato administrativo declarando essa desafetação. Faz ressalva de que a desafetação de bens imóveis deve ser por lei

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

A afetação é decorrente ou da própria natureza do bem, de uma situação de fato consolidada no tempo ou de um ato estatal unilateral. (p. 615)

Há casos em que a composição material da estrutura institucional abrange necessariamente certos bens, no sentido de que a única destinação possível e imaginável para o bem é a satisfação das necessidades comuns do povo.

Nessa hipótese, **a afetação se configura sem a necessidade de um ato estatal formal.** Enquanto se mantiver essa situação, há afetação. Assim se passa com os bens de uso comum. As praças, as vias públicas, os mares são intrinsecamente afetados. (p. 615)

Em outros casos, o bem comporta diversas utilizações, não sendo destinado apenas à satisfação das necessidades coletivas. Se o bem estiver sendo utilizado materialmente para o uso comum do povo ou para o uso especial da Administração Pública, será considerado afetado, **mesmo que não tenha havido um ato formal correspondente.** (p. 615)

Haverá situações, enfim, em que o bem comporta diversas utilizações e a Administração Pública promove formalmente sua afetação. Essa é a solução desejável, mas não pode ser imposta compulsoriamente com efeito retroativo. **Não é possível afirmar que a ausência da afetação formal desqualifica o bem como público,** o que poderia configurar até mesmo uma interpretação ofensiva ao princípio da segurança jurídica.

Portanto, deve-se admitir que a implantação de um Estado Democrático de Direito e a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade **impõem para o futuro a formalização adequada da afetação dos bens** que vierem a ser caracterizados como tal. (p. 616)

Em outras palavras, a afetação material ou fática se configurava como bastante para produzir a incidência do regime de direito público no passado. Depois de 1988, com a instituição de uma democracia republicana, tornou-se inadmissível essa solução. **Se a Administração Pública pretender promover afetação puramente fática** ou seja, apropriar-se de bem alheio sem observância das regras jurídicas próprias, **estará incorrendo em atuação civil, administrativa e penalmente ilícita**. Deverá restituir-se o bem ao particular, com as necessárias perdas e danos, e punir o agente responsável pela conduta indevida. (p. 616)

A desafetação é ato estatal unilateral, cuja formalização depende de autorização legislativa, por meio do qual o Estado altera o regime jurídico aplicável ao bem público, produzindo sua submissão ao regime de bem dominical. (p. 616-617)

É possível diferenciar casos de desafetação constitutiva negativa e desafetação declaratória. No primeiro caso, existe um ato formal de desafetação do bem, que o submete ao regime de bem dominical, inclusive para o efeito de uma eventual alienação. Nesse caso, existe um ato jurídico com efeitos constitutivos negativos. **A terminologia significa que a alteração do regime jurídico aplicável ao bem foi produzida por um ato formal**, cujos efeitos são produzidos para o futuro.

Mas pode haver casos em que **a natureza do bem ou a sua própria destinação conduzem à supressão fática de sua capacidade de satisfazer a necessidade pública**. Se isso vier a ocorrer, a prática de um ato de desafetação terá efeitos meramente declaratórios. Ou seja, o bem já estava desafetado concretamente e o ato formal apenas regulariza e formaliza uma situação preexistente. (p. 617)

A desafetação de bens imóveis depende de lei. Pode-se admitir que a própria lei determine de modo direto a desafetação de bem específico. Mas também se admite que a lei contenha uma autorização para que a Administração promova a desafetação mediante ato administrativo. (p. 617)

Não abordam

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

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

Conclusão

Formalidades a serem adotadas para afetação e desafetação

Corrente 1: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material) (RCRO)

Corrente 1.1: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material), com a ressalva de que a desafetação não ocorre por falta de uso (AM)

Corrente 1.2: afetação e Desafetação podem ocorrer por meio lei, ato administrativo (expressa/formal) ou fato administrativo (tácita/material), considerando irrelevante a forma (DCJ; OM; JSCF; ASA; MSZDP; IPN)

Corrente 2: afetação é livre, não depende de lei ou ato administrativo, pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal ou tácita/material). Desafetação de bens de uso comum depende de lei específica ou ato administrativo, não pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal). Admite a desafetação de bens de uso especial por fato administrativo (tácita/material) (MC; CABM; FM)

Corrente 3: afetação é livre, não depende de lei ou ato administrativo, pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal ou tácita/material). Desafetação depende de lei específica e ato administrativo, não pode ocorrer por fato administrativo (expressa/formal). Não diferencia bens de uso comum dos de uso especiais, mas admite que os bens podem ser desafetados por fato administrativo (tácita/material), desde que haja um ato administrativo declarando essa desafetação. Faz ressalva de que a desafetação de bens imóveis deve ser por lei (MJF)

Não abordam (DFMN; MA e VP)

DIVERGÊNCIA 088 - Classes de utilização dos bens públicos

Corrente 1: quanto à conformidade com a destinação principal: uso normal ou anormal. Quanto ao critério de exclusividade: uso comum (ordinário ou extraordinário) ou privativo (especial)

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

Os bens públicos das três modalidades previstas no art. 99 do Código Civil – de uso comum, de uso especial e dominical – podem ser utilizados pela pessoa jurídica de direito público que detém a sua titularidade ou por outros entes públicos aos quais sejam cedidos, ou, ainda, por particulares (sobre o tema, v. Maria Sylvia Z. Di Pietro, 2010).

Estes últimos podem, por sua vez, exercer sobre os bens públicos diferentes formas de uso, que dão lugar à dupla classificação:

- a) pelo **critério da conformidade ou não da utilização com o destino principal** a que o bem está afetado, o uso pode ser **normal ou anormal**;
- b) pelo **critério da exclusividade ou não do uso, combinado com o da necessidade ou não de consentimento expreso da Administração**, o uso pode ser **comum ou privativo**. (capítulo 16, item 16.6, p. 1573)

Uso normal é o que se exerce de conformidade com a destinação principal do bem; e uso anormal é o que atende a finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contradição com aquela destinação.

[...]

As utilizações anormais só devem ser consentidas na medida em que sejam compatíveis com o fim principal a que o bem está afetado, ou seja, desde que não impeçam nem prejudiquem o uso normal do bem. Seu exercício depende, em geral, de manifestação discricionária do poder público, podendo o ato de outorga ser a qualquer momento revogado, uma vez verificada a sua incompatibilidade com a utilização normal. O título jurídico mais adequado para esse tipo de uso privativo é a permissão de uso, em virtude da discricionariedade e precariedade que a caracterizam. (capítulo 16, item 16.6.1, p. 1574)

Uso comum é o que se exerce, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade.

[...]

O uso comum admite duas modalidades: **o uso comum ordinário e o uso comum extraordinário.**

[...]

Parte ele do pressuposto de que **o uso comum está sujeito a determinadas regras: a generalidade** (porque pode ser exercido por todos); **a liberdade**

(porque dispensa autorização); **a igualdade** (porque deve ser garantido a todos em igualdade de condições); e **a gratuidade** (porque dispensa pagamento de qualquer prestação pecuniária). **Quando exercido em conformidade com essas regras, o uso comum é ordinário.** Porém, cada uma dessas regras comporta exceções, subordinadas a regimes diversos; **cada exceção corresponde a uma modalidade de uso comum extraordinário.**

O uso comum ordinário é aberto a todos indistintamente, sem exigência de instrumento administrativo de outorga e sem retribuição de natureza pecuniária.

O uso comum extraordinário está sujeito a maiores restrições impostas pelo poder de polícia do Estado, ou porque limitado a determinada categoria de usuários, ou porque sujeito a remuneração, ou porque dependente de outorga administrativa. (capítulo 16, item 16.6.2, p. 1578)

Uso privativo, que alguns denominam de **uso especial**, é o que a **Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público.** (capítulo 16, item 16.6.3.1, p. 1578)

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

Os bens públicos podem ser utilizados pelos próprios titulares, por outras entidades públicas e por terceiros particulares (pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado). Este uso, **consoante esteja conforme ou não com o destino principal do bem**, pode ser:

a) **Normal** e

b) **Anormal**;

E, segundo esteja **sendo exclusivo ou não**, pode ser:

a) **Privativo** e

b) **Comum**.

O uso normal é o que se dá na conformidade com a destinação principal do bem. Já o uso anormal é o que ocorre em desconformidade com essa destinação principal. O uso privativo é aquele em face do qual somente o particular utilizará o bem. O uso comum é aquele diante do qual todos podem, igualmente, utilizar o bem. Se uma rua está aberta à circulação, tem-se uso comum normal; se estiver sendo utilizada, em dada situação, para desfiles ou festejos, tem-se uso comum anormal. Se uma pessoa, com a devida permissão, utiliza um box em mercado municipal, tem-se o uso privativo normal (é normal porque o mercado foi construído para esse fim). Se utiliza, porém, uma parte da calçada para instalar uma barraca ou tabuleiro de venda de acarajé, tem-se uso privativo anormal.

Cumpra advertir que o uso anormal só é admitido quando não prejudique ou obstrua o uso normal do bem. Vale dizer, é necessário que o uso anormal seja compatível com o fim principal do bem, embora não tenha por objeto o mesmo fim. (capítulo IX, item 4, p. 397)

O uso comum é o exercido por todos, em igualdade de condições. Pode ser: **ordinário e extraordinário.** (capítulo IX item 4.1, p. 397)

É aquele para o qual o terceiro não precisa de qualquer autorização prévia, concomitante ou posterior para exercê-lo. O particular usa os bens públicos de forma natural. Ex.: em regra, ninguém precisa de autorização para ir às praias, caminhar nas ruas ou calçadas, etc. (capítulo IX item 4.1.1, p.398)

A despeito de o particular estar usando bem de uso coletivo, aqui há uma sujeição prévia, concomitante ou posterior, como o pagamento de pedágio em rodovias. **Assim, há restrições ao uso do bem, impostas pelo poder de polícia administrativa.** Certos veículos (em razão do tamanho, do peso, da natureza da carga transportada, etc), para trafegarem nas rodovias, necessitam de autorização do poder público. As reuniões ou passeatas que venham a interromper o tráfego na via pública, também dependem, em certos casos, de autorização (vale ressaltar que tal exigência de forma alguma se choca com o direito de reunião assegurado na CF, visto que a interrupção do tráfego colide com o direito de liberdade de locomoção das outras pessoas, tendo-se, neste caso, um conflito de direitos resolvido pelo princípio da ponderação de interesse ou proporcionalidade, que faz necessária a exigência de autorização prévia do Poder Público). (capítulo IX, item 4.1.2, p. 398)

O uso privativo do bem público consiste na utilização, em caráter exclusivo, de um bem público pelo particular. Assim ocorre quando o particular deseja utilizar um dos boxes em mercados municipais; colocar mesas do restaurante na via pública; instalar bancas de revista e jornal nos calçadões e nas praças, etc. **Desse modo, é possível um particular utilizar em caráter especial; e privativo um bem público,** desde que para tanto seja autorizado por algum título jurídico. (capítulo IX, item 4.2, p. 398)

Corrente 2: são três as classes de utilização de bens públicos: a utilização comum (ordinária ou extraordinária); a utilização especial e a utilização privativa

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

Segundo a orientação básica de Marcelo Caetano, distinguem-se **três classes de utilização de bens públicos**: 1.^a – a utilização comum; 2.^a – a utilização especial; e 3.^a – a utilização privativa. (capítulo XIII, item 100, p. 478)

A utilização comum, como indica a expressão, é franqueada a todos, livre e indistintamente, como sucede, a propósito, com os bens públicos que têm a vocação de uso comum, como ruas, estradas, avenidas, praças, parques, praias, mares, lagos, rios navegáveis etc.

Sua característica é a universalidade, admitindo-se que, em princípio, a utilização por qualquer pessoa não tolherá nem prejudicará semelhante utilização por outra.

Essa liberdade de fruição, normalmente incondicional, dita, por isso, utilização comum ordinária, poderá, contudo, ser condicionada, sujeitando-se a algum tipo de requisito, como, por exemplo, o pagamento de um pedágio para transitar em estradas, um exame de saúde para banhar-se numa piscina pública, ou a observância de um horário para ingressar em parques etc., **casos em que se caracterizará uma utilização comum extraordinária.** (capítulo XIII, item 100.1, p. 478)

Mas a **universalidade de utilização de um bem público** também pode ser **restringida**, caracterizando-se o que se tem como uma **utilização especial, sempre que for exigida a emissão de uma prévia outorga a quem a haja solicitado, no caso, demonstrando satisfazer determinados requisitos legais, vinculados ou discricionários.** (capítulo XIII, item 100.2., p. 479)

A regular **universalidade** de utilização de um bem público pode ser, ainda, **mais restrita**, se depender da outorga de um título estável de **utilização privativa** emitida em favor de um particular ou de outro ente administrativo. **A exclusividade é, portanto, a característica desse instituto**, o que faz a diferença, por exemplo, entre armar temporariamente uma barraca na praia, de nela assentar, consentidamente, uma tenda de comércio ambulante; como será também distinto o sentar-se em banco de praça, de usá-lo como mostrador de produtos postos à venda; como diverso, ainda, acolherem-se, em caso de emergência, flagelados de uma epidemia em um prédio público, da cessão desse mesmo imóvel público a uma organização privada para explorá-lo. (capítulo XIII, item 100.3, p. 480)

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

A utilização dos bens públicos pode ser dividida em **três categorias**:

- a) **uso comum**,
- b) **uso especial** e
- c) **uso privativo**.

O uso comum dos bens públicos é aquele facultado a todos os indivíduos, sem qualquer distinção. É o que ocorre com os bens de uso comum do povo. Ex.: ruas, praias, praças etc.

A **utilização comum** dos bens públicos pode ser dividida em duas espécies:

- a) **ordinária ou normal: o uso é compatível com a destinação do bem** (ex.: passagem de veículos pela via pública); ou

b) **extraordinária ou anormal**: a utilização do bem depende do preenchimento de determinadas condições impostas pelo Poder Público (ex.: cobrança de pedágio em rodovias) ou a utilização é distinta da destinação usual do bem (ex.: utilização da via pública para realização de evento esportivo).

A utilização especial, por sua vez, é franqueada à Administração Pública ou a determinados indivíduos que preencham os requisitos previstos na legislação. Trata-se de utilização normalmente relacionada aos bens de uso especial. Ex.: a utilização das escolas públicas é destinada apenas aos alunos matriculados; as repartições administrativas são de utilização dos respectivos servidores e dos particulares devidamente autorizados.

O uso privativo, por sua vez, ocorre nas hipóteses em que o Poder Público consente com a utilização do bem público por determinado indivíduo com exclusividade, em detrimento do restante da coletividade. Ex.: permissão para instalação de banca de jornal em via pública; autorização para estabelecimento comercial instalar mesas e cadeiras na calçada. (capítulo 22, item 22.6, p. 1206-1207)

Corrente 3: a utilização dos bens de uso comum pode ser ordinária ou extraordinária. A utilização dos bens de uso especial pode ser ordinária, admitindo-se o uso comum extraordinário do bem de uso especial ou o seu uso extraordinário, mas também especial. A utilização, independentemente de esse bem ser de uso comum, de uso especial ou dominical, também pode ser privativa

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

Minudenciaremos neste tópico como se dá a utilização dos bens de uso comum, de acordo com a sua natureza, pela população em geral, sem privatividade por quem quer que seja.

Trata-se do uso facultado a todos os cidadãos que se enquadrem na destinação dada ao bem público de uso comum e que atendam às condições necessárias para não turbarem o mesmo uso pelos demais membros da coletividade. Uso geral pelo povo não quer dizer que seja um uso sem disciplina e limites.

Como expõe MARCELLO CAETANO, o uso comum pode ser ordinário, quando de acordo quantitativa e qualitativamente com a destinação normal do bem (ex.: caminhar por uma calçada); ou extraordinário, se implicar uso com intensidade ou quantidade maior do que a ordinária típica do bem. Como exemplos de usos comuns extraordinários podemos citar: o uso da rua para maratona; o trânsito de carreta de peso excepcional por estrada; o rio navegável que é usado para um campeonato de pesca,

impedindo temporariamente a navegação; utilização de praça para um comício.

O uso comum extraordinário é condicionado a remuneração e/ou depende de ato de licença ou de autorização da Administração Pública.

O seu caráter extraordinário não se confunde, no entanto, com o uso privativo. O uso continua sendo comum, mas o usuário tem necessidades especiais em relação ao bem, o que, em uma ponderação dos interesses envolvidos, leva a uma atenuação temporária do uso ordinário do bem de uso comum. É diferente, por exemplo, da pessoa física que ocupa um pedaço da calçada com exclusividade para implantar uma banca de jornal, esse sim, um uso privativo, ainda que acessório, de bem público de uso comum. (capítulo XVII, item XVII.6, p. 925)

Neste tópico detalharemos a **utilização normal dos bens de uso especial**, seguindo a sua destinação e sua natureza.

Alguns autores situam esta utilização como uma espécie autônoma, enquanto outros a colocam como uma espécie de uso comum, sujeito, no entanto, a algumas peculiaridades, consistentes na existência de maiores requisitos para a utilização do bem, requisitos estes que, todavia, são abertos a todos do povo que atenderem às mesmas condições de usuários daqueles serviços.

Apesar de essa opinião ser bem razoável, preferimos o primeiro posicionamento em razão da especificidade dos mencionados requisitos e a geralmente grande limitação do número de cidadãos que podem ter acesso aos bens de uso especial.

A utilização ordinária de bens de uso especial sempre deverá atender às condições de uso necessárias à prestação dos serviços específicos a que se destina (ex.: o acesso a uma escola é restrito aos alunos ali matriculados, aos pais em determinadas circunstâncias, aos servidores lá lotados; o acesso a um estádio de futebol está sujeito à existência de lugares e ao pagamento do ingresso etc.).

Mas, excepcionalmente, poderá, por ato prévio da Administração Pública, ser admitido o uso comum extraordinário do bem de uso especial para finalidade que não constitua o seu escopo principal (ex.: escola usada nos fins de semana para lazer da comunidade) **ou o seu uso extraordinário, mas também especial** (ex.: utilização de estádio de futebol para a realização de concurso público). (capítulo XVII, item XVII.7, p. 927 e 928)

Neste tópico apreciaremos como pode ser outorgada a **utilização privativa de um bem público a determinado particular**, independentemente de esse bem ser de uso comum, de uso especial ou dominical.

Em alguns casos os particulares não se apresentam como usuários anônimos de bens de uso comum ou como usuários de serviços públicos, **mas como indivíduos aos quais se atribui o uso exclusivo da totalidade ou de parte de determinado bem público**. O uso privativo pode incidir sobre bens públicos de uso comum do povo, de uso especial ou dominicais, desde que,

no caso dos dois primeiros, não comprometa a sua destinação principal, salvo se, naturalmente, o próprio bem como um todo for desafetado. (capítulo XVII, item XVII.8, p. 928)

Corrente 4: são duas as classes de utilização de bens públicos: o uso comum e o uso especial. O uso especial pode ser especial remunerado, especial privativo e compartilhado

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

Sob esse aspecto, pode dizer-se que **há duas formas de uso dos bens públicos:**

- a) **o uso comum;** e
- b) **o uso especial.**

Essas duas formas têm delineamentos e fundamentos diversos, o que provoca, como não podia deixar de ser, efeitos também diferenciados. (capítulo 16, item VII, subitem 3, p. 2068-2069)

Uso comum é a utilização de um bem público pelos membros da coletividade sem que haja discriminação entre os usuários, nem consentimento estatal específico para esse fim.

A medida certa para o uso comum está nos bens de uso comum do povo.

Pela sua própria natureza, esses bens são destinados à utilização coletiva, no exercício dos direitos e liberdades individuais em relação aos quais só é vedada a conduta quando a lei expressamente comina essa qualificação. De fato, as praias, as ruas, os mares, os rios, todos esses bens de uso comum do povo são exemplos que prestigiam a hipótese de uso comum.

Mas não são apenas os bens de uso comum do povo que possibilitam o uso comum. Os bens de uso especial também o admitem quando a utilização é processada em conformidade com os fins normais a que se destinam. Por exemplo: as repartições públicas, o edifício da Justiça, os prédios de autarquias e fundações governamentais sujeitam-se, como regra, ao uso comum, porque as pessoas podem ingressar livremente nesses locais, sem necessidade de qualquer autorização especial. (capítulo 16, item VII, subitem 3.1, p. 2069)

Uso especial é a forma de utilização de bens públicos em que o indivíduo se sujeita a regras específicas e consentimento estatal, ou se submete à incidência da obrigação de pagar pelo uso. Há alguma variação de sentido quanto à expressão. Alguns entendem que se trata do uso remunerado do bem. Outros sustentam que o uso especial abrange os dois casos: o uso específico pelo particular e o uso mediante remuneração, o que nos parece mais lógico. **O sentido de uso especial é rigorosamente o inverso do**

significado do uso comum. Enquanto este é indiscriminado e gratuito, aquele não apresenta essas características.

Pela conceituação, verificamos que **uma das formas de uso especial de bens públicos é a do uso remunerado**, aquela em que o administrado sofre algum tipo de ônus, sendo o mais comum o pagamento de certa importância para possibilitar o uso. Esse tipo de uso tem previsão até mesmo no Código Civil, em cujo art. 103 se lê: “O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.”

Embora o texto se refira a uso comum, deve interpretar-se o adjetivo comum como significando que as pessoas em geral têm acesso ao bem. Por isso, quando esse uso comum for retribuído, o acesso é limitado ao pagamento da retribuição, e, se assim é, **passamos a ter forma de uso especial.**

Tanto os bens de uso comum como os de uso especial podem estar sujeitos a uso especial remunerado. O pagamento de pedágio em estradas rodoviárias e em pontes e viadutos é um exemplo de uso especial de bem de uso comum do povo. Um museu de artes pertencente ao Governo, cujo ingresso seja remunerado, é exemplo de bem de uso especial sujeito a uso especial.

Mas o uso especial também se caracteriza quando o bem público é objeto de uso privativo por algum administrado. Como, porém, essas **formas de uso especial privativo** apresentam alguma singularidade, serão elas examinadas em tópico próprio adiante.

[...]

O uso privativo de bem público depende de ato administrativo de consentimento por parte da pessoa pública titular. Fora daí, o uso é irregular. Por tal motivo, quando um imóvel público é irregularmente ocupado, não há que se falar em direito de retenção por eventuais benfeitorias e acessões realizadas pelo ocupante, mesmo que se tenha agido de boa-fé. Descabe, assim, qualquer direito à indenização. (capítulo 16, item VII, subitem 3.2, p. 2070, 2071 e 2072)

Ainda a respeito do **uso especial de bens públicos**, têm sido suscitadas, vez ou outra, questões a respeito do denominado **uso compartilhado** – inclusive no que respeita à remuneração pelo usuário –, **assim considerado aquele em que pessoas públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos, precisam utilizar-se de espaços integrantes de áreas da propriedade de pessoas diversas.** É o caso, por exemplo, do uso de certas áreas para instalação de serviços de energia, de comunicações e de gás canalizado por meio de dutos normalmente implantados no subsolo. Quando se trata de serviços envolvendo pessoas públicas, o problema se resolve através de convênios. Mas quando o prestador do serviço é pessoa de direito privado, mesmo que incluída na administração pública descentralizada, são mais complexas as questões e as soluções. Como regra, porém, podem-se vislumbrar quatro hipóteses nesse caso: [...] (capítulo 16, item VII, subitem 3.3, p. 2072)

Uso privativo, ou uso especial privativo, é o direito de utilização de bens públicos conferido pela Administração a pessoas determinadas, mediante instrumento jurídico específico para tal fim. A outorga pode ser transmitida a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, sabido que inexistente qualquer impeditivo quanto ao usuário do bem. Por outro lado, dada a natureza do uso, é significativamente variável o conteúdo da outorga, e isso porque variáveis são também as situações que a ensejam.

O uso privativo pode alcançar qualquer das três categorias de bens públicos. Suponha-se, para exemplificar, o consentimento dado pelo Poder Público para utilização da calçada por comerciante para a colocação de mesas e cadeiras de bar. Ou certo boxe de mercado produtor pertencente ao Município, para uso privativo de determinado indivíduo. Ou, ainda, um prédio desativado, cujo uso a um particular determinado é autorizado pelo Estado. Estão aí exemplos de bem de uso comum do povo, de uso especial e dominical, todos sujeitos a uso privativo. (capítulo 16, item VII, subitem 4, p. 2079)

Corrente 4.1: são duas as classes de utilização de bens públicos: o uso comum e o uso especial. O uso especial pode ser especial remunerado e especial privativo

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

Considerando-se a natureza dos bens públicos, **a utilização pode ser normal ou comum, mas também pode ser anormal ou especial.**

A utilização normal do bem público ocorre todas as vezes que o bem atende à sua finalidade originária, sendo usufruído por toda a coletividade, sem distinção entre os usuários. Pode-se citar como exemplo, a utilização de vias públicas para a circulação de automóveis, a utilização das praias para passeio. Ocorre que, em determinadas situações, o particular pretende dar destinação diversa a esses bens. Suponha então que, ao invés de passear na praia, um casal pretende realizar sua festa de casamento na praia, ou um grupo pretende fechar a via pública para uma festa de confraternização dos vizinhos. Nesses casos, está-se diante de utilização anormal ou especial. [...]

Quanto à utilização especial ou anormal dos bens públicos, ela ocorre quando o particular pretende utilizar o bem para destinação diversa das regras específicas estipuladas para ele. Exemplo disso é a situação em que determinado cidadão quer fazer um casamento na praia, ou fechar o trânsito de uma rua para organizar a festa de São João, ou ainda, quer espalhar as mesas do seu bar na calçada em frente a ele.

A utilização especial se divide em: **utilização especial remunerada e utilização especial privativa.**

a) **utilização especial remunerada ocorre quando o ente público exige o pagamento de determinado valor para a utilização do bem pela sociedade**, como, por exemplo, a entrada para assistir a um espetáculo em um teatro público, ou o pedágio cobrado para transitar em uma estrada, ou ainda o pagamento de um ticket para visitação de praça. **Para determinados doutrinadores, trata-se de utilização comum, afinal, o bem está sendo utilizado em sua destinação originária.** Contudo, **para fins de provas de concursos, a doutrina majoritária aponta no sentido de se tratar de uma utilização especial**, uma vez que está limitada ao pagamento de retribuição ao poder público.

b) **utilização especial privativa ocorre quando o particular precisa fazer uso do bem sem a interferência de outras pessoas.** É o caso de uma festa de casamento realizada em uma praia, na qual as pessoas não convidadas estão impedidas de utilizar o bem, durante todo o tempo de utilização especial.

Nessas situações, a utilização anormal (chamada de "utilização especial") desses bens fica dependendo da manifestação do Estado que, discricionariamente, deve analisar se a utilização diferenciada de um indivíduo não vai obstar a utilização normal deste bem pelo restante da coletividade.

Com efeito, considerando que o bem deixa de estar à disposição da coletividade, dando ao particular a possibilidade de utilização não compartilhada, **a utilização especial depende de instrumento jurídico específico e válido que manifeste consentimento do poder público.** Como regra geral, esse consentimento é manifestado por meio de institutos precários que admitem a retomada do bem pelo Estado, no entanto, em determinadas situações, o consentimento pode-se manifestar por meio de contrato administrativo, com prazo de duração determinado e garantias ao particular. (capítulo 15, item 6, p.1151 a 1152)

Corrente 5: são três as classes de utilização de bens públicos: o uso comum (ou normal); o uso especial (ou anormal); e o uso compartilhado

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

Consideram-se formas dessa utilização, atentando para os fins naturais do bem, **a utilização normal ou comum, a utilização anormal ou especial e a utilização compartilhada.**

O uso normal ou comum acontece nas hipóteses em que se atende a sua destinação, a finalidade do bem, e pressupõe a sua utilização pelos

membros da coletividade, sem que haja discriminação entre os usuários. Por exemplo, usar a praia para um banho de sol, sentar nos bancos da praça, andar pelas ruas – esses bens é que estão no seu uso normal. Entretanto, se for decidido realizar um luau nessa mesma praia, ou fechar a rua para uma festa, ocorrerá uma utilização anormal ou especial, gerando restrição por não atender ao fim a que se destina o bem, retira-o do uso coletivo, daí por que não pode ser feita de forma livre.

[...]

Em resumo, marcam a utilização comum ou normal a generalidade da utilização do bem, a indiscriminação dos administrados no que toca ao uso do bem, a compatibilização do uso com os fins normais a que se destina e a inexistência de qualquer gravame para permitir a utilização. Portanto, deve ser gratuita para não gerar discriminação em razão da condição econômica do administrado.

A utilização comum se verifica com maior ênfase nos bens de uso comum do povo, mas também é possível nas demais categorias, como os bens de uso especial, a exemplo a utilização de museus, teatros, campos de futebol e nos mercados públicos, bem como dos dominicais.

Consiste em utilização de bem público fora de sua destinação normal, de forma remunerada ou de modo privativo, excluindo assim a generalidade comum para o uso. Sujeita-se a regras específicas e depende da anuência do Poder Público. **A doutrina reconhece duas formas de utilização especial:**

I) utilização especial remunerada, hipótese em que, com base no art. 103 do CC, o administrado submete-se a certo ônus ou encargo, normalmente com o pagamento de um determinado valor para viabilizar o seu uso. Apesar de essa utilização ser tratada como de uso comum, não é a posição que prevalece, considerando que o acesso fica limitado ao pagamento da retribuição, portanto, uso especial. Por exemplo, o pedágio em rodovia ou ponte, a entrada em museus e teatros, além de outros;

II) utilização especial privativa, quando o particular utiliza sozinho o bem, como se fosse o verdadeiro dono.

Assim o uso especial acontece quando o bem se afasta de sua própria destinação, implicando sobrecarga do bem, transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros, demandando um uso exclusivo, exigindo, para tanto, a prévia manifestação administrativa. Para verificar os institutos utilizados nesse caso, vide tópico próprio a seguir (9.1).

Na utilização compartilhada, as pessoas públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos, utilizam-se de bens ou espaços ao mesmo tempo, sem que uma exclua ou impeça o uso da outra. Pode ser constituída por convênio, contrato ou servidão de passagem, conforme a situação concreta. (capítulo 11, item 9, p. 867 e 868)

Considerando que na utilização especial o bem escapa de sua destinação normal e no caso da privacidade deixa de estar à disposição da

coletividade, dando ao particular a possibilidade de usá-lo sozinho (como se fosse dono), **a sua constituição depende do consentimento do Poder Público e se faz por instrumento jurídico específico**. Em tese, são institutos precários, que permitem a retomada pelo Estado, de acordo com o interesse público, entretanto em algumas circunstâncias geram direito à indenização.

Tal utilização com privatividade é possível nos três tipos de bens, tanto no uso comum do povo, como no uso especial e nos dominicais. (capítulo 11, item 9.1, p. 869)

Corrente 6: são quatro as classes de utilização de bens públicos: o uso comum; o uso especial; o uso compartilhado e o uso privativo

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

A doutrina identifica quatro formas principais de uso dos bens públicos: a) **uso comum**; b) **uso especial**; c) **uso compartilhado**; d) **uso privativo**.

[...]

As formas de uso dos bens públicos são:

a) **uso comum: é aquele aberto à coletividade, sem necessidade de autorização estatal**. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou remunerado (art. 103 do CC);

b) **uso especial: utilização submetida a regras específicas e consentimento estatal**. Pode ser gratuito ou remunerado. Exemplo: utilização de rodovia pedagiada;

c) **uso compartilhado: quando pessoas jurídicas públicas ou privadas precisam usar bens pertencentes a outras pessoas governamentais**. Exemplo: instalação, por Estado-membro, de dutos com fios elétricos sob área pública municipal;

d) **uso privativo: quando a utilização do bem público é outorgada temporariamente a determinada pessoa, mediante instrumento jurídico específico, excluindo-se a possibilidade de uso do mesmo bem pelas demais pessoas**. É o caso, por exemplo, de autorização dada pela prefeitura para realização de quermesse em praça pública. Deferida a autorização, fica excluído o uso do mesmo local por outras pessoas durante o período objeto da autorização. O uso privativo tem quatro características fundamentais: privatividade, instrumentalidade formal, discricionariedade, precariedade e regime de direito público. (capítulo 12, item 12.18, p. 1363 e 1364)

Corrente 7: a utilização de bens públicos pode ser comum (ou ordinária) ou especial. A utilização especial comporta o uso extraordinário e anormal

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

A utilização de bens públicos pelos particulares, como é natural, depende do tipo do bem (bem de uso comum, de uso especial e dominical), **mas se propõe em relação a quaisquer destas categorias**. Assim, devem ser discernidas as modalidades de uso, conforme se trate de bem de uma ou outra tipologia. (capítulo XVII, item VII, p. 949)

Importa fixar, de logo, que os bens de uso comum, como o nome o indica, fundamentalmente servem para serem utilizados indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar. Este é o seu uso comum.

Donde, para esta utilização comum, ordinária e correspondente à própria destinação que têm (por exemplo, transitar por uma rua, sentar-se nos bancos de uma praça, tomar sol em uma praia, nadar no mar) **prescinde-se de qualquer ato administrativo que o faculte ou do dever de comunicar previamente à autoridade a intenção de utilizá-los**. Tal aquiescência também é prescindível se o uso, embora não seja o inerente à sua destinação principal, específica, incluir-se entre as destinações secundárias neles comportadas e, demais disto, não for de molde a determinar sobrecarga do bem ou transtorno à igualitária e concorrente utilização dos demais (por exemplo, empinar papagaio em uma praça pública).

O uso do bem nos termos indicados - repita-se - é que é o seu uso comum. Donde, tal uso é que é livre a quaisquer sujeitos, independentemente de manifestação administrativa aquiescente.

[...]

Além do uso comum dos bens de uso comum, isto é, deste uso livre, podem ocorrer hipóteses em que alguém necessite ou pretenda deles fazer usos especiais, ou seja, que se afastem das características dantes apontadas, por implicarem sobrecarga do bem, transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros ou ainda por demandarem até mesmo o desfrute de uma exclusividade no uso sobre parte do bem.

[...]

É o que ocorre perante as seguintes diferentes hipóteses, a saber:

(1) **Quando o uso de tais bens, embora correspondente à destinação específica, principal, que lhes é própria, for extraordinário, isto é, efetuado em condições incomuns, causadoras de incômodos ou transtornos para o uso de terceiros ou onerosas para o próprio bem**. É o que sucede, e.g., quando se trate de transitar nas estradas com veículos

excepcionalmente longos ou que transportem carga de peso excessivo (turbinas, implementos mecânicos de grande porte). Trata-se, aí, bem se vê, de um uso invulgar e que só episódica e excepcionalmente pode ser efetuado, mediante prévia manifestação administrativa concordante, mediante licença ou autorização, conforme o caso. Licença, quando a utilização para quem a solicite, for razoavelmente qualificável como indispensável e autorização quando não tiver tal caráter.

[...]

(2) **Quando a utilização pretendida, embora compatível com as destinações secundárias, comportadas pelo bem, implicar impedimentos à normal utilização concorrente de terceiros segundo a destinação principal do logradouro público.** É o que ocorre no caso de comícios, passeatas e demais manifestações em que deliberadamente se promova grande concentração de pessoas cuja presença, evidentemente, obstará à normalidade do uso do bem pela generalidade das pessoas.

[...]

(3) **Quando o uso do bem, comportado em suas destinações secundárias, compatível, portanto, com sua destinação principal e até mesmo propiciando uma serventia para a coletividade, implicar ocupação de parte dele com caráter de exclusividade em relação ao uso propiciado pela sobredita ocupação.** É o caso de quiosques para venda de cigarros ou refrigerantes, de bancas de jornais ou de utilização das calçadas para colocação de mesinhas diante de bares ou restaurantes. Nestas hipóteses a sobredita utilização depende de permissão de uso de bem público.

[...]

(4) **Quando a utilização do bem de uso comum for anormal, por excluirlo, embora transitória e episodicamente, de suas destinações próprias, em vista de proporcionar, ocasionalmente, um uso comportado pelas características físicas do bem, mas diverso de suas jurídicas destinações.** É o que ocorre quando há fechamento de vias públicas para realização de corridas de pedestrianismo, ciclísticas ou automobilísticas, com a temporária exclusão explícita de sua utilização pelos demais usuários. Para utilizações deste gênero é necessária autorização administrativa.

Como os bens de uso especial são aqueles onde estão instaladas repartições públicas, compreende-se que, como regra, **o uso que as pessoas podem deles fazer é o que corresponda às condições de prestação do serviço ali sediado.** Assim, e.g., o acesso a um museu, a um teatro, a um campo de futebol ou ginásio esportivo públicos dar-se-á nos termos regentes da utilização dos serviços.

Sem embargo, casos há em que os administrados podem obter um uso exclusivo sobre partes das áreas de bens de uso especial, por ser esta justamente a destinação das sobreditas áreas. É o que se passa nos mercados públicos e centros de abastecimento. O Poder Público, então, defere, mediante licitação, permissão de uso ou concessão de uso destes "boxes" onde se instalarão os comerciantes interessados.

[...]

A utilização por particulares, em caráter exclusivo, de bens dominicais pode resultar de diferentes atos jurídicos. A saber: locação, arrendamento, comodato, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial, a autorização de uso e enfiteuse. (capítulo XVII, item VII, p. 950 a 954)

Corrente 8: o uso do bem público pode ser normal (ou ordinário) e anormal (ou extraordinário). Há também o uso de modo privativo ou exacerbado

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

Como ensina Hely Lopes Meirelles, os usuários do bem comum do povo "são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade - *uti universi* -, razão pela qual ninguém tem o direito de uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem". Em tais casos, costuma-se aludir ao **uso ordinário do bem público**. **Corresponde à fruição das utilidades propiciadas pelo bem em igualdade de condições com todos os demais cidadãos, sem a exclusão de idêntico benefício ser obtido por outrem e sem a obtenção de vantagens econômicas apropriáveis egoisticamente.**

No entanto, há hipóteses em que se admite a **fruição privativa por um sujeito, com exclusão da possibilidade de outros sujeitos obterem idêntico benefício**. Costuma-se utilizar a expressão "**uso extraordinário do bem público de uso comum do povo para indicar esses casos**", hipótese que será examinada adiante. (p. 645)

A natureza funcional do vínculo mantido entre o Estado e os bens públicos norteia sua utilização. Em princípio, os bens devem ser utilizados de acordo com as suas características, em vista da satisfação das necessidades coletivas atribuídas ao Estado. Daí se segue que **o regime de uso do bem público pelo particular varia em vista da espécie de bem de que se trate.**

A regra é que **os bens de uso comum do povo sejam utilizáveis por todos do povo**, diversamente do que se passa com os bens de uso especial. Quanto a esses, a regra é a **utilização exclusiva pela Administração Pública**. Por fim, **os bens dominicais** podem ser utilizados pela Administração inclusive para obtenção de resultados econômicos, o que supõe a **possibilidade de uso pelos particulares**. (p. 645)

A fruição de bens públicos por particulares faz-se, então, de acordo com o princípio da proporcionalidade, observando-se os padrões da adequação, necessidade e respeito aos valores fundamentais. **Costuma-se qualificar esse tipo de uso como normal ou ordinário.** (p. 646)

As considerações anteriores não significam a vedação absoluta ao uso anormal ou extraordinário de bens públicos por particulares. Assim se configurará quando o particular fruir do bem público de modo a excluir idêntico benefício para outrem, em situação de absoluta igualdade. Uma manifestação mais intensa de anormalidade e extraordinariedade se verifica quando o sujeito privado se vale de um bem público para a obtenção de vantagens econômicas.

A terminologia uso anormal ou extraordinário abarca amplamente todos os casos em que a fruição por um ou mais particulares apresentar características qualitativas ou quantitativas que escapem ao padrão usual. (p. 646)

A autorização de uso consiste em ato administrativo unilateral e precário, pelo qual a Administração Pública atribui a um particular a faculdade de **usar transitoriamente um bem público de modo privativo ou exacerbado**.

[...]

A referência a uso exacerbado ou extraordinário indica os casos em que, embora a utilização pelo particular não se configure como privativa, apresenta características de anormalidade e é apta a prejudicar os terceiros ou o próprio bem. Celso Antônio Bandeira de Mello lembra a hipótese de trânsito em rodovia com veículo excepcionalmente longo ou de peso excessivo. (p. 653)

Não abordam

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

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

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

Conclusão

Classes de utilização dos bens públicos

Corrente 1: quanto à conformidade com a destinação principal: uso normal ou anormal. Quanto ao critério de exclusividade: uso comum (ordinário ou extraordinário) ou privativo (especial) (MSZDP; DCJ)

Corrente 2: são três as classes de utilização de bens públicos: a utilização comum (ordinária ou extraordinária); a utilização especial e a utilização privativa (DFMN; RCRO)

Corrente 3: a utilização dos bens de uso comum pode ser ordinária ou extraordinária. A utilização dos bens de uso especial pode ser ordinária, admitindo-se o uso comum extraordinário do bem de uso especial ou o seu uso extraordinário, mas também especial. A utilização, independentemente de esse bem ser de uso comum, de uso especial ou dominical, também pode ser privativa (ASA)

Corrente 4: são duas as classes de utilização de bens públicos: o uso comum e o uso especial. O uso especial pode ser especial remunerado, especial privativo e compartilhado (JSCF)

Corrente 4.1: são duas as classes de utilização de bens públicos: o uso comum e o uso especial. O uso especial pode ser especial remunerado e especial privativo (MC)

Corrente 5: são três as classes de utilização de bens públicos: o uso comum (ou normal); o uso especial (ou anormal); e o uso compartilhado (FM)

Corrente 6: são quatro as classes de utilização de bens públicos: o uso comum; o uso especial; o uso compartilhado e o uso privativo (AM)

Corrente 7: a utilização de bens públicos pode ser comum (ou ordinária) ou especial. A utilização especial comporta o uso extraordinário e anormal (CABM)

Corrente 8: o uso do bem público pode ser normal (ou ordinário) e anormal (ou extraordinário). Há também o uso de modo privativo ou exacerbado (MJF)

Não abordam (MA e VP; OM; IPN)

DIVERGÊNCIA 089 - Permissão e autorização do uso de bem público são ou não fungíveis

Corrente 1: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis

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

Autorização de uso de bem público é o ato unilateral pelo qual a autoridade administrativa faculta o uso de bem público para utilização episódica de curta duração.

[...]

Permissão de uso de bem público é o ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público. Sempre que possível, será outorgada mediante licitação ou, no mínimo, com obediência a procedimento em que se assegure tratamento isonômico aos administrados (como, por exemplo, outorga na conformidade de ordem de inscrição). Foi dito "sempre que possível", pois, em certos casos, evidentemente, não haveria como efetuar-la. Sirva de exemplo a já mencionada hipótese de solicitação, feita por quem explore bar ou restaurante, para instalar mesinhas na calçada lindeira ao estabelecimento. (capítulo XVII, item VII, p. 952 e 953)

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

A autorização, a permissão e a concessão de uso representam os meios mais comuns e clássicos pelos quais é consentido que os particulares utilizem privativamente bens públicos. Outros instrumentos, empregados com menos frequência, existem no ordenamento pátrio.

a) **Autorização de uso** – É o ato administrativo discricionário e precário, pelo qual a Administração consente que um particular utilize privativamente um bem público. Pode incidir sobre qualquer tipo de bem. De regra, o prazo de uso é curto; poucas e simples são suas normas disciplinadoras; **independe de autorização legislativa e licitação**; pode ser revogada a qualquer tempo. Exemplos: uso de área municipal para instalação de circo, para formar canteiro de obra pública.

b) **Permissão de uso** – É o ato administrativo discricionário e precário pelo qual se atribui ao particular o uso privativo de bem público. Em geral, a permissão se aplica a usos privativos não conformes à real destinação do bem, mas compatíveis, por exemplo: bancas de jornais em ruas, mesas e

cadeiras em frente a restaurantes e bares. Qualquer tipo de bem público poderá ser objeto de permissão de uso; independe de autorização legislativa; **quanto à licitação, embora de regra não se exija, melhor parece efetuar o certame se o caso comportar disputa entre interessados, propiciandose, desse modo, igualdade de oportunidade e evitando-se favoritismos.** O art. 17, I, f, da Lei nº 8.666/1993 dispensa de licitação a permissão de uso de bens imóveis construídos, destinados ou efetivamente utilizados para programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração criados para esse fim. Pode ser outorgada com prazo determinado ou indeterminado; tratando-se de permissão com prazo determinado, se for revogada por interesse público, sem motivos oriundos do permissionário, este deverá ser indenizado. (capítulo 12, item 12.8.2, p. 252 e 253)

Corrente 1.1: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pela natureza transitória (ou não) da utilização pretendida pelo particular

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

A autorização de uso consiste em ato administrativo unilateral e precário, pelo qual a Administração Pública atribui **a um particular a faculdade de usar transitoriamente um bem público** de modo privativo ou exacerbado. (p. 653)

A permissão de uso consiste em ato unilateral e discricionário, pelo qual a Administração Pública atribui a um particular **a faculdade de usar continuamente um bem público**, de modo privativo ou diferenciado.

Grande parte das considerações realizadas a propósito da autorização se aplica à permissão de uso. **A distinção entre a autorização e a permissão de uso reside em que aquela se destina a uso episódico e eventual, enquanto a permissão se relaciona com o uso continuado do bem público.** Mas ambos os institutos envolvem o exercício de competência discricionária, o que acarreta, inclusive, a ausência de necessidade de licitação.

[...]

Não se afigura cabível estabelecer distinção entre autorização de uso e permissão de uso fundada no interesse do particular. É problemático afirmar que a autorização é aplicável nos casos em que o bem público se destina a satisfazer o interesse do autorizado e que a permissão é instrumento de produção do interesse coletivo. Em todos os casos, o particular busca realizar um interesse predominantemente não estatal, ainda que a atuação por ele pretendida deva ser compatível com o bem comum.

[...]

O ponto nodal da diferença reside na natureza transitória ou não da utilização pretendida pelo particular. Quanto menos transitória for a utilização pretendida, tanto maior deverá ser o grau de compatibilidade entre a fruição privativa e as necessidades coletivas.

Assim, pode-se admitir que uma instituição pleiteie autorização para realizar festividade que impeça o tráfego em uma via pública durante algumas horas. Mas é pouco concebível admitir permissão para instalar um restaurante numa rua e impedir o tráfego na via pública durante meses. (p. 653-654)

Corrente 1.2: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado)

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

Com a Constituição de 1988, o direito positivo desligou-se da tradição doutrinária e, exorbitantemente, assimilou a permissão de serviços públicos à concessão (CF, art. 175, parágrafo único, I), mantendo-se, todavia, parcialmente intacta **a permissão, enquanto ato unilateral hábil para instrumentar a transferência precária da utilização de bens públicos.**

Não se confunda, todavia, a permissão com autorização: enquanto esta é outorgada para satisfazer predominante interesse do particular, a permissão pressupõe o atendimento conjunto e simultâneo do interesse privado e do interesse público posto a cargo do permitente. (capítulo XI, item 80.1.3, p. 388)

Corrente 1.3: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado) e pela faculdade ou obrigação de uso

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

É ato negocial, unilateral e discricionário, pelo qual a Administração faculta, a título precário, que **o particular se utilize de bem público com exclusividade.**

A utilização do bem, neste caso, é conferida no interesse privado do particular-utente. Está sujeita à autorização de uso, por exemplo, a requisição do particular de uso de terreno baldio de ente federativo para realização do evento. (capítulo 13, item 13.6.1, p. 324)

Permissão de uso de bem público é ato negocial, unilateral e discricionário pelo qual a Administração consente que **o particular se utilize de bem público no interesse próprio e também coletivo.**

A utilização do bem é de interesse da coletividade que frui certas vantagens do uso, que se assemelha a um serviço de utilidade, por isso podem haver obrigações a serem assumidas pelo permissionário.

[...]

Uma vez conferida a permissão ao particular, este tem obrigação, e não faculdade (como no caso da autorização), de utilizar o bem, sob pena de caducidade, pois ela envolve interesse público. (capítulo 13, item 13.6.2, p. 324)

Corrente 1.4: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado) e pela exigência (ou não) de licitação

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

- **Autorização de uso:** é ato discricionário e precário, **independente de licitação prévia**, por meio da qual o Estado permite a utilização anormal ou privativa de um bem público pelo particular, **concedida eminentemente no interesse deste**, desde que, por óbvio, não cause prejuízos ao interesse da coletividade. Podem ser citados, como exemplos, o fechamento de uma rua para eventos festivos ou a utilização da praia para realização de casamento ou festa privada.

A característica da discricionariedade decorre do fato de que este ato é realizado pelo ente público, no exercício do poder discricionário, com margem de escolha, dentro dos limites da lei, por meio de critérios de oportunidade e conveniência administrativas. Ou seja, compete ao agente público, no caso concreto, analisar se a utilização anormal ora admitida não causará transtornos ao resto da coletividade.

A característica da precariedade enseja a possibilidade de extinção de tal ato, por motivo de interesse público, sem a necessidade de indenização ao particular beneficiado. O ato de autorização não depende de procedimento licitatório prévio e pode ser feito a título gratuito ou oneroso.

- **Permissão de uso:** é ato discricionário e precário, **dependente de licitação prévia**, por meio da qual o Estado permite a utilização anormal ou privativa de um bem público pelo particular, **concedida eminentemente no interesse público**. Os exemplos a serem citados passam por Stands em feiras de artesanatos ou bancas de revistas em calçadas, em que estão presentes os interesses de difusão de cultura ou direito à informação.

Não obstante sua natureza jurídica de ato administrativo, sempre que possível, a permissão de uso deve ser precedida de procedimento licitatório e, se o ato previr termo final, perde o caráter de precariedade, porque o prazo enseja garantia de duração ao particular. Dessa forma, caso seja extinta antes do prazo apostado, no próprio ato, enseja indenização ao particular. É o que se denomina permissão condicionada.

Obs.: **Alguns doutrinadores defendem que a diferença entre permissão e autorização não reside no interesse público ou não do ato, mas sim da transitoriedade**, sendo que a autorização seria utilizada para situações mais transitórias e a permissão para situações que têm maior duração. (capítulo 15, item 6.1, p. 1152 e 1153)

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

Cuida-se de um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, por meio do qual o Estado faculta a alguém o uso privativo de bens públicos **para atender a interesse predominantemente particular da pessoa**. A autorização é discricionária porque pode ser deferida ou indeferida, segundo a conveniência e oportunidade da Administração. É precária porque pode ser revogada a qualquer momento pela Administração, sem ensejar indenização. Em razão disso, apresenta-se como a mais precária das formas de utilização de bem público, pois além de não gerar indenização, **não se exige licitação**. A autorização pode ser simples, ou seja, sem prazo, ou qualificada (também chamada condicionada), quando se fixa prazo. Quando a autorização for qualificada, se a Administração Pública não cumprir o termo ou a condição estabelecida, a sua revogação, com a violação das condições fixadas, poderá gerar indenização pelos prejuízos efetivamente suportados pelo particular. Ressalte-se que o particular não tem direito de exigir a permanência do ato, porque ele é precário, mas terá direito à indenização, em face dos danos verificados. A autorização pode ser gratuita ou onerosa. (capítulo IX, item 4.2.1.1, p. 399)

É ato administrativo também discricionário e precário em virtude do qual se franqueia a alguém o uso privativo de bens públicos. **Distingue-se da autorização, porque a permissão é empregada para atender interesse predominantemente público. Ademais, exige, em regra, licitação**, salvo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade. Pode ser gratuita ou onerosa e obriga o interessado a utilizar o bem para o fim predeterminado, sob pena de ser revogada a permissão. Em geral, a permissão é o título mais adequado para o uso privativo anormal do bem, isto é, para o uso privativo não conforme a destinação principal do bem, mas com ela compatível. O particular não pode se opor à sua revogação devido a precariedade do ato, mas poderá pleitear indenização pelos danos que vier a sofrer em decorrência desta revogação. (capítulo IX, item 4.2.1.2, p. 399)

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

Os principais instrumentos de outorga do uso privativo de bens públicos são:

a) autorização de uso de bem público: é o ato administrativo unilateral, discricionário, precário e **sem licitação** por meio do qual o Poder Público faculta o uso de bem público **a determinado particular em atenção a interesse predominantemente privado**. Exemplos: fechamento de rua para realização de quermesse; autorização para instalação de mesas de bar na calçada; autorização para camelô; banca de jornal. Em regra, a autorização é deferida por prazo indeterminado, o que se relaciona ao seu caráter precário, isto é, a autorização pode ser revogada a qualquer tempo sem qualquer indenização ao autorizatário. Entretanto, na hipótese de ser outorgada autorização por prazo determinado, sua revogação antecipada enseja indenização ao particular prejudicado. Não é necessária lei para outorga da autorização porque desta não decorrem direitos, exceto o direito de exercitar a atividade autorizada;

b) permissão de uso de bem público: é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual o Poder Público defere o uso privativo de bem público **a determinado particular em atenção a interesse predominantemente público**. **Ao contrário da autorização que faculta o uso da área, na permissão existe uma obrigatoriedade na utilização do bem público objeto da permissão**. Nos termos do disposto no art. 2º da Lei n. 8.666/93, **a outorga de permissão pressupõe a realização de licitação**. O certo é que a outorga da permissão pode-se dar por meio de qualquer uma das modalidades licitatórias previstas na Lei n. 8.666/93. Como regra, a permissão é deferida por prazo indeterminado, podendo ser revogada a qualquer tempo sem ensejar dever de indenizar o permissionário. Entretanto, na hipótese rara de a permissão ser outorgada por prazo determinado, mitigando sua natureza precária, a revogação antecipada gera direito à indenização diante da expectativa frustrada do permissionário de permanecer na área pública pelo prazo anunciado pela Administração. O art. 22 da Lei n. 9.636/98, que dispõe sobre a administração de bens da União, oferece exemplos de permissão de uso: “A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União”; (capítulo 12, item 12.19, p. 1365-1366)

Corrente 1.5: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pelo grau de incidência de precariedade e pela faculdade ou obrigação de uso

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

O que acaba de ser exposto permite ser estabelecida mais nítida comparação entre autorização e permissão de uso. Ambas têm a natureza de ato administrativo unilateral, discricionário e precário.

Nas duas hipóteses, o uso pode ser gratuito ou oneroso, por tempo determinado (permissão ou autorização qualificada) ou indeterminado (permissão ou autorização simples).

Três diferenças podem ser assinaladas, em face do direito positivo brasileiro:

- 1. enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo;**
- 2. dessa primeira diferença decorre outra, relativa à precariedade. Esse traço existe em ambas as modalidades, contudo é mais acentuado na autorização, justamente pelas finalidades de interesse individual; no caso da permissão, que é dada por razões de predominante interesse público, é menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público;**
- 3. a autorização, sendo dada no interesse do usuário, cria para este uma faculdade de uso, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominantemente público, obriga o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.** (capítulo 16, item 16.6.3.3, p. 1584)

Corrente 1.6: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pela faculdade ou obrigação de uso e pela precedência de licitação

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

A doutrina aponta como elementos distintivos entre a autorização e a permissão de uso de bem público:

- a) na permissão é mais relevante o interesse público, enquanto na autorização ele é apenas indireto, mediato e secundário;**

b) em razão desse fato, **na permissão o uso do bem**, com a destinação para a qual foi permitido, **é obrigatório**; **na autorização o uso é facultativo**, a critério do particular;

c) **em algumas situações poderá ser necessária a realização de licitação previamente à outorga de permissão de uso de bem público; a autorização de uso de bem público não é precedida de licitação.** (capítulo 15, item 6, p. 1102-1103)

Corrente 1.7: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pelo grau de incidência de precariedade e exigência de licitação

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

A principal diferença entre a autorização e a permissão de uso é que aquela atende principalmente ao interesse do particular, não sendo a utilização privada do interesse público, mas apenas com ele compatível, **enquanto a utilização objeto da permissão de uso é em si de interesse da coletividade**, que irá fruir certas vantagens do uso permitido ao particular (ex.: bancas de jornal, vestiários em praias etc.). Por essa razão (interesse predominantemente público), o particular é obrigado a dar ao bem público a utilização permitida; não se trata, ao contrário do caso da autorização de uso, de mera faculdade sua.

Em razão do mesmo interesse público – preponderante nas permissões de uso –, **diz-se que a permissão seria menos precária que a autorização de uso**, mas sem alcançar a estabilidade da concessão de uso, que já é um contrato.

[...]

Quanto à obrigatoriedade de licitação, o art. 2º da Lei n. 8.666/93 inclui na disciplina licitatória as permissões e se omite quanto às autorizações.

CARLOS ARI SUNDFELD entende que a previsão das permissões que não forem de serviço público só pode ser aplicável à União, que não possui competência para editar normas gerais nacionais (válidas também para os outros entes) sobre atos administrativos, mas apenas para contratos administrativos. (capítulo XVII, item XVII.8.1.2, p. 935 a 937)

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

A autorização de uso de bem público é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público permite a utilização especial de bem por um particular de modo privativo, atendendo ao interesse privado, mas, é claro, sem prejudicar o interesse público. Por

exemplo, o uso de terrenos baldios para estacionamento, para retirada de água de fontes não abertas ao público, fechamento de ruas para festas comunitárias.

[...]

A sua formalização deve ser feita por escrito, sem maiores detalhes, **independendo de licitação** e de lei autorizadora. Pode ser em caráter gratuito ou oneroso.

[...]

A permissão de uso de bem público também é um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, em que a Administração autoriza que certa pessoa utilize privativamente um bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado.

Tal instrumento normalmente é utilizado para situações mais seguras do que as presentes nas autorizações, porque contam com um menor grau de precariedade, mas ainda assim podem ser desfeitas sem grandes comprometimentos. Por exemplo, as bancas de revista, as mesinhas nas calçadas, as feiras de artesanato em praças públicas. Vale ressaltar que a doutrina diverge bastante quanto aos exemplos, considerando que não há um rol para a aplicação de cada um deles, a escolha fica a critério do Administrador, observando, é claro, o interesse do mercado, em razão do binômio investimento e precariedade.

O procedimento licitatório deve acontecer sempre que possível, especialmente quando existirem inúmeros interessados. (capítulo 11, item 9.1, p. 869 e 870)

Corrente 2: permissão e autorização do uso de bem público são fungíveis

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

O delineamento jurídico do ato de permissão de uso guarda visível semelhança com o de autorização de uso. São realmente muito assemelhados. A distinção entre ambos está na predominância, ou não, dos interesses em jogo. Na autorização de uso, o interesse que predomina é o privado, conquanto haja interesse público como pano de fundo. Na permissão de uso, os interesses são nivelados: a Administração tem algum interesse público na exploração do bem pelo particular, e este tem intuito lucrativo na utilização privativa do bem. Esse é que nos parece ser o ponto distintivo.

Quanto ao resto, são idênticas as características. Trata-se de ato unilateral, discricionário e precário, pelas mesmas razões que apontamos para a autorização de uso.

[...]

A grande verdade – esta a que nos convence atualmente – reside na conveniência de **considerar-se prejudicada, por inócua e imprecisa, a**

clássica distinção entre permissão e autorização de uso, e isso a começar pelo significado dos termos, já que quem autoriza é porque permite, sendo verdadeira a recíproca. Ambos são atos administrativos, em regra discricionários e precários, como vimos, revestem-se da mesma fisionomia jurídica e se sujeitam aos mesmos efeitos jurídicos quanto à outorga, eficácia e revogação. A questão do interesse predominante – se público ou privado – nem sempre é suficientemente clara e, ao que temos visto, tem dado ensejo a distorções quanto à configuração do ato.

Em suma, parece-nos hoje que o melhor e mais lógico seria uniformizar os atos sob um único rótulo – seja autorização, seja permissão de uso –, visto que a distinção atual causa aos estudiosos mais hesitações do que precisão quanto à qualificação jurídica. Como sistema, o correto seria adotar classificação básica dicotômica quanto a referidos atos de consentimento: de um lado, a autorização de uso (ou permissão de uso), caracterizada como ato administrativo, e de outro a concessão de uso, com a natureza de contrato administrativo. (capítulo 16, item VIII, subitem 4.2, p. 2085, 2086 e 2087)

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

A permissão de uso é o ato administrativo, discricionário e precário, por meio do qual a Administração Pública consente com a utilização privativa de determinado bem público (ex.: permissão para instalação de bancas de jornal em imóveis públicos).

Assim como ocorre com a autorização de uso, a permissão de uso de bem público é discricionária e precária. De acordo com a doutrina tradicional, enquanto na autorização predomina o interesse privado do autorizatário, na permissão o interesse do permissionário e o interesse público são satisfeitos com igual intensidade.

Discordamos, todavia, da sobredita distinção que não acarreta qualquer consequência prática ou jurídica. **A autorização e a permissão de uso de bem público são instrumentos jurídicos equivalentes que possuem, na essência, as mesmas características: discricionariedade e precariedade.** É irrelevante, a nosso sentir, a distinção doutrinária que leva em consideração a predominância do interesse satisfeito, mesmo porque o interesse público sempre será o Norte de qualquer ação administrativa, **razão pela qual a autorização e a permissão podem ser consideradas fungíveis.** (capítulo 22, item 22.7.2, p. 1209-1210)

Conclusão

Permissão e autorização do uso de bem público são ou não fungíveis

Corrente 1: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis (CABM; OM)

Corrente 1.1: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pela natureza transitória (ou não) da utilização pretendida pelo particular (MJF)

Corrente 1.2: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado) (DFMN)

Corrente 1.3: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado) e pela faculdade ou obrigação de uso (IPN)

Corrente 1.4: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado) e pela exigência (ou não) de licitação (MC; DCJ; AM)

Corrente 1.5: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pelo grau de incidência de precariedade e pela faculdade ou obrigação de uso (MSZDP)

Corrente 1.6: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pela faculdade ou obrigação de uso e pela precedência de licitação (MA e VP)

Corrente 1.7: permissão e autorização do uso de bem público não são fungíveis. Diferenciam-se pelo interesse predominante (público ou privado), pelo grau de incidência de precariedade e exigência de licitação (ASA; FM)

Corrente 2: permissão e autorização do uso de bem público são fungíveis (JSCF; RCRO)

DIVERGÊNCIA 090 - Obrigatoriedade de licitação na permissão de uso

Corrente 1: inexistência de obrigatoriedade de licitação na permissão de uso

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

A permissão de uso de bem público é também um ato administrativo discricionário e precário. Ela pode ser outorgada com ou sem fixação de prazo de duração - e pode estar relacionada a situações de caráter permanente ou de duração breve.

Existe controvérsia na doutrina sobre o cabimento de licitação prévia à outorga de permissão de uso de bem público.

O art. 2º da Lei 8.666/1993 estabelece que permissões "contratadas com terceiros" devem ser precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade legalmente previstas. **A redação do dispositivo enseja a interpretação de que a norma nele contida só seria aplicável às permissões de serviços públicos - que, incontroversamente, são contratos administrativos sempre sujeitos a licitação prévia-, mas não às permissões de uso de bem público, que são atos administrativos (e, portanto, não são propriamente "contratadas").**

O art. 31 da Lei 9.074/1995 parece respaldar a possibilidade de haver licitação previamente à permissão de uso de bem público. **Entretanto, ele não esclarece se esse procedimento seria obrigatório, ou mesmo se a regra geral seria a sua realização.**

A nosso ver, a regra geral deve ser a não realização de licitação para a outorga de permissão de uso de bem público. Não obstante, em situações nas quais haja dois ou mais interessados no uso de um bem público determinado, igualmente qualificados, e não seja possível contemplar a todos com a outorga da permissão almejada, mostra-se evidente a necessidade de a administração promover uma licitação, ou algum procedimento equivalente, a fim de atender aos inafastáveis postulados da isonomia, da impessoalidade e da moralidade administrativa, dentre outros, a que se encontra submetida. (capítulo 15, item 6, p. 1143)

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

Quanto à exigência de licitação, deve entender-se necessária sempre que for possível e houver mais de um interessado na utilização do bem, evitando-se favorecimentos ou preterições ilegítimas. Em alguns casos especiais, porém, a licitação será inexigível, como, por exemplo, a

permissão de uso de calçada em frente a um bar, restaurante ou sorveteria. Registre-se, por oportuno, que as permissões de uso de bens imóveis residenciais e de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² estão entre os casos de dispensa de licitação quando estiverem inseridas em programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos pela Administração Pública (capítulo 16, item VIII, subitem 4.2, p. 2086)

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

A autorização, a permissão e a concessão de uso representam os meios mais comuns e clássicos pelos quais é consentido que os particulares utilizem privativamente bens públicos. Outros instrumentos, empregados com menos frequência, existem no ordenamento pátrio.

[...]

b) Permissão de uso – É o ato administrativo discricionário e precário pelo qual se atribui ao particular o uso privativo de bem público. Em geral, a permissão se aplica a usos privativos não conformes à real destinação do bem, mas compatíveis, por exemplo: bancas de jornais em ruas, mesas e cadeiras em frente a restaurantes e bares. Qualquer tipo de bem público poderá ser objeto de permissão de uso; independe de autorização legislativa; **quanto à licitação, embora de regra não se exija, melhor parece efetuar o certame se o caso comportar disputa entre interessados, propiciandose, desse modo, igualdade de oportunidade e evitando-se favoritismos.** O art. 17, I, f, da Lei nº 8.666/1993 dispensa de licitação a permissão de uso de bens imóveis construídos, destinados ou efetivamente utilizados para programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração criados para esse fim. Pode ser outorgada com prazo determinado ou indeterminado; tratando-se de permissão com prazo determinado, se for revogada por interesse público, sem motivos oriundos do permissionário, este deverá ser indenizado. (capítulo 12, item 12.8.2, p. 252 e 253)

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

Grande parte das considerações realizadas a propósito da autorização se aplica à permissão de uso. A distinção entre a autorização e a permissão de uso reside em que aquela se destina a uso episódico e eventual, enquanto a permissão se relaciona com o uso continuado do bem público. **Mas ambos os institutos envolvem o exercício de competência discricionária, o que**

acarreta, inclusive, a ausência de necessidade de licitação. (capítulo 15, item 15.14.1.2, p. 653)

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

Permissão de uso de bem público é o ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público. Sempre que possível, será outorgada mediante licitação ou, no mínimo, com obediência a procedimento em que se assegure tratamento isonômico aos administrados (como, por exemplo, outorga na conformidade de ordem de inscrição). **Foi dito "sempre que possível", pois, em certos casos, evidentemente, não haveria como efetuar-la.** Sirva de exemplo a já mencionada hipótese de solicitação, feita por quem explore bar ou restaurante, para instalar mesinhas na calçada lindeira ao estabelecimento. (capítulo XVII, item VII, p. 952 e 953)

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

A permissão de uso de bem público também é um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, em que a Administração autoriza que certa pessoa utilize privativamente um bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado.

[...]

O procedimento licitatório deve acontecer sempre que possível, especialmente quando existirem inúmeros interessados. (capítulo 11, item 9.1, p. 870)

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

i) o fomento pelo Poder Público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, **mediante permissão de uso, com dispensa de licitação** (art. 12); (capítulo 11, item 11.6, p. 1167)

Quanto aos Estados e Municípios, eles dispõem de competência própria para legislar a respeito das organizações sociais, não sendo obrigados a adotar o modelo federal. O artigo 15 da Lei nº 9.637/98 estende os efeitos dos artigos 11 (declaração como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais) e 12, § 3º (**permissão de uso de bens públicos, com dispensa de licitação**), “quando houver reciprocidade e desde que a

legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal”. (capítulo 11, item 11.6, p. 1176)

A diferença entre os dois institutos estará apenas na formação do ato, pois a permissão se constitui por ato unilateral e, a concessão, por contrato precedido de autorização legislativa e licitação. Quanto aos efeitos, não existe diferença porque em um e outro caso surgem obrigações recíprocas para ambas as partes: para o usuário, a obrigação de utilizar a coisa de acordo com as condições estabelecidas no ato de outorga e, para a Administração, a obrigação de respeitar o uso objeto da permissão qualificada por todo tempo previamente delimitado. Além disso, na concessão, é comum a outorga de maiores poderes de natureza pública ao concessionário. **O que não é viável é utilizar-se a permissão, quando seria caso de concessão, apenas para burlar a exigência de autorização legislativa e licitação, não cabível na permissão.** (capítulo 16, item 16.6.3.3, p. 1585)

Corrente 2: existe obrigatoriedade de licitação na permissão de uso

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

Os principais instrumentos de outorga do uso privativo de bens públicos são: [...]

b) **permissão de uso de bem público:** é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual o Poder Público defere o uso privativo de bem público a determinado particular em atenção a interesse predominantemente público. Ao contrário da autorização que faculta o uso da área, na permissão existe uma obrigatoriedade na utilização do bem público objeto da permissão. Nos termos do disposto no art. 2º da Lei n. 8.666/93, **a outorga de permissão pressupõe a realização de licitação. O certo é que a outorga da permissão pode-se dar por meio de qualquer uma das modalidades licitatórias previstas na Lei n. 8.666/93.** Como regra, a permissão é deferida por prazo indeterminado, podendo ser revogada a qualquer tempo sem ensejar dever de indenizar o permissionário. Entretanto, na hipótese rara de a permissão ser outorgada por prazo determinado, mitigando sua natureza precária, a revogação antecipada gera direito à indenização diante da expectativa frustrada do permissionário de permanecer na área pública pelo prazo anunciado pela Administração. O art. 22 da Lei n. 9.636/98, que dispõe sobre a administração de bens da União, oferece exemplos de permissão de uso: “A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União”; (capítulo 12, item 12.19, p. 1365 e 1366)

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

Para dirimir as dúvidas porventura existentes, serão apresentadas a seguir as diferenças entre elas. Vejamos.

[...]

Para a doutrina mais moderna, a autorização de uso é concedida, no interesse do particular, enquanto a permissão é sempre concedida no interesse público. **Saliente-se ainda que a permissão de uso, não obstante tenha natureza de ato discricionário, deve ser precedida de licitação.** (capítulo 5, item 9.3, p. 308)

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

Quanto à obrigatoriedade de licitação, o art. 2º da Lei n. 8.666/93 inclui na disciplina licitatória as permissões e se omite quanto às autorizações. CARLOS ARI SUNDFELD entende que a previsão das permissões que não forem de serviço público só pode ser aplicável à União, que não possui competência para editar normas gerais nacionais (válidas também para os outros entes) sobre atos administrativos, mas apenas para contratos administrativos. (capítulo XVII, item XVII.8.1.2, p. 937)

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

É ato administrativo também discricionário e precário em virtude do qual se franqueia a alguém o uso privativo de bens públicos. **Distingue-se da autorização, porque a permissão é empregada para atender interesse predominantemente público. Ademais, exige, em regra, licitação**, salvo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade. Pode ser gratuita ou onerosa e obriga o interessado a utilizar o bem para o fim predeterminado, sob pena de ser revogada a permissão. Em geral, a permissão é o título mais adequado para o uso privativo anormal do bem, isto é, para o uso privativo não conforme a destinação principal do bem, mas com ela compatível. O particular não pode se opor à sua revogação devido a precariedade do ato, mas poderá pleitear indenização pelos danos que vier a sofrer em decorrência desta revogação. (capítulo IX, item 4.2.1.2, p. 399)

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

A edição do ato de permissão simples, sem prazo ou condições especiais, deve respeitar o princípio da impessoalidade, com procedimento prévio que assegure igualdade de oportunidades aos potenciais interessados, mas não é exigível a realização de licitação formal.

Em relação à permissão condicionada ou qualificada, cujo conteúdo foi contratualizado, a edição da permissão **depende de licitação prévia** (art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993), salvo as exceções legais, e a revogabilidade prematura impõe o dever de indenizar o permissionário, com fundamento nos princípios da boa-fé e da confiança legítima. (capítulo 22, item 22.7.2.1, p. 1211)

Não abordam

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

Permissão de uso de bem público é ato negocial, unilateral e discricionário pelo qual a Administração consente que o particular se utilize de bem público no interesse próprio e também coletivo.

A utilização do bem é de interesse da coletividade que frui certas vantagens do uso, que se assemelha a um serviço de utilidade, por isso podem haver obrigações a serem assumidas pelo permissionário.

[...]

Uma vez conferida a permissão ao particular, este tem obrigação, e não faculdade (como no caso da autorização), de utilizar o bem, sob pena de caducidade, pois ela envolve interesse público.

A **permissão** também pode ser simples ou **qualificada**; **neste último caso**, se a administração fixa o prazo de sua duração, a precariedade é restringida e, além da consequência da indenização, em caso de revogação antes do prazo fixado, ela perde a característica de ato negocial e se transforma em verdadeiro contrato, o que significa que **exige licitação**. (capítulo 13, item 13.6.2, p. 324)

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

Conclusão

Obrigatoriedade de licitação na permissão de uso

Corrente 1: inexistência obrigatória de licitação na permissão de uso (MA e VP; JSCF; OM; MJF; CABM; FM; MSZDP)

Corrente 2: existe obrigatoriedade de licitação na permissão de uso (AM; MC; ASA; DCJ; RCRO)

Não abordam (IPN; DFMN)

DIVERGÊNCIA 091 - Natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia

Corrente 1: a natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia é de ato administrativo vinculado

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

Outro aspecto que nos parece relevante no tema diz respeito à natureza jurídica do instituto no que concerne à forma jurídica de que se reveste. Ao exame do regime jurídico desse tipo de concessões, que tem lineamentos singulares, está claro que o legislador atribuiu à Administração atividade vinculada para o fim de reconhecer ao ocupante o direito subjetivo à concessão para moradia, desde que cumpridos os requisitos legais. Quer dizer: cumprido o suporte fático do direito pelo ocupante, outra conduta não se espera da Administração senão a de outorgar a concessão. A lei não lhe outorgou qualquer margem de liberdade para decidir sobre a outorga ou não da concessão. **Ora, justamente por isso é que a concessão de uso especial para fins de moradia só pode ostentar a natureza jurídica de ato administrativo vinculado, e não de contrato administrativo, como poderia parecer à primeira vista em razão do que sucede nas demais formas de concessão.** (capítulo 16, item VIII, subitem 4.5, p. 2097-2098)

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

Verifica-se que, na essência, a concessão de uso especial para fins de moradia possui pressupostos semelhantes àqueles exigidos para a usucapião especial de imóvel privado urbano previsto no art. 183 da CRFB. Em razão da vedação constitucional do usucapião de imóvel urbano (art. 183, § 3.º, da CRFB), o legislador infraconstitucional instituiu figura jurídica similar para proteger o indivíduo e sua família que ocupe imóvel público urbano como moradia nos termos elencados na legislação.

Cumpridos os requisitos legais, a concessão de uso especial para fins de moradia deverá ser reconhecida ao interessado, razão pela qual o instituto possui natureza de ato vinculado. Dessa forma, o interessado que adimplir os requisitos legais possuirá direito adquirido à concessão, independentemente de licitação prévia. (capítulo 22, item 22.7.3.2, p. 1212-1213)

Não abordam

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

Natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia

Corrente 1: a natureza jurídica da concessão de uso especial para fins de moradia é de ato administrativo vinculado (JSCF; RCRO)

Não abordam (DFMN, MJF; OM; MA e VP; IPN; AM; CABM; MC; FM; MSZDP; ASA; DCJ)

DIVERGÊNCIA 092 – Fundamento de existência do Poder de Polícia

Corrente 1: Soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território

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

O seu fundamento geral está na soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território, que faz com que toda atividade ou propriedade esteja, observado o ordenamento jurídico-constitucional, condicionado ao bem-estar da coletividade e à conciliação com os demais direitos fundamentais. (p. 386)

Corrente 2.1: Supremacia do interesse público sobre o particular

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

O fundamento do poder de polícia é o **princípio da predominância do interesse público sobre o particular**, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. (p. 319)

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

O fundamento para o exercício deste instrumento é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de hegemonia sobre os administrados, caracterizando-se como exercício da supremacia geral, o que autoriza a sua atuação indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sob o império das leis administrativas. (p. 291)

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

Em suma, **o fundamento do poder de polícia é a supremacia do interesse público**, por isso ele objetiva evitar que as ações desenfreadas de particulares atinjam direitos e garantias fundamentais dos seres humanos, sendo lícita a

atuação equilibrada no sentido de adequar o exercício das liberdades individuais ao bem-estar geral. (p. 77)

Corrente 2.2: Interesse público apenas

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

No que concerne ao benefício resultante do poder de polícia, **constitui fundamento dessa prerrogativa do Poder Público o interesse público**. A intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade.

Em outro ângulo, a prerrogativa em si se funda na supremacia geral da Administração Pública. É que esta mantém, em relação aos administrados, de modo indistinto, nítida superioridade, pelo fato de satisfazer, como expressão de um dos poderes do Estado, interesses públicos. (p. 207).

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

Alguns autores adotam uma acepção ampla de poder de polícia, **abrangendo não só as atividades, exercidas pela administração pública, de execução e de regulamentação das leis em que ele se fundamenta**, mas também a própria atividade de edição dessas leis, desempenhada pelo Poder Legislativo.

[...]

A imposição de uma limitação à esfera dos direitos individuais que não resulte para o grupo social em vantagem suficiente para compensar os efeitos deletérios da mesma limitação **invalida o fundamento de interesse público do ato de polícia**, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Da mesma forma, não pode a administração - sob o pretexto de condicionar o uso de um bem - aniquilar a propriedade individual, porquanto caracterizada resultaria a desproporcionalidade da medida. (p. 250 e 257-258)

Corrente 2.3: Ordem pública atualmente identificada como interesse público

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Em muitos estudos sobre o poder de polícia **menciona-se como seu fundamento e finalidade a defesa da ordem pública**.

No direito civil a expressão “ordem pública” é utilizada quando se estabelecem limites à autonomia da vontade privada ante valores que o ordenamento quer preservar; usam-se, então, os termos “preceitos de ordem pública”, “leis de ordem pública”, por exemplo, em matéria de capacidade das pessoas, em matéria de disposição de bens.

No âmbito administrativo, sobretudo para fins de exercício do poder de polícia, ordem pública significa um mínimo de condições essenciais a uma vida social adequada e pacífica; seu conteúdo varia com o estágio da vida social. Além dos aspectos clássicos da segurança dos bens e das pessoas, da salubridade e da tranquilidade, abarca também aspectos econômicos (contra alta absurda de preços, ocultação de gêneros alimentícios), ambientais (combate à poluição) e até estéticos (proteção de monumentos e paisagens). Na verdade, **a chamada ordem pública, como fundamento do exercício do poder de polícia, na sua concepção atual, identifica-se com o interesse público e diz respeito à custódia de qualquer tipo de bem ou interesse de todos ante o indivíduo ou grupo restrito de indivíduos.** (p. 336-337)

Corrente 3: Supremacia geral da Administração Pública

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed.. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Neste contexto, **nasce o Poder de Polícia, decorrente da supremacia geral da Administração Pública, ou seja, aplicando-se a todos os particulares, sem a necessidade de demonstração de qualquer vínculo de natureza especial.**

[...]

A definição do Poder de Polícia tem base legal e doutrinária ricas. **Para conceituar Poder de Polícia ficaremos com as palavras de Fernanda Marinela “uma atividade da Administração Pública que se expressa por meio de seus atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas”.** (p. 137)

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

O que fundamenta o exercício do poder de polícia administrativa é uma supremacia geral da Administração Pública sobre os administrados. Isso significa que não há, no exercício do poder de polícia, um vínculo especial ou de subordinação. Nesse passo, nem sempre que houver restrições ou condicionamentos ao exercício de liberdades ou ao uso e gozo da propriedade

haverá manifestação do poder de polícia. **O poder de polícia pressupõe um vínculo genérico ou geral sobre os administrados, em face de uma supremacia a todos imposta.** (p. 86)

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

O poder, pois, que a Administração exerce ao desempenhar seus encargos de polícia administrativa repousa nesta, assim chamada, "supremacia geral", que, no fundo, não é senão a própria supremacia das leis em geral, concretizadas através de atos da Administração. (p. 847)

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

Poder de polícia é a atividade da Administração Pública, **baseada na lei e na supremacia geral**, consistente no estabelecimento de limitações à liberdade e propriedade dos particulares, regulando a prática de ato ou a abstenção de fato, manifestando-se por meio de atos normativos ou concretos, em benefício do interesse público. (p. 641)

Corrente 4: O fundamento é a promoção e a proteção dos direitos fundamentais

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

Tradicionalmente, afirma-se que o fundamento do poder de polícia é a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A autoridade estatal tem como objetivo a manutenção da ordem pública.

Todavia, em razão da constitucionalização do Direito Administrativo e da centralidade dos direitos fundamentais, **entendemos que seria mais adequado afirmar que o fundamento de toda e qualquer ação estatal deve ser a promoção e a proteção dos direitos fundamentais.** (p.472)

Corrente 5: O poder de polícia encontra fundamento na lei

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

O poder de polícia encontra fundamento e limite na lei (constitucional e infraconstitucional) e no princípio da proporcionalidade. As restrições e imposições autorizadas explícita ou implicitamente na lei serão determinadas para o caso concreto em vista do princípio da proporcionalidade. (p. 266-267)

Não aborda

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

Conclusão

Fundamento de existência do Poder de Polícia

Corrente 1: Soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território (ASA).

Corrente 2.1: Supremacia do interesse público sobre o particular (MSZDP; FM; IPN).

Corrente 2.2: Interesse público apenas (JSCF; MA e VP)

Corrente 2.3: Ordem pública atualmente identificada como interesse público (OM)

Corrente 3: Supremacia geral da Administração Pública (MC; DCJ; CABM; AM)

Corrente 4: O fundamento é a promoção e a proteção dos direitos fundamentais (RCRO)

Corrente 5: O poder de polícia encontra fundamento na lei (MJF)

Não aborda: (DFMN)

DIVERGÊNCIA 093 – Diferença entre sanção de polícia e medida de polícia

Corrente 1: As sanções aplicam os parâmetros mais rígidos do Direito Administrativo e as medidas concretas visam a restauração das ordens de polícia

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

FÁBIO MEDINA OSÓRIO pondera que **alguns desses atos administrativos não são propriamente sanções administrativas, mas simples execuções das ordens de polícia, como forma de se restabelecer a legalidade**. Assim, exemplifica, se alguém está exercendo o comércio sem a devida licença, cabe à Administração Pública interditar o estabelecimento, já que a ordem de polícia determina que ele não pode ser aberto antes de licenciado; se está sendo vendido medicamento fora do prazo de validade, aplicará a lei e retirará o remédio do comércio. De fato, **é importante não confundir as sanções de polícia com as medidas concretas de restauração das ordens de polícia, já que apenas àquelas se aplicam os parâmetros mais rígidos do Direito Administrativo Sancionador**. Também RAFAEL DAUDT D'OLIVEIRA, tratando do poder de polícia ambiental, mas em lições aplicáveis a qualquer seara da polícia administrativa, e dando como exemplo as demolições administrativas, explica que “as demolições levadas a efeito pela Administração Pública ambiental não têm natureza sancionatória, eis que consistem em medidas de polícia destinadas ao restabelecimento da legalidade, mediante a adoção de providências materiais (meios) para a consecução das finalidades públicas previstas em lei. Visam o retorno, o tanto quanto possível, ao estado anterior em que as coisas se encontravam (status quo ante) caso a lesão não houvesse ocorrido, dentro de um contexto de prevenção e de recuperação do meio ambiente, quando na iminência de ocorrerem danos ambientais ou para fazer cessá-los. Medidas de polícia e sanções administrativas são institutos correlatos, porém diferentes”. (p. 404-405)

Corrente 2: As sanções ensejam punições e as medidas são providências administrativas

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

Modernamente tem sido feita – corretamente, diga-se de passagem – distinção entre sanções de polícia e medidas de polícia. Sanções são aquelas que espelham uma punição efetivamente aplicada à pessoa que houver infringido a norma administrativa, ao passo que medidas são as providências administrativas que, embora não representando punição direta, decorrem do cometimento de infração ou do risco em que esta seja praticada. Em algumas circunstâncias, a mesma conduta administrativa pode caracterizar-se como uma ou outra modalidade, sempre considerando o que a lei tiver previsto para enfrentar a referida situação. É o caso, para exemplificar, da interdição de estabelecimento: tanto pode ser ato punitivo direto pela prática de infração grave, como pode ser medida administrativa, adotada em face da prática de infração para a qual a lei previu sanção direta. (p. 220-221)

Corrente 2.1: As medidas são providências administrativas acautelatórias e, geralmente, precedem as sanções administrativas

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

Providências administrativas acautelatórias são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de *imediato* para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas, diversamente, é a de *paralisar* comportamentos de efeitos danosos ou de *abortar* a possibilidade de que se desencadeiem. Susana Lorenzo aparta as duas figuras com suma brevidade e *clareza*.

Quase sempre tais providências precedem *sanções administrativas*, mas com elas não se confundem. Assim, e.g., a provisória apreensão de medicamentos ou alimentos presumivelmente impróprios para o consumo da população, a expulsão de um aluno que esteja a se comportar inconvenientemente em sala de aula, a interdição de um estabelecimento perigosamente poluidor, quando a medida tenha que ser tomada sem delonga alguma, são medidas acautelatórias e só se converterão em sanções *depois de oferecida oportunidade de defesa* para os presumidos infratores. Como se vê,

em certos casos a compostura da providência acautelatória é prestante também para cumprir a função de sanção administrativa, mas só assumirá tal caráter, quando for o caso, após a conclusão de um processo regular, conforme dito. (p. 880-881)

Corrente 3: As medidas de poder de polícia não abrangem todos os ilícitos administrativos e a sanção promove restrições às liberdades individuais

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

A questão das sanções administrativas se relaciona com a atividade de poder de polícia. **Nem todos os ilícitos administrativos configuram uma infração a medidas de poder de polícia. Mas o sancionamento administrativo reflete uma competência inerente ao poder de polícia. Trata-se de promover uma restrição às liberdades individuais por meio da adoção de providências administrativas.** (p. 271)

Não se posicionam

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

Vale registrar que parte da doutrina administrativista atual tem proposto que se faça distinção entre sanções propriamente ditas (penalidades), que são imposições cujo escopo principal é realmente punir a conduta irregular do particular, a exemplo das multas administrativas, e outras medidas ditas repressivas que, embora adotadas em consequência da constatação de uma infração, têm, na verdade, objetivo principalmente protetor ou acautelatório, isto é, visam precipuamente a evitar danos à coletividade, ou a limitar os que já tenham ocorrido, como é o caso da apreensão e destruição de alimentos deteriorados encontrados em um restaurante.

Os autores que fazem essa distinção têm sugerido que seja utilizada a expressão “medidas de polícia” para referir aquelas imposições cujo intuito maior é proteger a coletividade e que se reserve o termo “sanções de polícia” para as que têm objetivo principalmente punitivo (penalidades propriamente ditas). (p. 300)

Não abordam

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidem, 2020. (MC)

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

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

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

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

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

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

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

Conclusão

Diferença entre sanção de polícia e medida de polícia

Corrente 1: As sanções aplicam os parâmetros mais rígidos do Direito Administrativo e as medidas concretas visam a restauração das ordens de polícia (ASA)

Corrente 2: As sanções ensejam punições e as medidas são providências administrativas (JSCF).

Corrente 2.1: As medidas são providências administrativas acautelatórias e, geralmente, precedem as sanções administrativas (CABM)

Corrente 3: As medidas de poder de polícia não abrangem todos os ilícitos administrativos e a sanção promove restrições às liberdades individuais (MJF)

Não se posicionam: (MA e VP)

Não abordam: (DCJ; DFMN; FM; AM; IPN; OM; MC; MSZDP; RCRO)

DIVERGÊNCIA 094 – Emprego da nomenclatura “atributos” e/ou “características do poder de polícia”

Corrente 1: Utilizam a nomenclatura “características”

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

VIII.8 – CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA

O ato de polícia – ato administrativo por excelência – possui todas as **características** comumente a ele associadas. A doutrina em geral se refere a algumas **características** mais destacadas, que acolhemos com algumas ressalvas. (p. 397)

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

XIII. Características

[...] Reina alguma controvérsia quanto à **caracterização** do poder de polícia
[...] (p. 212)
[...] Essa **característica** estampa o grau de imperatividade de que se revestem os atos de polícia. (p. 216)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

5.11.6 Características

Sintetizando o regime jurídico do poder de polícia, podemos destacar as seguintes **características** principais: [...] (p. 645)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

15.4 Caracterização do poder de polícia

[...] É possível arrolar algumas **características nucleares do poder de polícia** [...] (p. 335)

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

Traços **característicos**

18. Cirne Lima, oportunamente, anota que são traços **característicos** da atividade de polícia: [...]

[...] **Uma vez que o poder de polícia se caracteriza** – normalmente – pela imposição de abstenções aos particulares, não há que imaginá-lo existente em manifestações da Administração que, contrariamente, impõem prestações positivas aos administrados, sujeitando-os a obrigações de dar, como nas requisições de bens, ou de fazer, como nas requisições de serviços. (p. 855-856)

Corrente 2: Utilizam a nomenclatura “atributos”

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

4.4.5. **Atributos** do Poder de Polícia

A matéria não se encontra pacífica na doutrina pátria. A divergência já começa na denominação, pois para Celso Antônio o correto seria nominar-se “características do Poder de Polícia” no lugar de atributos” uma vez que atributos somente o são a discricionariedade e a autoexecutoriedade. **Já para Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Di Pietro são atributos a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, raciocínio que adotamos nessa obra.** (p. 143-144)

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

3.6.8. **Atributos** do poder de polícia

O poder de polícia administrativa, quando emanado do Poder Executivo, é um ato administrativo. Possui, portanto, os **mesmos atributos de todo ato administrativo** [...] (p. 87)

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

7.6. Atributos do poder de polícia

O assunto causa certa divergência na doutrina: primeiro, quanto à terminologia, já que alguns preferem características no lugar de atributos, e outros discutem quanto à sua enumeração. Segundo Celso Antônio Bandeira

de Mello, são características do poder de polícia: a discricionariedade e a autoexecutoriedade. **Entretanto, a posição aqui adotada se coaduna com o raciocínio** de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, **no sentido de que são atributos**: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. (p. 295)

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

O poder de polícia possui três atributos: discricionariedade; autoexecutoriedade; e coercibilidade. (p. 74)

Corrente 3: Utilizam as nomenclaturas “características” e “atributos” como sinônimos

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A doutrina tradicionalmente aponta **três atributos ou qualidades características** do poder de polícia e dos atos administrativos resultantes de seu regular exercício: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade. (p. 262)

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

5.6 CARACTERÍSTICAS

Costuma-se apontar como **atributos** do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, além do fato de corresponder a uma atividade negativa.

Pode-se atualmente acrescentar outra **característica**, que é a indelegabilidade do poder polícia a pessoas jurídicas de direito privado. (p. 328)

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

O poder de polícia possui as seguintes **características (ou atributos)**: discricionariedade, coercibilidade e autoexecutoriedade [...] (p. 473)

Não abordam

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

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

Conclusão

Emprego da nomenclatura “atributos” e/ou “características do poder de polícia”

Corrente 1: Utilizam a nomenclatura “características” (ASA; JSCF; AM; OM; CABM)

Corrente 2: Utilizam a nomenclatura “atributos” (MC, DCJ; FM; IPN)

Corrente 3: Utilizam as nomenclaturas “características” e “atributos” como sinônimos (MA e VP; MSZDP, RCRO)

Não abordam: (MJF; DFMN)

DIVERGÊNCIA 095 – Características/atributos do poder de polícia

Corrente 1.1: As características/atributos do poder de polícia são a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A doutrina tradicionalmente aponta três atributos ou qualidades características do poder de polícia e dos atos administrativos resultantes de seu regular exercício: **discricionariedade, autoexecutoriedade [exigibilidade e executoriedade] e coercibilidade**. (p. 306)

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

O ato de polícia – ato administrativo por excelência – possui todas as características comumente a ele associadas. A doutrina em geral se refere a algumas características mais destacadas, que acolhemos com algumas ressalvas. Vejamo-las: 1) **Discricionariedade** [...] 2) **Autoexecutoriedade** [...] 3) **Coercitividade** [...] (p. 397, 398 e 399)

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

1. Discricionariedade e vinculação

[...] É nessa valoração do órgão administrativo sobre a conveniência e a oportunidade da transferência que está a **discricionariedade do poder de polícia**.

[...] 2. Autoexecutoriedade

[...] Pelo objetivo que a inspira, não pode ficar a Administração à mercê do consentimento dos particulares. Ao revés, cumpre-lhe agir de imediato. **A prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a autoexecutoriedade.**[...]

3. Coercibilidade

Se a atividade corresponder a um poder, decorrente do ius imperii estatal, há de ser desempenhada de forma a **obrigar todos a observarem os seus comandos** [...] (p. 213-217)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

A matéria não se encontra pacífica na doutrina pátria. A divergência já começa na denominação, pois para Celso Antônio o correto seria nominar-se “características do Poder de Polícia” no lugar de atributos” uma vez que atributos somente o são a discricionariedade e a autoexecutoriedade. **Já para Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Di Pietro são atributos a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, raciocínio que adotamos nessa obra.** (p. 143-144)

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

O assunto causa certa divergência na doutrina: primeiro, quanto à terminologia, já que alguns preferem características no lugar de atributos, e outros discutem quanto à sua enumeração. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são características do poder de polícia: a discricionariedade e a autoexecutoriedade. Entretanto, **a posição aqui adotada se coaduna com o raciocínio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, no sentido de que são atributos: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.** (p. 295)

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

O poder de polícia possui três atributos: **discricionariedade; autoexecutoriedade; e coercibilidade.** (p. 74)

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

O poder de polícia possui as seguintes características (ou atributos): **discricionariedade, coercibilidade e autoexecutoriedade.** (p. 473)

Corrente 1.2: O poder de polícia possui os atributos específicos de discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, além de todos os atributos genéricos dos atos administrativos em geral

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

O poder de polícia administrativa, quando emanado do Poder Executivo, é um ato administrativo. Possui, portanto, os **mesmos atributos de todo ato administrativo**: presunção de legitimidade, imperatividade (ou coercibilidade), exigibilidade e autoexecutoriedade. [...] Contudo, via de regra, o poder de polícia é discricionário e tem como **atributos específicos e peculiares a seu exercício, além da discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade**. (p. 87-88)

Corrente 2: As características/atributos do poder de polícia são a discricionariedade, a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a indelegabilidade a pessoas jurídicas de direito privado

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

Costuma-se apontar como atributos do poder de polícia a **discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade**, além do fato de corresponder a uma atividade negativa. Pode-se atualmente acrescentar outra característica, que é a **indelegabilidade** do poder polícia a pessoas jurídicas de direito privado. (p. 328)

Corrente 3: As características do poder de polícia são a atividade restritiva, a limitação da liberdade e da propriedade, a discricionariedade, caráter liberatório, a generalidade, a criação de obrigações de não fazer, a não geração de indenização, o não atingimento a particulares e a indelegabilidade a particulares, salvo atos preparatórios

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Sintetizando o regime jurídico do poder de polícia, podemos destacar as seguintes características principais: a) **atividade restritiva** [...] b) **limita liberdade e propriedade** [...] c) **natureza discricionária (regra geral)** [...]

d) **caráter liberatório** [...] e) **é sempre geral** [...] f) **cria obrigações de não fazer (regra geral)** [...] g) **não gera indenização** [...] h) **atinge particulares (regra geral)** [...] i) **é indelegável** [...] só pode ser delegado a pessoas jurídicas de direito público, e não a pessoas jurídicas de direito privado (ADIn 1.717-6)18. Entretanto, **é possível delegar a particulares atividades materiais preparatórias.** (p. 645-647)

Corrente 4: As características nucleares do poder de polícia são o caráter de atividade administrativa, a subordinação à ordem jurídica, a limitação direta aos direitos dos particulares, o poder baseado na autoridade e a abrangência de prescrições a imposição de sanções se desatendido

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

É possível arrolar algumas **características nucleares do poder de polícia**:

a) **é atividade administrativa**, isto é, conjunto de atos, fatos e procedimentos realizados pela Administração. Há autores, como o argentino Escola, que, inspirados no direito norte-americano, veem o poder de polícia como atividade do Poder Legislativo; na verdade, as limitações ao exercício de direitos devem ter base legal e muitas vezes a Administração atua no estrito cumprimento da lei; mas, no Brasil, poder de polícia é, sobretudo, atividade administrativa, porque abrange também a apreciação de casos concretos, a fiscalização e a imposição de sanções;

b) portanto, **é atividade subordinada à ordem jurídica**, ou seja, não é eminente, nem superior, mas regida pelo ordenamento vigente, em especial pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa. Sujeita-se, desse modo, ao controle jurisdicional;

c) acarreta **limitação direta a direitos reconhecidos aos particulares**;

d) pelo poder de polícia a Administração enquadra uma atividade do particular, da qual o Estado não assume a responsabilidade. Distingue-se, em tal aspecto, do serviço público, pois neste o Estado é responsável pela atividade;

e) o limite ao direito do particular significa, de regra, um obstáculo ao seu exercício pleno ou a retirada de uma faculdade pertinente ao conteúdo do direito ou uma obrigação de fazer. Em virtude do poder de polícia há, portanto, disparidade entre o conteúdo abstrato do direito em sentido absoluto e a possibilidade do seu exercício concreto, como bem nota Virga, no seu livro *La potestà di polizia*, 1954. Temos, como exemplo, o direito de construir em sentido abstrato e o direito de construir na sua concreção, sujeito, entre outras, à disciplina do Código de Obras e Edificações, das leis de zoneamento, dos direitos de vizinhança etc.;

- f) no atual contexto da Administração Pública, dividido entre uma face de autoridade e uma face de prestadora de serviços, **o poder de polícia situa-se precipuamente na face autoridade**. Atua, assim, por meio de prescrições, diferentemente do serviço público, que opera por meio de prestações;
- g) **abrange também o controle da observância das prescrições e a imposição de sanções em caso de desatendimento**. (p. 327-328)

Corrente 5: O poder de polícia caracteriza-se pela imposição de abstenção aos particulares e por manifestações discricionárias

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

Uma vez que o poder de polícia se caracteriza - normalmente - pela imposição de abstenções aos particulares, não há que imaginá-lo existente em manifestações da Administração que, contrariamente, impõem prestações positivas aos administrados, sujeitando-os a obrigações de dar, como nas requisições de bens, ou de fazer, como nas requisições de serviços. Em umas e outras o Poder Público impõe ao particular um dever de agir, ao passo que através da **polícia administrativa exige-se, de regra, uma inação**, um *non facere*. [...] Em outras hipóteses incumbe à Administração **manifestar-se discricionariamente**, isto é, examinado a conveniência e oportunidade de concordar com a prática do ato que seria vedado ao particular à falta de autorização. (p. 852-854)

Não abordam

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

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

Conclusão

Características/atributos do poder de polícia

Corrente 1.1: As características/atributos do poder de polícia são a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade (ASA; MA e VP; JSCF; MC; FM; IPN; RCRO)

Corrente 1.2: O poder de polícia possui os atributos específicos de discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, além de todos os atributos genéricos dos atos administrativos em geral (DCJ)

Corrente 2: As características/atributos do poder de polícia são a discricionariedade, a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a indelegabilidade a pessoas jurídicas de direito privado (MSZDP)

Corrente 3: As características do poder de polícia são a atividade restritiva, a limitação da liberdade e da propriedade, a discricionariedade, caráter liberatório, a generalidade, a criação de obrigações de não fazer, a não geração de indenização, o não atingimento a particulares e a indelegabilidade a particulares, salvo atos preparatórios (AM)

Corrente 4: As características nucleares do poder de polícia são o caráter de atividade administrativa, a subordinação à ordem jurídica, a limitação direta aos direitos dos particulares, o poder baseado na autoridade e a abrangência de prescrições a imposição de sanções se desatendido (OM)

Corrente 5: O poder de polícia caracteriza-se pela imposição de abstenção aos particulares e por manifestações discricionárias (CABM)

Não abordam: (MJF; DFMN)

DIVERGÊNCIA 096 – Atributos/características do poder de polícia (como um todo) e atributos/características de cada uma das formas de atuação

Corrente 1: Atributos/características do poder de polícia como um todo

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

É possível arrolar algumas **características nucleares do poder de polícia** [...] (p. 327)

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

VIII.8 – CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA

O **ato de polícia** – ato administrativo por excelência – possui todas as **características** comumente a ele associadas.

A doutrina em geral se refere a algumas características mais destacadas [...] (p. 397)

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

Uma vez que o **poder de polícia se caracteriza**- normalmente -pela imposição de abstenções aos particulares, não há que imaginá-lo existente em manifestações da Administração que, contrariamente, impõem prestações positivas aos administrados, sujeitando-os a obrigações de dar, como nas requisições de bens, ou de fazer, como nas requisições de serviços. (p. 855)

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

3.6.8. Atributos do poder de polícia

O poder de polícia administrativa, quando emanado do Poder Executivo, é um ato administrativo. Possui, portanto, os mesmos atributos de todo ato administrativo [...] (p. 87)

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

O **poder de polícia possui as seguintes características** (ou atributos): discricionariedade, coercibilidade e autoexecutoriedade. (p. 473)

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

O **poder de polícia possui três atributos**: discricionariedade; autoexecutoriedade; e coercibilidade. (p. 74)

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

7.6. Atributos do poder de polícia

O assunto causa certa divergência na doutrina: primeiro, quanto à terminologia, já que alguns preferem características no lugar de atributos, e outros discutem quanto à sua enumeração. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são características do poder de polícia: a discricionariedade e a autoexecutoriedade. **Entretanto, a posição aqui adotada se coaduna com o raciocínio** de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, **no sentido de que são atributos**: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. (p. 295)

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

5.6 CARACTERÍSTICAS

Costuma-se apontar como **atributos** do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, além do fato de corresponder a uma atividade negativa.

Pode-se atualmente acrescentar outra **característica**, que é a indelegabilidade do poder polícia a pessoas jurídicas de direito privado. (p. 328)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A doutrina tradicionalmente aponta **três atributos ou qualidades características** do poder de polícia e dos atos administrativos resultantes de

seu regular exercício: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade. (p. 262)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

5.11.6 Características

Sintetizando o regime jurídico do poder de polícia, podemos destacar as seguintes **características** principais: [...] (p. 645)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

4.4.5. Atributos do Poder de Polícia

A matéria não se encontra pacífica na doutrina pátria. A divergência já começa na denominação, pois para Celso Antônio o correto seria nominar-se “características do Poder de Polícia” no lugar de atributos” uma vez que atributos somente o são a discricionariedade e a autoexecutoriedade. **Já para Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Di Pietro são atributos a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade, raciocínio que adotamos nessa obra.** (p. 143-144)

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

XIII. Características

[...] Reina alguma controvérsia quanto à **caracterização** do poder de polícia [...] (p. 212)

[...] Essa **característica** estampa o grau de imperatividade de que se revestem os atos de polícia. (p. 216)

Não abordam

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

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

Conclusão

Atributos/características do poder de polícia (como um todo) e atributos/características de cada uma das formas de atuação

Corrente 1: Atributos/características do poder de polícia como um todo (OM; ASA; CABM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; AM; MC; JSCF)

Não abordam: (MJF; DFMN)

DIVERGÊNCIA 097 – Natureza jurídica do Termos de Ajuste de Conduta (TAC's) e Medidas de Recomendação de Conduta (MCR's)

Corrente 1: É um instrumento sui generis

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

Como resultado do inquérito civil, pode haver a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) às exigências legais, mediante cominações, se o representado concordar em colaborar, caso em que ele não responderá judicialmente. O TAC tem eficácia jurídica de título extrajudicial, depois da homologação do arquivamento pelo Conselho Superior. O TAC objetiva reparar o dano ou impedir que ele aconteça. As cominações ou cláusulas penais são essenciais à medida, para que haja a necessária coercitividade. **O TAC é instrumento sui generis**, pois permite ao Ministério Público pressionar a Administração Pública para que cumpra as determinações legais, sem a necessidade de se utilizar para tanto do Poder Judiciário, como era tradicionalmente feito. (p. 396)

Corrente 2: É solução consensual para eliminar a incerteza e disciplinar conduta futura

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

Configura-se essa hipótese nos casos em que, em face de controvérsia quanto à prática de condutas irregulares ou indesejáveis, o Estado e um ou mais particulares avençam solução consensual destinada a eliminar a incerteza e a disciplinar a sua conduta futura. A avença envolve a assunção pelo particular de obrigações de dar, fazer ou não fazer, cujo adimplemento acarretará eliminação ou redução de sanções possíveis em vista de eventos passados, ou a alteração do regime jurídico até então aplicável. (p. 217).

Corrente 3: Tem caráter de transação

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

Apesar da polêmica sobre o caráter contratual ou unilateral do TAC, entendemos que o **termo tem caráter de transação, especialmente pela definição da forma, prazo e condições para adequação da conduta à ordem jurídica.** (p. 1487)

Corrente 4: Natureza de negociação e de terminação pacífica de conflitos

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

É também de se destacar a série de leis que expressamente admitem essa **negociação**, destacando-se os **termos de ajustamento de conduta** previstos na Lei da Ação Civil Pública como uma **possibilidade negocial**, substitutiva da aplicação de sanções legais, para todos os entes públicos, não apenas para o Ministério Público (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/85). (p. 195)

Há ainda os permissivos legais de **terminação pacífica de conflitos** entre o Estado e particulares (ex.: **termos de ajustamento de conduta** etc.). (p. 335)

Corrente 5: Natureza de prevenção ou término/solução de litígios

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Se o compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado (caso se trate do acordo ou transação ou do **termo de ajustamento de conduta** previstos, respectivamente, no § 4º do art. 1.R e no art. 4.º-A da Lei 9.469/1997, ambos celebrados com o **fito de prevenir ou terminar litígios**) [...] (p. 954)

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

[...] O emprego de técnicas baseadas em acordos para a **prevenção ou solução de litígios**; os exemplos seriam os **termos de ajustamento de conduta** e instrumentos semelhantes, negociados pelo Ministério Público e outros órgãos administrativos, a arbitragem e a mediação. (p. 128)

Corrente 6: Natureza de compromisso entre autoridade administrativa e interessados

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

A lei instituiu a figura do **compromisso entre a autoridade administrativa e os interessados**, com o objetivo de afastar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de licença. **Equivale aos termos de ajustamento de conduta** já adotados pelo Ministério Público no caso de ação civil pública (art. 5º, § 6º, Lei nº 7.347/1985). (p. 1977)

Não abordam

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

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

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

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

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

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. (DFMN)

Conclusão

Natureza jurídica do Termos de Ajuste de Conduta (TAC's) e Medidas de Recomendação de Conduta (MCR's)

Corrente 1: É um instrumento *sui generis* (IPN)

Corrente 2: É solução consensual para eliminar a incerteza e disciplinar conduta futura (MJF)

Corrente 3: Tem caráter de transação (RCRO)

Corrente 4: Natureza de negociação e de terminação pacífica de conflitos (ASA)

Corrente 5: Natureza de prevenção ou término/solução de litígios (MA e VP; MSZDP)

Corrente 6: Natureza de compromisso entre autoridade administrativa e interessados (JSCF)

Não abordam: (MC; DCJ; FM; AM; CABM; OM; DFMN)

DIVERGÊNCIA 098 – Possibilidade de delegação do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública

Corrente 1.1: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta

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

Tem se entendido que o poder de polícia só pode ser delegado a pessoas jurídicas de direito público (STF – Adin n. 1.717-6), mas não implicam propriamente delegação de poder de polícia, podendo ser praticados por particulares, os atos meramente preparatórios do seu exercício (ex.: a gestão por empresa privada contratada dos equipamentos eletrônicos que aferem excessos de velocidade), ou a execução material dos seus atos (ex.: o reboque de carro, a demolição de prédio etc.).

A vedação da atribuição de poder de polícia a pessoas privadas tem sido atenuada quando essa pessoa privada é integrante da Administração Pública Indireta.

O exemplo mais comum são as empresas públicas municipais às quais têm sido atribuídas competências de polícia administrativa de trânsito, a exemplo da guarda municipal do Rio de Janeiro, que é uma empresa pública [...] (p. 396)

Corrente 1.2: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta, desde que não sejam dedicadas exclusivamente à exploração de atividade econômica em sentido estrito

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Atualmente, portanto, no âmbito jurisprudencial, **não pode haver dúvida: entidades com personalidade de direito privado integrantes da administração pública podem exercer poder de polícia**, inclusive aplicar as sanções administrativas correspondentes, desde que a lei assim preveja. Evidentemente, essa orientação **não alcança - em hipótese nenhuma! - entidades que se dediquem à exploração de atividade econômica em sentido estrito.** (p. 261)

Corrente 2: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta, mas somente dos atos de consentimento e atos de fiscalização, impedindo a delegação de atividades de legislação e de sanção

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

A orientação do STJ é bastante clara nessa questão. **Discutindo a possibilidade de sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, de exercer o poder de polícia**, inicialmente esclarece que as atividades que envolvem o exercício do poder de polícia podem ser de forma sumária divididas em quatro grupos assim estabelecidos: o poder de legislar (é a legislação que define determinada situação); o poder de consentimento (a corporificação da vontade do Poder Público); a fiscalização; e, por fim, a aplicação de sanção. Para citado Tribunal **podem ser transferidos ao particular somente os atos de consentimento**, como a concessão de carteiras de habilitação para dirigir **e os atos de fiscalização**, tal qual instalação de equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade. Dessa forma, **ficam impedidas de se transferir as atividades de legislação e de aplicação de sanção**, que somente as pessoas públicas podem exercer. (p. 294)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

A doutrina majoritária considera a impossibilidade da delegação do poder de polícia, propriamente dito, **inclusive para pessoas jurídicas de direito privado da administração indireta**. Nesses casos, **é possível transferir a esses entes somente o poder de fiscalizar e de emanar atos de consentimentos (como carteiras de habilitação), não podendo legislar acerca da matéria ou aplicar sanções a particulares**. (p. 142)

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

A nosso ver, tal entendimento reflete flagrante desvio de perspectiva. **Inexiste qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória**. Não lhes cabe – é lógico – o poder de criação das normas restritivas de polícia, mas, uma vez já criadas, como é o caso das normas de trânsito, nada impede que fiscalizem o cumprimento das restrições.

[...] Assim, o que se precisa averiguar é o preenchimento de três condições: (1ª) a pessoa jurídica **deve integrar a estrutura da Administração Indireta**, isso porque sempre poderá ter a seu cargo a prestação de serviço público; (2ª) a competência delegada deve ter sido conferida por lei; (3ª) o **poder de polícia há de restringir-se à prática de atos de natureza fiscalizatória**, partindo-se, pois, da premissa de que as restrições preexistem e de que se cuida de **função executória**, e não inovadora. (p. 203-204)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

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

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

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

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

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

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

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

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Conclusão

Possibilidade de delegação do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública

Corrente 1.1: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta (ASA)

Corrente 1.2: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta, desde que não sejam dedicadas exclusivamente à exploração de atividade econômica em sentido estrito (MA e VP)

Corrente 2: Possibilidade de delegação a pessoa privada integrante da Administração Pública Indireta, mas somente dos atos de consentimento e atos de fiscalização, impedindo a delegação de atividades de legislação e de sanção (FM; MC; JSCF)

Não abordam: (OM; MJF; CABM; DCJ; RCRO; IPN; MSZDP; DFMN; AM)

DIVERGÊNCIA 099 – Possibilidade de delegação do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado não integrante da Administração Pública

Corrente 1.1: Impossibilidade de delegação a particulares, salvo atos preparatórios do exercício do poder de polícia ou a execução material dos seus atos

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

i) é indelegável: o poder de polícia é manifestação do poder de império (ius imperii) do Estado, pressupondo a posição de superioridade de quem o exerce, em relação ao administrado (art. 4º, III, da Lei n. 11.079/2004). Por isso, **a doutrina não admite delegação do exercício do poder de polícia a particulares**. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, **poder de polícia só pode ser delegado a pessoas jurídicas de direito público, e não a pessoas jurídicas de direito privado (ADIn 1.717-6)**. Entretanto, **é possível delegar a particulares atividades materiais preparatórias ao exercício do poder de polícia, já que elas não realizam a fiscalização em si, mas apenas servem de apoio instrumental para que o Estado desempenhe privativamente o poder de polícia**. Exemplos: empresa privada que instala radares fotográficos para apoiar na fiscalização do trânsito; e manutenção de presídios administrados pela iniciativa privada. Nos dois casos, o particular realiza atividades materiais secundárias, permitindo que o Estado exerça a fiscalização propriamente dita. (p. 647)

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

Tem se entendido que o poder de polícia só pode ser delegado a pessoas jurídicas de direito público (STF – Adin n. 1.717-6), **mas não implicam propriamente delegação de poder de polícia, podendo ser praticados por particulares, os atos meramente preparatórios do seu exercício** (ex.: a gestão por empresa privada contratada dos equipamentos eletrônicos que aferem excessos de velocidade), **ou a execução material dos seus atos** (ex.: o reboque de carro, a demolição de prédio etc.). (p. 396)

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

i) indelegabilidade: como atividade típica do Estado, **o poder de polícia não pode ser delegado a particulares**; é privativo de servidores investidos em cargos públicos, com garantias que protegem o exercício das funções públicas dessa natureza (conforme entendimento da jurisprudência do STF e do STJ); **aceitação da possibilidade de delegação de atividades puramente materiais, que não envolvam exercício de autoridade sobre o cidadão.** (p. 337)

Corrente 1.2: É possível a prática de atos preparatórios do exercício do poder de polícia ou a execução material dos seus atos por particulares, mediante delegação ou por uma simples contratação

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

Os atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública, e, portanto, os de polícia administrativa, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas (caso, e.g., dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados.

A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares, em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.

Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de "credenciamento". [...]

Há, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material sucessivo a ato jurídico de polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trate de executar materialmente ato jurídico interferente apenas com a propriedade dos administrados; nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados.

[...] (p. 860-862)

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

É possível a delegação do poder de polícia? **Responde-se, com acertada razão, Celso Antônio Bandeira de Mello de que os atos jurídicos expressivos de poder de polícia, salvo circunstâncias excepcionais (caso dos poderes reconhecidos aos capitães de navio), não podem ser delegados a particular, ou ser por eles praticados.**

Com efeito, **não se admite a delegação do poder de polícia a particulares, sob pena de quebra do princípio da igualdade.** Ora, seria um demasiado contrassenso a delegação a particular de um poder com o qual se pode limitar a liberdade ou a propriedade de outro particular.

Não se deve, entretanto, confundir o exercício do poder de polícia, que é um ato jurídico-administrativo, e indelegável, com os atos materiais prévios ou sucessivos a ele, que podem, estes sim, ser delegados ou contratados a particulares. (p. 88-89)

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

Sendo assim, **certos atos materiais, que precedem atos jurídicos de polícia, podem ser praticados por particulares, mediante delegação propriamente dita ou em decorrência de um simples contrato de prestação de serviços, a exemplo da fiscalização de normas de trânsito por meio de radares eletrônicos.** Nesse caso, a justificativa é que a constatação é impessoal, porque assegura exatidão e igualdade de tratamento, não tendo qualquer supremacia causadora de desequilíbrio entre os administrados, pois não envolve expedição de sanção administrativa, nem decisão se houve ou não a violação, mas mera constatação. (p. 293)

Corrente 1.3: Impossibilidade de delegação do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado sem vínculo oficial com os entes público, sendo possível apenas a operacionalização material da fiscalização por particular contratado, não se tratando de delegação

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

Por outro lado, releva destacar que **a delegação não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos,** visto que, por maior que seja a parceria que tenham com

estes, jamais serão dotadas da potestade (ius imperii) necessária ao desempenho da atividade de polícia.

[...]

Em determinadas situações em que se faz necessário o **exercício do poder de polícia fiscalizatório (normalmente de caráter preventivo)**, o **Poder Público atribui a pessoas privadas, por meio de contrato, a operacionalização material da fiscalização** através de máquinas especiais, como ocorre, por exemplo, na triagem em aeroportos para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos. Aqui o Estado não se despe do poder de polícia nem procede a qualquer delegação, mas apenas atribui ao executor a tarefa de operacionalizar máquinas e equipamentos [...] (p. 204-205)

Corrente 2: A partir do ciclo de polícia, considera-se o poder de polícia parcialmente delegável, sendo delegáveis o consentimento e fiscalização de polícia e indelegáveis a ordem de polícia e a sanção de polícia

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Desta forma, a ordem de polícia decorre do atributo da imperatividade, impondo restrições aos particulares, dentro dos limites da lei, independentemente de sua concordância, como ocorre, por exemplo, nos casos em que se veda a aquisição de armas de fogo, se proíbe o estacionamento de veículos em determinada avenida, entre outros.

O consentimento de polícia está presente nas hipóteses em que a lei autoriza o exercício de determinada atividade condicionada à aceitabilidade estatal. Pode se manifestar por meio de autorizações e licenças, v.g

O terceiro ciclo (fiscalização de polícia) decorre da possibilidade conferida ao ente estatal de controlar as atividades submetidas ao poder de polícia, com o intuito de verificar seu cumprimento, podendo, para tanto, se valer de inspeções, análise de documentos, entre outras formas.

Por fim, a atividade de polícia administrativa pode ensejar a aplicação de penalidades

(sanções de polícia), notadamente, nas situações em que se verifica o descumprimento das normas impostas pelo poder público, justificando a culminação de sacões, como multas e embargos de obras, por exemplo.

Considerando a divisão da atividade de polícia administrativa em 4 momentos diversos, portanto, os 2º e 3º ciclos seriam delegáveis, pois estariam ligadas ao poder de gestão do Estado, enquanto os 1º e 4º ciclos seriam indelegáveis por retratarem atividade de império; típicas das Pessoas Jurídicas de Direto Público. (p. 143)

Corrente 3: Possibilidade de delegação do poder de polícia com a reserva de poder do Estado para estabelecer e executar sanções

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

A evolução social e o progresso tecnológico têm propiciado soluções que permitem a delegação à iniciativa privada de atribuições anteriormente reputadas tipicamente estatais. Assim se passa por duas razões fundamentais. A primeira reside na dissociação de funções e atribuições anteriormente concebidos como manifestações unitárias e indivisíveis. Não seria absurdo aludir a uma espécie de *unbundling* do poder de polícia. **Isso significa que muitos dos poderes compreendidos no poder de polícia podem ser diferenciados e exercitados por particulares, sem que isso implique violação à estrutura democrática do Estado, ao princípio da isonomia ou à garantia da legalidade.** Então, é possível que o Estado mantenha um núcleo de competências, definindo por meio de lei e de regulamentos as limitações e as exigências a serem observadas pelos particulares para o desempenho de atribuições correlatas. Também cabe ao Estado reservar-se o poder de estabelecer e de executar as sanções. Mas uma pluralidade de atividades, muitas vezes de simples verificação da regularidade das condutas privadas, pode ser desempenhada pelo setor privado, sem que isso se traduza em lesão aos valores fundamentais. Isso permite a delegação à iniciativa privada de atribuições compreendidas no conceito tradicional de poder de polícia.

Essa solução é facilitada também pelo progresso tecnológico e científico. É possível estabelecer mecanismos para fiscalizar e controlar a atuação do particular a quem foram delegados poderes secundários de polícia. (p. 268)

Corrente 4: Possibilidade de delegação desde que sejam respeitados a preponderância das entidades de direito público, o princípio da legalidade, o conteúdo da delegação, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e os direitos e garantias dos administrados

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

Entendemos ser possível a delegação de determinadas parcelas do poder de polícia às entidades privadas, desde que respeitados alguns parâmetros, tais como: a) preponderância das entidades de direito público [...]; b) princípio da legalidade (juridicidade) [...]; c) conteúdo da

delegação [...]; d) princípios da razoabilidade e da proporcionalidade [...]; e) direitos e garantias dos administrados [...]

Em suma: admitimos a possibilidade de delegação, por meio de norma constitucional ou legal, do exercício do poder de polícia às entidades privadas, desde que a atividade seja exercida de maneira independente, sem influência de eventuais interesses privados (ex.: lucro), e em consonância com critérios objetivos ou técnicos, previstos em lei, que afastem eventuais arbitrariedades, possibilitando o controle pelos particulares. (p. 481-482)

Não se posicionam

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

Contudo, apesar de não se admitir a transferência do poder de polícia, alguns autores, como **Celso Antônio Bandeira de Mello**, ressaltam **ser possível a delegação ou transferência por contrato de prestação de meros atos materiais preparatórios ou sucessivos aos atos de polícia [...]**

Ademais, determina a **Súmula 312 do STJ** que “no processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”. Nesse particular, esclarece **José dos Santos Carvalho Filho** que a notificação da autuação se materializa no ato que indica os elementos que cercam a infração (local, dia, horário etc.) e a aplicação da sanção consiste no ato de efetiva imposição da penalidade. Assim, **expõe o autor que o Poder Público pode atribuir a pessoas privadas, por meio de contrato, a operacionalização material da fiscalização por meio de máquinas especiais, como também ocorre na triagem em aeroportos para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos**, caso em que “o Estado não se despe do poder de polícia nem procede a qualquer delegação, mas apenas atribui ao executor a tarefa de operacionalizar máquinas ou equipamentos de fiscalização de restrições de polícia”. Ainda que a fixação e a manutenção de tais aparelhos possam ser atribuídas a pessoas privadas, o poder de polícia continua sendo de titularidade estatal. **No REsp 759.759, de relatoria do Min. Humberto Martins**, decidiu o STJ que os “pardais eletrônicos” são lícitos porquanto o art. 280, § 2º, do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/93), admite que a infração também possa ser comprovada por tais equipamentos, quando for inviável a presença do agente de trânsito. **Celso Antônio Bandeira de Mello** fornece exemplo ilustrativo de transferência de atos materiais posteriores à prática do ato de poder de polícia, que podem ser delegados a empresas contratadas, qual seja: a possibilidade de a Administração contratar com empresa privada a “demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente e que estejam desocupadas, se o proprietário do imóvel recalcar em providenciá-las por

seus próprios meios, inobstante devidamente intimado e legitimamente submetido a isto”, pois não é necessário que a demolição ou implosão seja feita por servidores públicos. (p. 78-79)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Quanto à delegação de poder de polícia a pessoas privadas, instituídas pela iniciativa privada - portanto, não integrantes da administração pública em acepção formal -, **é francamente minoritária a corrente que a considera válida, ainda que efetuada por meio de lei. A grande maioria da doutrina, baseada no entendimento de que o poder de império (jus imperii) é próprio e privativo do Estado, não admite a delegação do poder de polícia a pessoas da iniciativa privada, ainda que se trate de uma delegatária de serviço público.** (p. 261)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Controvérsias envolvem a questão de particulares exercerem poder de polícia. Há forte linha aventando este exercício em **atividades do Poder Público denominadas acessórias, instrumentais ou complementares**, citando-se, com frequência, a colocação de radares por empresas privadas em rodovias. Mas, em vários casos, **são nebulosas as fronteiras entre essas atividades e as que recebem o nome de principais ou atividades fim**. E, por vezes, as atividades acessórias, instrumentais ou complementares trazem consequências jurídicas diretas. (p. 341)

Não aborda

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

Conclusão

Possibilidade de delegação do poder de polícia à pessoa jurídica de direito privado não integrante da Administração Pública

Corrente 1.1: Impossibilidade de delegação a particulares, salvo atos preparatórios do exercício do poder de polícia ou a execução material dos seus atos (AM; ASA; MSZDP)

Corrente 1.2: É possível a prática de atos preparatórios do exercício do poder de polícia ou a execução material dos seus atos por particulares, mediante delegação ou por uma simples contratação (CABM; DCJ; FM)

Corrente 1.3: Impossibilidade de delegação do poder de polícia às pessoas jurídicas de direito privado sem vínculo oficial com os entes público, sendo possível apenas a operacionalização material da fiscalização por particular contratado, não se tratando de delegação (JSCF)

Corrente 2: A partir do ciclo de polícia, considera-se o poder de polícia parcialmente delegável, sendo delegáveis o consentimento e fiscalização de polícia e indelegáveis a ordem de polícia e a sanção de polícia (MC)

Corrente 3: Possibilidade de delegação do poder de polícia com a reserva de poder do Estado para estabelecer e executar sanções (MJF)

Corrente 4: Possibilidade de delegação desde que sejam respeitados a preponderância das entidades de direito público, o princípio da legalidade, o conteúdo da delegação, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e os direitos e garantias dos administrados (RCRO)

Não se posicionam: (IPN; MA e VP; OM)

Não aborda: (DFMN)

DIVERGÊNCIA 100 – Legitimidade para a cobrança de taxa de poder de polícia

Corrente 1: Para a legitimidade da cobrança, é necessário que o Poder Público exerça efetivamente o poder de polícia

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

Da mesma forma, **para que seja legítima a cobrança de taxa pelo Poder Público competente, necessário se faz que a entidade exerça efetivamente o poder de polícia**. Por essa razão, várias decisões judiciais invalidaram os atos de cobrança de taxa quando o Poder Público não lograva demonstrar o exercício do poder de polícia. Se é essa atividade que constitui o fato gerador do aludido tributo, logicamente inexistente fato gerador se não há o desempenho da atividade que lhe serve de base. Entretanto, **se, no ente público, existe órgão específico e estrutura implantada, é de considerar-se presumido o exercício do poder de polícia, podendo eventual omissão, no entanto, ensejar a responsabilização dos agentes desidiosos**. (p. 199)

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

Normalmente, o exercício do poder de polícia tem como destinatários os particulares que se sujeitam à autoridade estatal. Todavia, **deve ser admitido, também, o denominado “poder de polícia interfederativo”, ou seja, aquele que é exercido entre os Entes federados. Em que pese a ausência de hierarquia entre as pessoas federativas, certo é que deve haver respeito em relação ao exercício das competências previstas na Constituição para cada uma delas**. Não se trata, portanto, de hierarquia, mas, sim, de submissão à repartição de competências constitucionais. Por essa razão, **as pessoas federadas podem instituir e cobrar taxas uma das outras, em virtude do exercício do poder de polícia, salvo as isenções legais**. (p. 482)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

O exercício do poder de polícia pode acarretar custos para a Administração Pública. **O art. 145, II, da CF/1988 fixou que os entes políticos poderão instituir “taxas, em razão do exercício do poder de polícia”**. O Código

Tributário Nacional veiculou as normas destinadas a regulamentar a matéria. A taxa de poder de polícia é instituída, necessariamente, por lei e se subordina ao regime da estrita legalidade. **A sua exigibilidade é condicionada ao exercício efetivo do poder de polícia e o seu dimensionamento quantitativo é balizado pelo custo correspondente.** (p. 269)

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

Por força do art. 145, II, da Constituição Federal, é por meio da **taxa**, devidamente instituída por lei, que se **remunera o exercício** do poder de polícia. (p. 86)

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

De acordo com o art. 145, II, da Constituição Federal, o **exercício regular** do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico ou divisível, prestado ou posto à disposição, **é fato gerador da cobrança de taxa**. (p. 71)

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

A razão de o Código Tributário Nacional dar o conceito de poder de polícia decorre do fato de constituir **o exercício desse poder um dos fatos geradores da taxa** (cf. art. 145, II, da Constituição Federal e art. 77 do referido Código). (p. 323)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

Ressalta-se que a conceituação do Poder de Polícia está situada nas disposições do Código Tributário Nacional, pelo fato de que o **exercício deste poder**, assim como a prestação de serviços públicos uti singuli **podem ensejar a cobrança de taxa**, que tem previsão no próprio texto da Constituição Federal, em seu art. 145, II. (p. 138)

Não abordam

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

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

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

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

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

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

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

Conclusão

Legitimidade para a cobrança de taxa de poder de polícia

Corrente 1: para a legitimidade da cobrança, é necessário que o Poder Público exerça efetivamente o poder de polícia (JSCF; RCRO; MJF; DCJ; IPN; MSZDP; MC)

Não abordam: (ASA; FM; AM; CABM; OM; MA e VP; DFMN)

DIVERGÊNCIA 101 – Concepções de serviço público

Corrente 1.1: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima

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

Por essa razão, a doutrina, ao longo dos tempos, apresentou diversas acepções para o vocábulo, sendo possível mencionar quatro sentidos de “serviços públicos”:

- a) **concepção amplíssima**: defendida pela Escola do Serviço Público, com algumas variações, considera serviço público toda e qualquer atividade exercida pelo Estado;
- b) **concepção ampla**: serviço público é toda atividade prestacional voltada ao cidadão, independentemente da titularidade exclusiva do Estado e da forma de remuneração;
- c) **concepção restrita**: serviço público abrange as atividades do Estado prestadas aos cidadãos, de forma individualizada e com fruição quantificada; e
- d) **concepção restritíssima**: serviço público é a atividade de titularidade do Estado, prestada mediante concessão ou permissão, remunerada por taxa ou tarifa. (p. 425)

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

No direito positivo, a expressão é utilizada ora em sentido amplo, ora em sentido restrito. Por exemplo, no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que cuida da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de *serviço público*, esta expressão aparece em seu **sentido mais amplo, de modo a abranger todas as atividades do Estado, sem distinguir a administrativa, a judicial e a legislativa**, e sem distinguir o serviço público, em sentido estrito, da atividade de polícia, do fomento e da intervenção. Já no artigo 175, que atribui ao poder público a prestação de serviço público, mediante concessão ou permissão, a expressão aparece em seu **sentido mais restrito, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, porque pressupõe que se trate de fornecimento de utilidades das quais os cidadãos possam usufruir individualmente**. Também no artigo 145, II, ao prever, como um dos fatos geradores da taxa, a **prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição**, a expressão **serviço público** é utilizada em seu sentido mais restrito.

É no sentido amplo que se utilizará a expressão doravante, de modo a distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção. Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. (p. 291-292)

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

A primeira acepção (**amplíssima**) vista acima, apesar de correspondente à noção clássica francesa de serviço público, que definia o próprio Estado como sendo um conjunto de serviços públicos, em cujo conceito estariam incluídas até mesmo as atividades jurisdicionais e legislativas [...]

A **segunda acepção exposta de serviço público (ampla)** aproxima-se bastante do ideal, mas possui o inconveniente de colocar sob a mesma rubrica atividades que, do ponto de vista estritamente jurídico, são muito diferentes: os serviços *uti universi* e os serviços *uti singuli*.

O **conceito restritíssimo** (quarta hipótese supraaventada – a terceira veremos em seguida), contemplador apenas dos serviços públicos tradicionalmente chamados de “econômicos”, por possibilitarem a sua exploração pela iniciativa privada com fins lucrativos, seria tecnicamente bem delimitado.

Passamos, então, à **terceira acepção de serviço público – ao seu conceito restrito** –, que, ao nosso ver, é o mais operacional [...] (p. 725-727)

Corrente 1.2: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima, mas com definições distintas dos outros doutrinadores

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

[...] Eram enquadradas como serviço público **todas as atividades que o Estado exercia** [...]

Ainda hoje, no Brasil, é possível nos depararmos ocasionalmente com o emprego, em algum trabalho ou peça jurídica, de variações em torno da **acepção amplíssima** de serviço público acima referida, sobretudo para abranger nessa expressão o exercício pelo Estado de atividade econômica em sentido estrito, sob regime de direito privado. Não a trataremos, todavia, como uma definição em vigor.

Uma **acepção ampla** mais frequente é a que identifica “serviço público” com “atividade de administração pública em sentido material”. Alberga, portanto,

a **prestação de serviços públicos em sentido estrito** - efetuada diretamente ou por meio de delegatários -, o exercício do **poder de polícia, as atividades de fomento e a intervenção** (não incluída a atuação do Estado como agente econômico em sentido estrito). Por outras palavras, nessa acepção ficam **excluídas a atividade legislativa, a atividade jurisdicional e a atividade de governo** (formulação de políticas públicas).

Um **conceito restrito de serviços públicos** perfilhado por importantes autores, como a Prof. Maria Sylvia Di Pietro, é o que abrange todas as prestações de utilidades ou comodidades materiais efetuadas **diretamente** à população, pela administração pública ou pelos delegatários de serviços públicos, e **também** as atividades internas ou atividades-meio da administração (por vezes chamadas de “serviços administrativos”), voltadas apenas **indiretamente** aos interesses ou necessidades dos administrados.

Por fim, a **mais restrita das definições** - proposta pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello -, que adotamos nesta obra, considera serviço público unicamente a **prestação direta** à população. (p. 812-813)

Corrente 2: amplíssima (muito amplo), ampla e restrita

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

As primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, liderada por Duguit e Jéze. De início, essas noções **eram tão amplas** que abrangiam todas as atividades do Estado (a legislativa, a administrativa e a judicial) O eminente autor Celso Antônio Bandeira de Mello, por outro lado, adota um conceito mais **restrito**, que tolhe muito, a nosso ver, a noção de serviço público, porquanto deixa o ilustre administrativista de considerar como tal, aquela atividade tão-somente fruída indiretamente pelo administrado. Ele vê o serviço público como aquela atividade *diretamente* usufruída pelo particular.

De maneira mais precisa, a ilustrada autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua **serviço público a partir da premissa de que se trata de uma das atividades administrativas, entre outras, exercida pelo Estado e usufruída direta ou indiretamente pelo cidadão**. Assim, para a eminente administrativista, serviço público é uma atividade administrativa desempenhada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime jurídico ora exclusivamente público, ora híbrido (regime privado derogado por normas públicas), destinada a atender concretamente os interesses públicos e coletivos. (p. 222)

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

A conclusão a que se chega é a de que, insuficientes os critérios, tomados de forma isolada, devem todos eles ser considerados na formação da moderna fisionomia que marca a noção de *serviço público*. Esse o sentido moderno que, segundo entendemos, se deve emprestar à noção.

Dada a diversidade de critérios para a noção de *serviço público*, no entanto, é imperioso reconhecer que sua **abrangência pode alcançar todo e qualquer serviço prestado pelo Estado; com menor amplitude, prestados, individual ou coletivamente, à coletividade; e, com sentido ainda mais restrito, apenas os que beneficiam especificamente certos indivíduos.** (p. 612)

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

Serviço público é uma **atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais**, vinculadas diretamente a um **direito fundamental**, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre-iniciativa privada, **destinada a pessoas indeterminadas**, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

A natureza funcional da atividade de serviço público e a indisponibilidade dos direitos fundamentais acarreta usualmente a **atribuição da titularidade do serviço público ao Estado. Mas é possível a delegação do serviço público à prestação por particulares. Isso não desnatura a existência de um serviço público, o qual será executado por particulares delegados do Estado.**

O serviço público é uma **atividade administrativa, o que exclui as atuações de natureza legislativa e jurisdicional**. Prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir uma lei.

Mas nem todas as competências administrativas são serviços públicos. O serviço público é a satisfação concreta de necessidades. Por isso, não abrange o exercício de competências políticas inerentes à organização política do Estado, que traduzam o monopólio estatal da violência e outras competências reflexas, que se relacionam à concepção de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (CF/1988, art. 1.º, parágrafo único). Não se constituem em serviço público, por exemplo, as funções políticas do Chefe do Poder Executivo, a execução de sanções (inclusive penais), a fiscalização e arrecadação tributárias, os serviços de segurança pública (interna e externa).

O serviço público **produz a satisfação de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como a de interesses transindividuais** (coletivos ou difusos).

Isso significa não adotar a concepção de que apenas existiriam serviços públicos quando fossem produzidas utilidades fruíveis individualmente pelo usuário. Existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente [...] Aliás, há forte tradição em classificar os **serviços públicos em fruíveis uti singuli e uti universi**, o que influencia, inclusive, a disciplina tributária. A questão da fruição individual ou coletiva da utilidade **tem relevância para a disciplina da remuneração cabível, não como pressuposto da configuração do serviço público.** (p. 336)

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

Se a expressão *serviço público* tivesse **amplitude tão lata que abrangesse atividade material e jurídica assumida pelo Estado** como pertinente a si próprio, a noção de serviço público perderia seu préstimo, pois abarcaria realidades muito distintas entre si, coincidindo, afinal, com o **conjunto de atividades do Estado**, sem estremá-las com base nas características de cada qual e nas particularidades dos respectivos regimes jurídicos [...] **Restringiu-se a noção de serviço público aos chamados serviços uti singuli**, ou seja, individual e singularmente fruíveis pela pessoa de cada um (**postergando o sentido amplo de serviço público**, que abrigaria também os serviços uti universi). (p. 699)

Corrente 3: amplíssima (muito ampla) e ampla

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

A expressão “serviço público” às vezes vem empregada em **sentido muito amplo**, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública, desde uma carimbada num requerimento até o transporte coletivo. Quando se fala “ingresso no serviço público”, é atribuído sentido amplo ao termo. Se esta fosse a acepção adequada, todo o direito administrativo conteria um único capítulo, denominado “serviço público”, pois todas as atividades da Administração aí se incluiriam.

Serviço público, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o Poder Público propicia algo necessário à vida coletiva, como exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. (p. 315)

Corrente 4: amplíssima e restrita

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

Em sentido amplo, todas as atividades estatais poderiam ser consideradas como serviços públicos, o que se sustentou na escola francesa clássica, por considerar-se que prestá-los se constituiria na única (Gaston Jèze) ou na primordial (Léon Duguit) missão do Estado. Adotado, porém, esse **sentido amplíssimo**, não haveria como distinguir os serviços públicos de outras atividades como as legislativas e as judiciárias, nem, com mais razão, das outras atividades administrativas, de polícia, de ordenamento econômico, de ordenamento social e de fomento público, que são estudadas neste Curso.

Há que se buscar, portanto, um sentido estrito, que contribua para discriminar satisfatoriamente a categoria das atividades prestadoras de serviços públicos, das demais categorias de atividades jurídicas atribuídas ao Estado para desempenhar a expressão do poder que lhe é imanente, qual a de instituir, preservar e aprimorar sua ordem jurídica, bem como a de desempenhar as atividades sociais, que igualmente lhe cumpre, para a aplicação concreta da ordem jurídica.

[...] Esta aproximação conduz à **atualíssima noção funcional de serviço público**, desenvolvida na linha inaugurada por René Chapus, como a **atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual**, considerados por lei como de interesse público.

[...] Por essas razões, a **opção por um critério funcional**, eminentemente jurídico, que independe das flutuações conceptuais – que sempre resultarão das recorrentes referências sociológicas e políticas – **visa a superar essas velhas deficiências** e se apresentar, em acréscimo, como consentânea com a ideia de Estado Democrático de Direito [...] (p. 565)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

Ocorre que a noção de serviços público foi influenciado pela doutrina mais moderna de forma a **restringir o seu conceito**. Com efeito, tradicionalmente, a conceituação de serviço público era **muito abrangente**, abarcando **toda atuação do Estado**, na busca do interesse público, sem efetivar a distinção em relação às demais atividades administrativas.

Atualmente, a doutrina vem considerando fundamental diferenciar as atividades do Estado [...]

Portanto, pode-se definir que será considerado serviço público toda **atividade executada pelo Estado de forma a promover à sociedade uma comodidade ou utilidade, usufruída individualmente pelos cidadãos**, visando ao interesse público [...] (p. 663-664)

Corrente 5: ampla e restrita

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Em **sentido amplo**, serviço público é **qualquer atividade estatal ampliativa**, ainda que produza somente vantagens difusas pela sociedade. É por isso que a doutrina prioriza a utilização do **conceito de serviço público em sentido estrito**, que compreende somente as atividades estatais passíveis de fruição individualizada pelos usuários. (p. 1544-1545)

Não abordam

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

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

Conclusão

Concepções de serviço público

Corrente 1.1: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima (RCRO; MSZDP; ASA)

Corrente 1.2: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima, mas com definições distintas dos outros doutrinadores (MA e VP)

Corrente 2: amplíssima (muito amplo), ampla e restrita (DCJ; JSCF; MJF; CABM)

Corrente 3: amplíssima (muito amplo) e ampla (OM)

Corrente 4: amplíssima e restrita (DFMN; MC)

Corrente 5: ampla e restrita (AM)

Não abordam: (IPN; FM)

DIVERGÊNCIA 102 – Prestação direta de serviços públicos

Corrente 1: A prestação direta abrange a execução pela Administração Pública direta e indireta

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

Quando a Constituição fala em **execução direta**, tem-se que entender que **abrange a execução pela Administração Pública direta (constituída por órgãos sem personalidade jurídica) e pela Administração Pública indireta** referida em vários dispositivos da Constituição, em especial no artigo 37, caput, e **que abrange entidades com personalidade jurídica própria, como as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas**. (p. 311)

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

O Poder Público pode **prestar serviços públicos diretamente**, por meio de sua **Administração Direta e Indireta**, ou **indiretamente**, a partir de **concessões ou permissões à iniciativa privada**, na forma do art. 175 da CRFB. (p. 436)

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

Em suma, **prestação direta de serviço público** é a efetuada pela própria administração pública - **tanto pelos órgãos da administração direta quanto pelas entidades da administração indireta**; prestação indireta de serviço público é, tão somente, a sua execução pelos particulares, mediante delegação, nas modalidades de concessão ou de permissão de serviço público, ambas obrigatoriamente precedidas de licitação (em algumas hipóteses é possível, ainda, ocorrer a delegação por meio de ato administrativo de autorização de serviço público). (p. 820)

Corrente 2: A prestação direta abrange somente a execução pela Administração Pública direta

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

Assim, a entidade estatal pode prestar o serviço público diretamente, de forma centralizada, por meio de seus órgãos e agentes, ou indiretamente, de forma descentralizada, por meio de pessoas jurídicas que ela mesma por lei especial (autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades economia mista e consórcios públicos) ou ainda através de empresas privadas concessionárias, permissionárias e autorizatárias, que deverão explorá-lo por sua conta e risco, remunerando-se por meio dessa exploração. (p. 223)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Execução direta é aquela através da qual o próprio Estado presta diretamente os serviços públicos. Acumula, pois, as situações de titular e prestador do serviço. As competências para essa função são distribuídas entre os diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa da pessoa prestadora.

O Estado deve ser entendido aqui no sentido de pessoa federativa. Assim, pode-se dizer que **a execução direta dos serviços públicos está a cargo da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal através dos órgãos integrantes de suas respectivas estruturas.** Ministérios, Secretarias Estaduais e Municipais, Coordenadorias, Delegacias, fazem parte do elenco de órgãos públicos aos quais é conferida competência para as atividades estatais

Esses órgãos formam o que se costuma denominar de administração centralizada, porque é o próprio Estado que, nesses casos, centraliza a atividade. O velho Decreto-lei no 200/1967, que implantou a reforma administrativa federal, **denominou esse grupamento de órgãos de administração direta** (art. 4º, I), isso porque o Estado, na função de administrar, assumiria diretamente seus encargos. (p. 646)

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

A prestação direta é a executada pelos entes administrativos políticos. É, portanto, o próprio Poder Público da **União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que as institui e executa.** (p. 573)

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

Por conseguinte, ao Estado incumbe a titularidade dos serviços públicos, **mas o exercício pode ser: direto, por meio de seus entes;** ou indireto, sob o regime de concessão ou permissão no qual há a delegação do serviço público cuja titularidade é estatal, a pessoas privadas que vençam a licitação. (p. 212)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed.. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

A prestação do serviço público é feita pelo Estado que, no entanto, pode efetivar essa execução de forma direta ou mediante descentralização. Com efeito, a **prestação direta** ocorre pela prestação efetivada pelos **próprios entes federativos, ou seja, União, estados, municípios e Distrito Federal,** de forma centralizada. (p. 676)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

Existem diversas formas de prestação de serviços públicos: 1) **prestação direta: é aquela realizada pelo próprio Estado (Administração Pública direta).** Se houver cobrança em troca da prestação direta, a remuneração terá natureza tributária de taxa. (p. 1563)

Não se posicionam

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

Assim, tanto poderá **prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem,**

isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir "autorização", "permissão" ou "concessão" de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas). (p. 705)

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

[...] **Desempenhadas diretamente pelo Estado ou por seus delegatários.** É óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço, não caberá imaginar a outorga a terceiros, pois quem o desempenhar prescinde dela para o exercício da atividade em questão”. Classicamente, **apenas em relação aos serviços reservados ao Estado** (serviços públicos econômicos) pode ser **cogitada a prestação pela iniciativa privada em regime de delegação**. Já em relação aos serviços não reservados (serviços públicos sociais) a delegação é, em princípio, despicienda. (p. 732)

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

Todavia, nas hipóteses em que a titularidade do serviço é exclusiva do Estado, a sua **prestação pode ser realizada por ele ou por alguém em seu nome**, admitindo-se a transferência da **titularidade de sua prestação para os entes da Administração Indireta e para os particulares**. Nesse grupo de atividades, o Estado conserva a titularidade do serviço e transfere somente a sua prestação, o que ocorre por meio do instituto da delegação de serviços. (p. 602)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

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

Conclusão

Prestação direta de serviços públicos

Corrente 1: A prestação direta abrange a execução pela Administração Pública direta e indireta (MSZDP; RCRO; MA e VP)

Corrente 2: A prestação direta abrange somente a execução pela Administração Pública direta (DCJ; JSCF; DFMN; IPN; MC; AM)

Não se posicionam: (CABM; ASA; FM)

Não abordam: (OM; MJF)

DIVERGÊNCIA 103 – Inclusão dos serviços *uti universi* no conceito de serviço público

Corrente 1.1: concepção ampla, incluindo-se no conceito os serviços *uti universi*

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

No Brasil, tem prevalecido a **concepção ampla de serviço público**, especialmente pelos seguintes fatores:

- a) distinção entre o serviço público e outras atividades estatais (poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica), o que afasta a noção amplíssima;
- b) **admissão dos serviços públicos *uti universi*, ao contrário do sustentado nas concepções restrita e restritíssima**; e
- c) possibilidade de serviços públicos sociais, cuja titularidade não é exclusiva do Estado, mas compartilhada com os cidadãos, o que exclui a noção restritíssima.

Dessa forma, o serviço público pode ser definido como uma atividade prestacional, titularizada, com ou sem exclusividade, pelo Estado, criada por lei, com o objetivo de atender as necessidades coletivas, submetida ao regime predominantemente público. (p. 424-425)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Em essência, **serviço público significa prestações**; são atividades que propiciam **diretamente benefícios e bens, aos administrados**, não se incluindo aí as de preparação de infraestrutura (arquivo, arrecadação de tributos). Abrange **prestações específicas** para determinados indivíduos – água, telefone – e **prestações genéricas** – iluminação pública, limpeza de ruas.

No momento em que a atividade de prestação recebe a qualificação de serviço público, consequências advêm, em especial quanto ao regime jurídico, **mesmo que fornecida por particulares**.

Sob vários critérios os serviços públicos podem ser agrupados [...] No tocante aos destinatários, Hely Lopes Meirelles indica os serviços *uti universi* ou gerais, sem destinatários determinados, por exemplo, coleta de lixo, limpeza de ruas, iluminação pública. (p. 316 e 318)

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

Assim, para nós, serviço público é **uma atividade administrativa e material, prestada pelos órgãos da Administração direta do Estado ou por suas entidades da Administração indireta ou, ainda, por empresas privadas que atuam por delegação do Estado (são as concessionárias, permissionárias ou autorizatórias), consistente em utilidades ou comodidades materiais, criadas por lei, fruíveis direta ou indiretamente pelos administrados, sujeita a regime total ou parcialmente público. O serviço público, portanto, é função administrativa exercida pelo Estado ou por seus delegados, que consiste em prestações materiais específicas ou genéricas que propiciam para os administrados benefícios das mais variadas ordens** (telecomunicação, energia elétrica, transporte coletivo, gás canalizado, fornecimento de água, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, etc.)

[...] Os **serviços públicos, consoante sua natureza, podem assumir distintas classificações. [...] Serviços "uti universi" ou gerais são aqueles que a Administração presta sem usuários determinados, para atender à coletividade em geral, sem destinatários individuais, como os serviços de iluminação pública, de limpeza pública, de saneamento, etc. São serviços indivisíveis, ou seja, insuscetíveis de serem mensurados na sua utilização e não podem ser cobrados mediante taxa.** (p. 223 e 228)

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

É no sentido amplo que se utilizará a expressão doravante, de modo a distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção. Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público (p. 291-292)

Quanto à maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral, os serviços podem ser: uti singuli e uti universi. (p. 308)

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

De forma simples e objetiva, conceituamos **serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob**

regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade (p. 613).

[...]

Consideramos que a **importância da classificação** está em agrupar-se, com precisão, **serviços públicos diversos**, levando-se em conta a extensão, o âmbito de incidência, a natureza etc. **Entre todas, parece-nos que se deva adotar quatro classificações, que são as a seguir especificadas.**

[...] **Serviços coletivos (uti universi) são aqueles prestados a grupos indeterminados de indivíduos**, de acordo com as opções e prioridades da Administração, e em conformidade com os recursos de que disponha. São exemplos os serviços de pavimentação de ruas, de iluminação pública, de implantação do serviço de abastecimento de água, de prevenção de doenças e outros do gênero. (p. 618)

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

A partir do exposto, **definimos serviço público como: atividade prestacional, que incumbe ao Poder Público, com ou sem caráter privativo, sendo por ele desenvolvida diretamente ou por contrato de concessão ou permissão**, com regime de exorbitância ou tendo em vista restrições especiais estabelecidas para a **satisfação de necessidades coletivas** que o ordenamento jurídico confere especial proteção. (p. 216).

Quanto à determinação do usuário, há classificação mencionada com frequência na jurisprudência, justamente pela utilidade técnica de seus efeitos, que **divide os serviços públicos em: serviços de fruição geral (uti universi)** e serviços de fruição individual (uti singuli). (p. 219)

Corrente 1.2: concepção ampla, incluindo-se no conceito os serviços *uti universi*, mas com relevância apenas para disciplina remuneratória

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

Serviço público é uma **atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais**, vinculadas diretamente a um **direito fundamental**, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre-iniciativa privada, **destinada a pessoas indeterminadas**, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

A natureza funcional da atividade de serviço público e a indisponibilidade dos direitos fundamentais acarreta usualmente a **atribuição da titularidade do serviço público ao Estado**. Mas é possível a delegação do serviço

público à prestação por particulares. Isso não desnatura a existência de um serviço público, o qual será executado por particulares delegados do Estado.

O serviço público é uma **atividade administrativa, o que exclui as atuações de natureza legislativa e jurisdicional**. Prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir uma lei.

Mas nem todas as competências administrativas são serviços públicos. O serviço público é a satisfação concreta de necessidades. Por isso, não abrange o exercício de competências políticas inerentes à organização política do Estado, que traduzam o monopólio estatal da violência e outras competências reflexas, que se relacionam à concepção de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (CF/1988, art. 1.º, parágrafo único). Não se constituem em serviço público, por exemplo, as funções políticas do Chefe do Poder Executivo, a execução de sanções (inclusive penais), a fiscalização e arrecadação tributárias, os serviços de segurança pública (interna e externa). O serviço público **produz a satisfação de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como a de interesses transindividuais** (coletivos ou difusos).

Isso significa não adotar a concepção de que apenas existiriam serviços públicos quando fossem produzidas utilidades fruíveis individualmente pelo usuário. Existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente [...] Aliás, há forte tradição em classificar os **serviços públicos em fruíveis uti singuli e uti universi**, o que influencia, inclusive, a disciplina tributária. A questão da fruição individual ou coletiva da utilidade **tem relevância para a disciplina da remuneração cabível, não como pressuposto da configuração do serviço público.** (p. 336)

Corrente 2.1: concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços *uti universi*

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

É por isso que a doutrina prioriza a utilização do conceito de serviço público em sentido estrito, que compreende somente as atividades estatais passíveis de fruição individualizada pelos usuários. **A noção de serviço público stricto sensu, portanto, engloba apenas os serviços uti singuli. Por uma questão didática, a noção de serviço público será utilizada, nos itens seguintes desta obra, em sua acepção estrita.**

Em síntese, reunindo os mais importantes elementos conceituais apresentados pela doutrina, é possível definir **serviço público como toda atividade material ampliativa**, definida pela lei ou pela Constituição como

dever estatal, consistente no **oferecimento de utilidades e comodidades ensejadoras de benefícios particularizados a cada usuário**, sendo **prestada pelo Estado ou por seus delegados**, e submetida predominantemente aos princípios e regras de direito público. (p. 1544-1545)

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

Em sentido amplo, todas as atividades estatais poderiam ser consideradas como serviços públicos, o que se sustentou na escola francesa clássica, por considerar-se que prestá-los se constituiria na única (Gaston Jèze) ou na primordial (Léon Duguit) missão do Estado. Adotado, porém, esse sentido amplíssimo, não haveria como distinguir os serviços públicos de outras atividades como as legislativas e as judiciárias, nem, com mais razão, das outras atividades administrativas, de polícia, de ordenamento econômico, de ordenamento social e de fomento público, que são estudadas neste Curso.

Há que se buscar, portanto, um sentido estrito, que contribua para discriminar satisfatoriamente a categoria das atividades prestadoras de serviços públicos, das demais categorias de atividades jurídicas atribuídas ao Estado para desempenhar a expressão do poder que lhe é imanente, qual a de instituir, preservar e aprimorar sua ordem jurídica, bem como a de desempenhar as atividades sociais, que igualmente lhe cumpre, para a aplicação concreta da ordem jurídica.

[...] Esta aproximação conduz à **atualíssima noção funcional de serviço público**, desenvolvida na linha inaugurada por René Chapus, como a **atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual**, considerados por lei como de interesse público.

[...] Por essas razões, a **opção por um critério funcional**, eminentemente jurídico, que independe das flutuações conceptuais – que sempre resultarão das recorrentes referências sociológicas e políticas – **visa a superar essas velhas deficiências** e se apresentar, em acréscimo, como consentânea com a ideia de Estado Democrático de Direito [...] (p. 565)

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

Serviço público é **toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados**, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador de

prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (p. 695).

[...] **Restringiu-se a noção de serviço público aos chamados serviços *uti singuli***, ou seja, individual e singularmente fruíveis pela pessoa de cada um (postergando o sentido amplo de serviço público, que abrigaria também os serviços *uti universi*). (p. 699)

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

Passamos, então, à **terceira acepção de serviço público – ao seu conceito restrito** –, que, ao nosso ver, **é o mais operacional** [...]

Além de ser mais operacional, esse conceito também é inferível da Constituição Federal de 1988, razão pela qual **o adotaremos na seguinte forma**: serviços públicos são as **atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados**, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele **desempenhadas diretamente ou por seus delegatários**, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao **bem-estar da coletividade** (p. 727).

[...] Sendo assim, salvo se apenas por tradição, **os serviços *uti universi* não devem ser incluídos no conceito de serviços públicos**, que abrangeria, então, apenas os serviços *uti singuli* do Estado, sejam eles exclusivos (vedados à iniciativa privada, salvo delegação) ou não. (p. 738)

Corrente 2.2: concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços *uti universi*, mas tratando-os como um critério classificatório

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

Portanto, pode-se definir que será considerado serviço público **toda atividade executada pelo Estado de forma a promover à sociedade uma comodidade ou utilidade, usufruída individualmente pelos cidadãos, visando ao interesse público, gozando das prerrogativas decorrentes da supremacia estatal e sujeições justificadas pela indisponibilidade do interesse público**. Por fim, a atividade deve ser prestada pelo poder público, **de forma direta ou mediante delegação a particulares que atuarão por sua conta em risco** (p. 664).

Primordialmente, **os serviços públicos podem ser diferenciados em serviços *uti singuli* ou individuais e serviços *uti universi* ou gerais**, tomando por base a forma de fruição dessas atividades pelos usuários. (p. 678)

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

[...] é considerado serviço público **toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material, destinada à satisfação da coletividade, mas que pode ser utilizada singularmente pelos administrados**, e que o Estado a assume como pertinente a seus deveres e presta-a por si mesmo, ou por quem lhe faça as vezes, **sob um regime de direito público, total ou parcialmente**

Como já visto, o **serviço consiste numa ação estatal que produz uma utilidade ou comodidade desfrutável individualmente**, representa algo dinâmico, em movimento (ação constante) (p. 586-587).

Os **serviços públicos também podem ser classificados em: serviços gerais e serviços individuais. Os serviços gerais, também denominados *uti universi***, englobam os serviços prestados à coletividade em geral, sem ter um usuário determinado. (p. 601)

Corrente 2.3: concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços *uti universi*, mas abordando-o com relevância apenas para disciplina remuneratória

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

Adotamos esse mesmo **conceito restrito** de serviço público. A partir dele, propomos esta definição: **serviço público é atividade administrativa concreta** traduzida em **prestações** que **diretamente** representem, em si mesmas, **utilidades ou comodidades materiais** para a **população em geral**, executada sob **regime jurídico de direito público** pela administração pública ou, se for o caso, por particulares delegatários (concessionários e permissionários, ou, ainda, em restritas hipóteses, detentores de autorização de serviço público).

A classificação que distingue os serviços públicos em **gerais e individuais é a única, segundo pensamos, que possui relevância prática**. Com efeito, essa classificação tem sido reiteradamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para o **fim de identificar serviços públicos que podem ser remunerados mediante a espécie tributária taxa**.

Conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal, **serviços públicos gerais (*uti universi*) ou indivisíveis** são aqueles prestados a toda coletividade, indistintamente, ou seja, seus usuários são indeterminados e indetermináveis. (p. 812-813)

Conclusão

Inclusão dos serviços *uti universi* no conceito de serviço público

Corrente 1.1: Concepção ampla, incluindo-se no conceito os serviços *uti universi* (RCRO; OM; DCJ; MSZDP; JSCF; IPN)

Corrente 1.2: Concepção ampla, incluindo-se no conceito os serviços *uti universi*, mas com relevância apenas para disciplina remuneratória (MJF)

Corrente 2.1: Concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços *uti universi* (AM; DFMN; CABM; ASA)

Corrente 2.2: Concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços *uti universi*, mas tratando-os como um critério classificatório (MC; FM)

Corrente 2.3: Concepção restrita, não se incluindo no conceito os serviços *uti universi*, mas abordando-o com relevância apenas para disciplina remuneratória (MA e VP)

DIVERGÊNCIA 104 – Legitimidade na criação de serviços públicos

Corrente 1: Convencionalista-legalista/formalista

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

• **“colocadas pela Constituição ou pela Lei”**. Não há de se falar em criação de serviço público, mormente quando reserva a titularidade de atividade ao Estado, **sem esteio na Constituição ou em lei, mas jamais por iniciativa da própria Administração Pública** que por vontade própria retire setores da iniciativa privada transformando-os em serviços públicos. Da mesma forma, **não há de se falar em serviço público, por mais essencial que seja, apenas em razão da “natureza das coisas”, da sua importância para o liame social**, sendo imprescindível, além desse dado, o **reconhecimento pelo direito positivo** da responsabilidade do Estado pela atividade. (p. 730)

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

É o Estado que cria, por lei, os seus serviços públicos. A Constituição Federal já se antecipou e criou determinados serviços públicos (CF/88, art. 21, X, XI e XII e art. 25, § 2º, por exemplo). Uma vez criado, a gestão do serviço público também incumbe ao Estado, seu titular absoluto, que poderá, no entanto, fazê-lo diretamente ou indiretamente. (p. 223)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 (MJF)

Cabe à lei ordinária determinar a publicização de certa atividade e as hipóteses em que configurará serviço público. Isso não equivale a reconhecer uma autonomia ilimitada para o legislador ordinário. **Não é indiferente para a Constituição que as atividades referidas nos incs. XI e XII do art. 21 sejam tratadas como serviço público ou como atividade econômica em sentido restrito**. Tese dessa ordem é indefensável e infringe os arts. 170, 173 e 175 da CF/1988. (p. 344)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

Nesse breve relato do processo de **surgimento de um serviço público** merecem destaque dois pontos fundamentais:

1) a **escolha da tarefa que será transformada em serviço público depende exclusivamente de uma decisão política do constituinte ou do legislador**, bastando para isso submeter a atividade selecionada ao regime jurídico administrativo. (p. 1596)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Os serviços públicos federais explicitamente previstos na Constituição (art. 21); os estaduais (art. 25, § 2.º, gás canalizado) e os municipais (art. 30, de transporte coletivo), tal como ressalvados no seu art. 173, ambas as regras dispoñdo sobre atividades de exploração econômica, **já se consideram constitucionalmente instituídos, não necessitando de lei – federal, estadual, distrital federal ou municipal – que os criem**, mas, tão somente, que os regulem. Distintamente, **todos os demais serviços públicos** que importem em modalidades de exploração econômica, **implicitamente admitidos ou que possam ser instituídos por quaisquer dos entes da Federação, deverão ser criados por lei específica**, que também deverá regulá-los, mas, nesta hipótese, a validade dessa lei específica instituidora estará condicionada à existência de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, como exige o art. 173, caput, da Constituição. (p. 573)

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

A tarefa de definir determinada atividade como serviço público é exercida pelo constituinte ou pelo legislador.

Isso porque a atividade econômica, caracterizada como serviço público, é retirada da livre-iniciativa (publicatio), e a sua prestação por particulares somente será possível por meio de concessão e permissão. É evidente, no entanto, que o legislador não possui liberdade absoluta na publicização das atividades. Nem toda atividade econômica pode ser transformada em serviço público. A criação legislativa de novos serviços públicos é limitada, principalmente, pela essencialidade das atividades e por sua vinculação estreita com a dignidade da pessoa humana ou com o bem-estar da coletividade. (p. 426)

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

[...] **a sua criação é feita por lei** e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada. (p. 296)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

Em suma, a **importância intrínseca** de uma atividade **não permite** afirmar, no direito brasileiro, se ela configura, ou não, um **serviço público; não existe** entre nós um **conceito jurídico** de serviço público que permita enquadrar como tal uma prestação material a partir da análise, tão somente, da sua imprescindibilidade para a sobrevivência do grupo social.

[...]

Ademais, **não fazemos alusão à importância da atividade para o grupo social**, podendo a definição abranger necessidades vitais, meros interesses secundários e até atividades francamente dispensáveis, desde que, em qualquer caso, **o ordenamento jurídico preveja a sua execução sob regime jurídico de direito público**. (p. 810-812)

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

A enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva.

Isto significa que **dentro de certos limites**, mais ao diante abordados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios **poderão criar serviços públicos não mencionados na Constituição**.

[...] Desde que não seja afrontada a orientação constitucional indicada, e o sentido corrente da locução "atividade econômica", o **legislador ordinário poderá criar outros serviços públicos**. (p. 711 e 719)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Compete à **Constituição e à legislação infraconstitucional definir quais as atividades que serão rotuladas nesse conceito** [de serviço público]. (p. 664)

Corrente 2: Essencialista

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

A competência para a prestação dos diversos serviços públicos está prevista na Constituição Federal, em vários dispositivos, em especial nos arts. 21, 23, 25, §§ 1º e 2º, e 30, observando, ainda, o interesse próprio de cada entidade. O **texto constitucional elenca diversificados serviços públicos** e define a sua competência, mas o **rol é somente exemplificativo**, podendo os entes políticos criar outros serviços não mencionados em suas disposições, v.g., o serviço funerário, de âmbito municipal. **Para os serviços não enumerados na Constituição, a competência deve ser definida de acordo com o âmbito de interesse: tratando-se de serviço de interesse nacional, a competência é da União; sendo de interesse regional, é competente o Estado e, por fim, representando interesse local, a competência é dos Municípios.** (p. 599)

Corrente 3: A discussão entre legalistas/formalistas e essencialistas é superficial

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

Entendemos, em suma, que essa **discussão entre formalismo e essencialismo é superficial, pois tanto a matéria como a forma são aspectos a serem considerados**. A relevância da matéria é o que justifica a proteção conferida pelo ordenamento. Apenas se deve ressaltar que, via de regra, não será o intérprete, mesmo que autorizado (juiz), a fazer essa escolha, a partir da mera análise do conteúdo (essência), uma vez que, via de regra, ela já foi feita pela coletividade por meio de seus representantes. Assim, forma e matéria estão relacionadas e mesmo que o conteúdo sofra mutações com o tempo, ele é a principal razão do regime jurídico (forma). **Aplicadores do Direito conscientes não se curvam ao sistema jurídico como autômatos, isto é, sem refletir sobre a utilidade e adequação das regras às finalidades sociais prementes, mas procuram saber da razão de posituação das regras.** (p. 217)

Não se posiciona

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

Visando a um interesse público, os serviços públicos se incluem como um dos objetivos do Estado. **É por isso que são eles criados e regulamentados pelo Poder Público, a quem também incumbe a fiscalização.** (p. 613)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Conclusão

Legitimidade na criação de serviços públicos

Corrente 1: Convencionalista-legalista/formalista (ASA; DCJ; MJF; AM; DFMN; RCRO; MSZDP; MA e VP; CABM; MC)

Corrente 2: Essencialista (FM)

Corrente 3: A discussão entre legalistas/formalistas e essencialistas é superficial: (IPN)

Não se posiciona: (JSCF)

Não aborda: (OM)

DIVERGÊNCIA 105 – Delegação quanto aos serviços públicos não privativos

Corrente 1.1: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade econômica/ serviço privado e prescinde de delegação

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

Em relação aos **serviços públicos que excepcionalmente não são objeto de *publicatio***, a Constituição **assegura a atuação também da iniciativa privada**: saúde (art. 199 – “são livres à atividade privada”), educação (art. 209), assistência social (art. 204, I, in fine, e II, que se referem à prestação da atividade pelo Terceiro Setor) e previdência social (art. 202, que se refere à atuação “complementar” da iniciativa privada).

[...]

É óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço, não caberá imaginar a outorga a terceiros, pois quem o desempenhar prescinde dela para o exercício da atividade em questão.(p. 731-732).

[...] Entendemos, no entanto, na trilha da doutrina majoritária, como já exposto, que, apesar da plausibilidade da tese exposta, essas atividades (saúde, educação etc.) devem ser denominadas em seu conjunto como “serviços compartilhados”, sendo que, **quando exploradas pelos particulares, são atividades econômicas privadas, e quando exploradas pelo Poder Público são serviços públicos sociais**, espécie do gênero serviço público caracterizada, ao contrário de todos os demais serviços públicos, pela inexistência da reserva de titularidade estatal. (p. 750)

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

Resumindo todo o quadro aqui exposto, a regra geral, decorrente do art. 175 da Constituição Federal, é que as **atividades enquadradas como serviços públicos sejam de titularidade exclusiva do Estado**, restando afastada a livre-iniciativa; se esses serviços puderem ser prestados por particulares, forçosamente o serão mediante delegação (prestação indireta). Todavia, **atividades pertinentes aos direitos fundamentais sociais**, embora devam ser executadas efetivamente pelo Estado como serviço público, **não são de sua titularidade exclusiva** - e, por essa razão, **não foram retiradas da**

esfera da livre-iniciativa, vale dizer, **podem ser desempenhadas por particulares, sem que a elas se aplique o regime de delegação.** Nessa hipótese, são **classificadas como serviços privados** e estão sujeitas, tão somente, a fiscalização e controle estatal inerentes ao poder de polícia. (p. 801)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Por isso, os chamados “serviços de utilidade pública”, realizados por particulares e reconhecidos pela Administração como de “utilidade pública”, não podem ser qualificados como serviços públicos, em sentido técnico, por faltar o vínculo orgânico com a Administração, por não incumbirem ao Poder Público; este apenas reconhece que tais atividades trazem benefício à população, sobretudo se forem assistenciais, culturais, educacionais, por exemplo.

[...] É possível ainda cogitar de serviços públicos cuja responsabilidade cabe totalmente ao Poder Público, mesmo se executados por particulares, por exemplo: correio, água, gás canalizado, radiodifusão sonora e por imagens; e de **serviços públicos assim considerados somente se o Poder Público os assume, pois o ordenamento também possibilita que a iniciativa privada exerça tais atividades, sob sua responsabilidade**, por exemplo: ensino fundamental e médio. (p. 317-318)

Corrente 1.2: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade econômica/serviço privado e é necessária autorização estatal

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

Cabe lembrar que existem serviços públicos de titularidade comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como **saúde, educação, previdência social e assistência social.** Tais serviços, chamados ainda de **serviços sociais, também podem ser prestados por particulares mediante autorização estatal.** Porém, **só serão considerados serviços públicos propriamente ditos quando prestados pelo Estado** (p. 1549).

[...] c) serviços que o Estado tem **obrigação de prestar, mas sem exclusividade:** é o caso dos **serviços de saúde e educação, que, quando prestados pelo Estado, são serviços públicos.** (p. 1571)

Corrente 1.3: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade privada, classificados como serviços públicos impróprios e é necessária autorização estatal

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

[...] Na realidade, essa categoria de atividade denominada de **serviço público impróprio não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular**, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta a sua relevância. São **atividades privadas que dependem de autorização do Poder Público**; são impropriamente chamadas, por alguns autores, de serviços públicos autorizados.[...] (p. 304)

[...] **Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante autorização do Poder Público. Tal é o caso dos serviços previstos no título VIII da Constituição, concernentes à ordem social**, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 202), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209).

Com relação a esses serviços **não exclusivos do Estado**, pode-se dizer que são **considerados serviços públicos próprios, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços públicos impróprios**, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam **sujeitos a autorização e controle do Estado**, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado. (p. 310)

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

Serviços públicos não exclusivos do Estado são todos os serviços públicos sociais que também podem ser prestados pelo particular. Nesse caso, o Estado supervisiona, coordena, **autoriza**, regulamenta e acompanha a execução destes serviços. Ex.: saúde, previdência e assistência sociais, educação, etc.

Com relação a estes serviços não exclusivos do Estado, pode-se dizer que são considerados serviços públicos próprios, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços públicos impróprios, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos a controle e autorização do Estado, com base em seu poder de polícia. São

considerados serviços públicos porque atendem às necessidades coletivas, mas impropriamente públicos, porque lhes falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado^{1s}. Não verdade, **os serviços de saúde são considerados serviço público (serviço público próprio), quando prestados diretamente pelo Estado, e atividade econômica (serviço público próprio) quando explorados por particulares.** (p. 229)

Corrente 2: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, mantêm sua natureza de serviço público e prescinde de delegação

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

Serviços públicos sociais são os que atendem a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que **também convivem com a iniciativa privada**. São exemplos deste tipo de serviços a saúde, a educação, a previdência e a cultura. Expõe Di Pietro que eles são tratados na ordem social e objetivam a atender aos direitos sociais, considerados direitos fundamentais no art. 6º da Constituição.

Conforme expõe Garrido Falla, a aparição de serviços assistenciais e sociais não foi acompanhada da necessidade de “monopólio” administrativo, como os demais serviços exclusivos do Estado. Nos dizeres do jurista espanhol, “nem os serviços sanitários ou de beneficência, nem a aparição de um sistema administrativo de ensino público implicaram a proibição aos particulares de montar atividades paralelas”. **Explica, ainda, o autor que é justamente esse caráter não monopolístico do serviço que determina que em sua gestão não tenha cabimento a fórmula da concessão em seu sentido rigoroso;** pois a concessão surge ali onde a Administração se reserva a titularidade de uma atividade com proibição de seu livre exercício pelos particulares.

Por isso, sem desconsiderarmos a existência de opiniões contrárias, **acompanhamos, conforme já expressado anteriormente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de afirmar a natureza jurídica de serviço público aos serviços de educação e saúde, mesmo quando prestados pela iniciativa privada.**

Apesar de a Constituição ter se utilizado da expressão “livre à iniciativa privada”, nos arts. 209 e 199, **esta expressão ambígua não deve ser interpretada, a nosso ver, no sentido de que se trata de atividade livre ao mercado, como se tivesse sido retirada do campo dos serviços públicos e removida para as atividades econômicas em sentido estrito,** porque o regime jurídico de prestação de saúde e educação sofre um controle mais rigoroso, dada sua especial proteção em função da relevância de seu conteúdo

para o suprimimento de necessidades coletivas (expressão maior da realização de direitos sociais). Reitere-se: apenas se quis **ressaltar que são serviços públicos sociais não privativos, ou seja, que convivem com a iniciativa privada, sem a necessidade de sua delegação pela via da concessão ou permissão, daí a pretensa liberdade.** (p. 219)

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

c) **serviços públicos sociais:** serviços que atendem as necessidades coletivas de caráter social (direitos fundamentais sociais). Esses serviços podem ser prestados pelo Estado ou pelo particular. **A peculiaridade desses serviços reside na ausência de exclusividade, na sua titularidade, por parte do Estado (serviços não reservados ou não exclusivos), uma vez que o texto constitucional admite que os particulares prestem tais serviços, sem a necessidade de delegação formal do Poder Público** (ex.: saúde – art. 199 da CRFB; educação – art. 209 da CRFB; assistência social – art. 204, I e II, da CRFB; e previdência social – art. 202 da CRFB). (p. 433)

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

Essa formulação deve ser complementada para apontar a tendência à afirmação da **prestação do serviço público por entidades não estatais, que atuam em nome próprio, e não por delegação pública**. Existem serviços públicos não estatais, o que não significa o desaparecimento de serviços públicos privativos do Estado. Alguns dos mais relevantes serviços públicos continuam a ser de titularidade exclusiva do Estado.

[...] Em alguns outros casos, o direito permite que os particulares assumam certas atividades de interesse coletivo, tal como se passa com as atividades de educação, de saúde, de assistência social. Nessas hipóteses, é usual o entendimento de que haverá serviço público quando o Estado assumir a sua prestação. Se os particulares explorarem essas atividades, haveria atividade econômica. Esse entendimento se funda na explícita previsão constitucional de que essas atividades são configuradas como serviço público, admitindo-se sua exploração pela iniciativa privada. Portanto, a qualificação jurídica da atividade (como serviço público ou como atividade econômica) dependeria da identidade do sujeito que a explorar. Para alguns, tal orientação excluiria a possibilidade de aplicação de idêntica solução a outros serviços públicos, por não existir expressa previsão constitucional de concomitante exploração por particulares.

Essa posição é insatisfatória porque não teria cabimento que as atividades mais essenciais (saúde, assistência social e educação) comportassem uma

exploração mista, enquanto outras, de relevo político, social e econômico muito menor, fossem reservadas privativamente ao Estado.

Assim, adota-se entendimento diverso, no sentido de que a sociedade civil pode (e deve, aliás) assumir o desempenho de atividades de serviço público, inclusive sob regime peculiar a esses serviços. A titularidade estatal do serviço público não impede o desenvolvimento de instituições da sociedade civil, que se encarregam da prestação de algumas atividades de serviço público. Essas atividades equivalentes ao serviço público deverão sujeitar-se a regime jurídico similar. As atividades de educação e de saúde, embora desempenhadas por particulares, estão sujeitas a regime jurídico próximo ao do serviço público, mediante intensa fiscalização e regulamentação. Por isso, adota-se o entendimento de que, em algumas hipóteses, o serviço público não é de titularidade privativa do Estado. (p. 339-340)

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

Com efeito, cumpre distinguir, de um lado, os serviços públicos privativos do Estado - que são os referidos no art. 21, XI e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império, os quais devem ser prestados pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão - e, de outro lado, os **serviços públicos não privativos do Estado**.

Nesta última categoria ingressam os **serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem.**

Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão. (p. 711)

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

c) **serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade**, que são os serviços em que **tanto o Estado quanto o particular são titulares** em decorrência de previsão constitucional, denominados serviços não privativos. Dessa forma, os **particulares também prestam o serviço em nome próprio, e não em nome do Estado**, como ocorre na educação, na saúde, na previdência social e na associação social. (p. 599)

Corrente 3: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, possuem natureza de serviço de utilidade pública e prescinde de delegação

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspovidem, 2020 (MC)

Serviços públicos não exclusivos de Estado: nestes casos, o Estado presta estes serviços e o particular também o faz, sem a necessidade de delegação [...]. Citem-se como exemplos os serviços de saúde, educação e previdência, que são prestados pelo particular, somente mediante fiscalização do Estado e também serão prestados pelo Estado obrigatoriamente. Saliente-se mais uma vez que, nestes casos, o particular executa as atividades por iniciativa própria, gozando da sua titularidade [...]

Para doutrina mais moderna, inclusive encampada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tais serviços, quando prestados pelo particular, não ostentam a qualificação de serviços públicos propriamente ditos, sendo, portanto, designados serviços de utilidade pública ou serviços impróprios. (p. 677-678)

Não se posiciona

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

Serviços sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos. Evidentemente, tais serviços, em regra, são deficitários, e o Estado os financia através dos recursos obtidos junto à comunidade, sobretudo pela arrecadação de tributos. Estão nesse caso os serviços de assistência à criança e ao adolescente; assistência médica e hospitalar; assistência educacional; apoio a regiões menos favorecidas; assistência a comunidades carentes etc. (p. 619)

Não aborda

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

Conclusão

Delegação quanto aos serviços públicos não privativos

Corrente 1.1: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade econômica/ serviço privado e prescinde de delegação (ASA; MA e VP; OM)

Corrente 1.2: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade econômica/serviço privado e é necessária autorização estatal (AM)

Corrente 1.3: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, tem natureza de atividade privada, classificados como serviços públicos impróprios e é necessária autorização estatal (MSZDP; DCJ)

Corrente 2: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, mantêm sua natureza de serviço público e prescinde de delegação (IPN; RCRO; MJF; CABM; FM)

Corrente 3: Os serviços não privativos, quando prestados pelos particulares, possuem natureza de serviço de utilidade pública e prescinde de delegação (MC)

Não se posiciona: (JSCF)

Não aborda: (DFMN)

DIVERGÊNCIA 106 – Natureza dos serviços públicos impróprios/virtuais/delegáveis prestados pela iniciativa privada

Corrente 1.1: Os serviços públicos impróprios, também chamados de virtuais, possuem natureza de atividade privada regulamentada ou de relevância/interesse público

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

Atividades privadas regulamentadas, também chamadas de **serviços públicos impróprios ou virtuais**, de atividades privadas de **interesse público** ou de atividades privadas de **relevância pública**, constituem a linha fronteira entre a esfera público-estatal (serviços e monopólios públicos) e a esfera privada (livre mercado), linha que nas últimas décadas tem, de certa forma, avançado sobre a esfera pública, tornando por lei privadas atividades até há pouco consideradas como serviços públicos (ex.: telefonia celular).

São atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia de polícia administrativa para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade pública, através de um ordenamento jurídico setorial (ex.: distribuição de combustíveis, geração de energia eólica, bancos, planos de saúde, seguros, produção de sementes transgênicas, táxis, indústria hoteleira, portos privativos etc.). (p. 743)

Corrente 1.2: Os serviços públicos impróprios, também chamados de virtuais, possuem natureza de atividade particular, com certa ingerência estatal

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

b) **serviços públicos impróprios ou virtuais**: são as atividades, executadas por particulares, que atendem às necessidades da coletividade, mas que não são titularizadas, ao menos com exclusividade, pelo Estado. Tais serviços são nomeados como **impróprios ou virtuais**, justamente por não serem serviços públicos propriamente ditos, uma vez ausente o requisito da **publicatio** (ou **publicização**). São, em verdade, **atividades titularizadas por particulares**, e não pelo Estado, com a peculiaridade de que satisfazem o interesse social (atividades privadas de utilidade ou de relevância pública),

motivo pelo qual encontram-se **submetidas ao poder de polícia do Estado e a determinados princípios típicos dos serviços públicos**, tais como a continuidade (ex.: necessidade de continuidade para atividade de compensação bancária, com requisitos especiais para o direito de greve dos respectivos empregados – art. 10, XI, da Lei 7.783/1989). (p. 434-435)

Corrente 1.3: Os serviços públicos impróprios possuem natureza de atividade/serviços privados, com certa ingerência estatal

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

[...] **serviços públicos impróprios seriam atividades de natureza social executadas por particulares sem delegação, ou seja, serviços privados - sujeitos a regime jurídico de direito privado -, submetidos somente a fiscalização e controle estatal inerentes ao poder de polícia**. São exemplos os serviços de educação, saúde e assistência social prestados por estabelecimentos particulares. (p. 857)

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

Serviços públicos impróprios são os que, embora também destinados à satisfação das necessidades coletivas, não são assumidos nem prestados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados. Eles **correspondem a atividades privadas** e recebem impropriamente o nome de serviços públicos, porque atendem a necessidades de interesse geral. **Por serem atividades privadas**, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas dependem de autorização do Poder Público, estando sujeitas a **maior ingerência do poder de polícia do Estado**. (p. 227)

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

Essa classificação foi feita originariamente por Arnaldo de Valles e divulgada por Rafael Bielsa (cf. Cretella Júnior, 1980:50).

Para esses autores, serviços públicos próprios são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários e permissionários). E **serviços públicos impróprios** são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são

assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados; eles correspondem a atividades privadas e recebem impropriamente o nome de serviços públicos, porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado. **Na realidade, essa categoria de atividade denominada de serviço público impróprio não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta a sua relevância. São atividades privadas** que dependem de autorização do Poder Público; são impropriamente chamadas, por alguns autores, de serviços públicos autorizados. (p. 304-305)

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

As expressões serviços próprios e impróprios também são utilizadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Consideram-se serviços próprios os que atendem a “necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por intermédio de concessionárias e permissionárias)”; e **serviços impróprios** aqueles que satisfazem necessidades coletivas, mas não são assumidos, nem executados pelo Estado, o qual somente autoriza, regula e fiscaliza. O último conceito, na verdade, **não retrata um serviço público**, porque o Estado sequer o assume, o que representa uma condição indispensável para que se adote esse regime, **consistindo em uma simples atividade privada**. (p. 600)

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

Serviços públicos impróprios, para Meirelles: são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionárias, permissionários ou autorizatários.

Parte da doutrina (Bielsa, Valles) classifica como impróprio o serviço de atividade privada, exercida por particulares, que é autorizado, regulamentado e fiscalizado pelo Estado. Na realidade, a adoção desta

última definição é problemática, pois, conforme expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não se trata juridicamente de serviço público, mas apenas de atividade privada submetida a regime jurídico especial devido a sua relevância, como ocorre no caso das atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras, de seguro e previdência privada (p. 418-419).

Corrente 1.4: Não aborda como serviços públicos impróprios, mas sim como serviços públicos virtuais, tratando-se de atividade econômica privada, com certa ingerência estatal

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

5.4. Os **serviços públicos virtuais** (serviços de interesse econômico geral) [...]

A relevância coletiva de atividades dessa ordem conduz o Estado a promover uma intervenção regulatória relevante. Embora se **configure uma atividade econômica privada**, o seu **desempenho pode ser subordinado por lei ao controle estatal**, cuja intensidade é variável.

O art. 170, parágrafo único, da CF/1988, inclusive faculta à lei subordinar o exercício de certas atividades a uma autorização estatal prévia. O ato estatal destina-se a verificar o preenchimento pelo particular dos requisitos necessários. A intervenção do Estado, nesses casos, não atinge a natureza do serviço nem altera o regime jurídico sob o qual se desenvolve, ainda que se imponham requisitos para o desempenho das atividades e se as subordine a controle de intensidade variável.

Todo aquele que preencher os requisitos previstos em lei terá direito a desenvolver as atividades pertinentes. Portanto, a intervenção estatal não apresenta um cunho constitutivo do direito ao exercício da atividade, mas se trata de um ato de natureza declaratória. Nesse sentido, **não se verifica em tais casos uma transferência ao particular do exercício de uma atividade pública**. (p. 340-341)

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

Veio a ser depois utilizada também para batizar outro tipo de atividades que o Estado passou a assumir (exploração de atividade econômica), sob regime de Direito Privado, e até mesmo para. abarcar **atividades exercidas por particulares**, sem concessão, mas que se entendeu deveriam estar sob **impacto de regras publicísticas ("serviço público virtual")**. (p. 696)

Corrente 2: Os serviços públicos impróprios possuem natureza de serviços de utilidade pública

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

[...] os serviços públicos impróprios são aqueles que, não obstante sejam essenciais à coletividade e satisfaçam os interesses dos administrados, podem ser executados por particulares sem a necessidade de delegação pelo ente estatal. São serviços de utilidade pública, cuja exceção será somente fiscalizada pela Administração Pública, mediante a expedição de atos de consentimento que condicionam a forma de execução. (p. 680)

Corrente 3: Não especifica a natureza jurídica dos serviços públicos impróprios

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

b) serviços impróprios do Estado: aqueles que não afetam substancialmente as necessidades da coletividade, razão pela qual podem ter a prestação outorgada a entidades estatais descentralizadas ou delegada a particulares. Exemplo: telefonia fixa. (p. 1569)

Corrente 4: Os serviços públicos impróprios corresponderiam à natureza de serviços delegáveis, embora não tenha a exatidão desejável

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

Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores. Como exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia etc.

[...]

A classificação ora comentada corresponde, com mínimas alterações, à de serviços próprios e impróprios, adotada por alguns doutrinadores. Semelhante nomenclatura, *venia concessa*, não tem a exatidão desejável: de fato, se os serviços se destinam à coletividade, não há como deixar de considerá-los próprios. Em nosso entender, é a delegabilidade ou não do serviço que demarca a sua natureza. (p. 617)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

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

Conclusão

Natureza dos serviços públicos impróprios/virtuais/delegáveis prestados pela iniciativa privada

Corrente 1.1: Os serviços públicos impróprios, também chamados de virtuais, possuem natureza de atividade privada regulamentada ou de relevância/interesse público (ASA)

Corrente 1.2: Os serviços públicos impróprios, também chamados de virtuais, possuem natureza de atividade particular, com certa ingerência estatal (RCRO)

Corrente 1.3: Os serviços públicos impróprios possuem natureza de atividade/serviços privados, com certa ingerência estatal (MA e VP; DCJ; MSZDP; FM; IPN)

Corrente 1.4: Não aborda como serviços públicos impróprios, mas sim como serviços públicos virtuais, tratando-se de atividade econômica privada, com certa ingerência estatal (MJF; CABM)

Corrente 2: Os serviços públicos impróprios possuem natureza de serviços de utilidade pública (MC)

Corrente 3: Não especifica a natureza jurídica dos serviços públicos impróprios (AM)

Corrente 4: Os serviços públicos impróprios corresponderiam à natureza de serviços delegáveis, embora não tenha a exatidão desejável (JSCF)

Não abordam: (OM; DFMN)

DIVERGÊNCIA 107 – Generalidade e universalidade do serviço público como sinônimo

Corrente 1.1: Generalidade e universalidade como sinônimos

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

4) universalidade ou generalidade: a prestação do serviço público deve ser estendida à maior quantidade possível de usuários. (p. 1556)

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

Generalidade ou igualdade dos usuários - Está previsto como uma decorrência do serviço adequado no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95. Significa que os serviços públicos devem beneficiar o maior número possível de indivíduos, sem discriminar ou privilegiar de maneira infundada os usuários. Trata-se de decorrência do princípio da impessoalidade, pelo qual a prestação deve ser feita de forma igual, aberta ou indistintamente, sendo ainda voltado a atender à totalidade dos usuários, tendo em vista seu **objetivo de universalidade**. **Para que haja generalidade e os serviços públicos possam ser acessíveis a todos, existe também o princípio da modicidade de tarifas.** (p. 217-218)

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

Atrelado ao princípio da igualdade, o **princípio da universalidade ou da generalidade** exige que a prestação do serviço público beneficie o maior número possível de beneficiários. O prestador deve empreender esforços para levar as comodidades materiais para as pessoas que ainda não recebem o serviço público.

No Brasil, o princípio da generalidade ou universalidade é consagrado expressamente na Constituição da República. (p. 430)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

2.6 Generalidade – Conceituado por alguns estudiosos como princípio da universalidade, a norma define que serviço deverá ser prestado à maior quantidade de pessoas possível. A **prestação geral**, exigência da lei, se contrapõe à prestação setORIZADA, que beneficiaria somente algumas camadas da sociedade ou pessoas determinadas (p. 334).

Corrente 1.2: A universalidade é um atributo do princípio da generalidade

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

O princípio da generalidade é o mais importante dos princípios setoriais dos serviços públicos e o que, assinaladamente, marca a sua vocação universal, isonômica e democrática. A **característica universal** assegura a maior extensão possível da oferta de serviço aos interessados; a isonômica afiança a igualdade de tratamento aos usuários, e a democrática garante a participação do usuário em tudo o que se rege ao serviço que lhe é oferecido ou prestado. (p. 567)

Corrente 1.3: A generalidade é um atributo do princípio da universalidade

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

4) princípio da universalidade, por força do qual o serviço é indistintamente aberto à **generalidade** do público. (p. 699)

Corrente 2: Universalidade e Generalidade são princípios diversos

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

A sujeição a regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público, no sentido de que os princípios a que se submetem as entidades prestadoras de serviço público, ainda que tenham a natureza de pessoa jurídica de direito privado (como empresas estatais e concessionárias e permissionárias de serviço público), são os mesmos a que se submete a

Administração Pública, como os da continuidade, isonomia entre usuários, mutabilidade, **generalidade**, **universalidade** etc. (p. 294)

[...]

Além desses princípios, outros são mencionados na Lei nº 8.987/95 (que disciplina a concessão e a permissão de serviços públicos), cujo artigo 6º, § 1º, considera como serviço adequado “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, **generalidade**, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. (p. 303)

Corrente 3: Utilizam apenas o termo universalidade

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

O máximo a que a doutrina parece ter chegado é, como faz JÈZE, a enunciação de indícios, ou a necessidade de atendimento de alguns supostos princípios dos serviços públicos, como a **universalidade**, continuidade etc. Ocorre que além de haver casos em que esses princípios (**universalidade**, continuidade, igualdade...) podem ser aplicados a atividades privadas (ex.: os planos de saúde não podem ser interrompidos abruptamente), a sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais e administrativas, e não apenas aos serviços públicos, pelo menos em um conceito que não seja tão amplo. Portanto, a colocação desses princípios como os princípios peculiares reitores dos serviços públicos só faz sentido se equiparmos os serviços públicos a todas as atividades estatais. (p. 719)

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

A **universalidade** significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado. Admite-se, como é da essência da isonomia, a discriminação fundamentada em critérios adequados. (p. 346)

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

Aqui, encontra-se também o princípio da universalidade, o qual exige a prestação do serviço à coletividade como um todo, sendo uma atividade erga omnes e de forma indistinta. (p. 588-589)

Corrente 4.1: Utilizam apenas o termo generalidade

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

Princípio da generalidade - por este princípio, o serviço público deve ser ofertado de forma impessoal e destinado a atender a todos, sem qualquer discriminação. (p. 226)

Corrente 4.2: Utilizam apenas o termo generalidade e o tratam como desdobramento do princípio da igualdade/isonomia

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

O princípio da generalidade apresenta-se com dupla faceta. Significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos. Além disso, é imperioso avaliar, da mesma forma, a extensão territorial dentro da qual o serviço é executado, e isso porque quanto maior for a extensão, maior será decerto o número de pessoas beneficiadas pela atuação estatal

Mas é preciso dar relevo também ao outro sentido, que é o de serem eles prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição. **Cuida-se de aplicação do princípio da isonomia** ou, mais especificamente, da impessoalidade. (p. 627)

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

Embora a Lei 8.987/1995 nada esclareça a respeito do conteúdo do **princípio da generalidade**, costuma ele ser identificado com a exigência de que a concessionária (ou permissionária) providencie a prestação do serviço a ela delegado, sem discriminação, a todos quantos por ele demandem, dentro da área abrangida pela delegação, desde que atendam a condições gerais, estabelecidas com observância do princípio da isonomia. Além disso, deve ser assegurado que a concessionária (ou permissionária) atenderá ao mercado de forma abrangente, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais (Lei 9.074/1995, art. 3º, IV).

O princípio da generalidade, dessa forma descrito, também é denominado simplesmente princípio da igualdade dos usuários. (p. 904)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Conclusão

Generalidade e universalidade do serviço público como sinônimo

Corrente 1.1: Generalidade e universalidade como sinônimos (AM; IPN; RCRO; MC)

Corrente 1.2: A universalidade é um atributo do princípio da generalidade (DFMN)

Corrente 1.3: A generalidade é um atributo do princípio da universalidade (CABM)

Corrente 2: Universalidade e Generalidade são princípios diversos (MSZDP)

Corrente 3: Utilizam apenas o termo universalidade (ASA; MJF; FM)

Corrente 4.1: Utilizam apenas o termo generalidade (DCJ)

Corrente 4.2: Utilizam apenas o termo generalidade e o tratam como desdobramento do princípio da igualdade/isonomia (JSCF; MA e VP)

Não aborda: (OM)

DIVERGÊNCIA 108 – Cortes dos serviços públicos por inadimplemento

Corrente 1: É possível desde que ocorra após aviso prévio, considerado o interesse da coletividade, com fundamento no art. 6º, §3º, inc. II da Lei n.º 8.987/1995

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

[...] no que tange à interrupção por inadimplemento do usuário, não obstante se trate de matéria divergente na doutrina nacional, **a princípio a possibilidade de paralisação do serviço deve ser considerada constitucional, bastando que o usuário seja previamente avisado, nos moldes exigidos pela legislação, ora transcrita**. Com efeito, a maioria dos estudiosos entende que essa regra é não somente adequada ao texto da Constituição Federal como também garantidora do princípio da continuidade, uma vez que a manutenção de serviços públicos àqueles que estão inadimplentes pode ensejar a impossibilidade futura de que a atividade seja mantida a todos os que estão adimplentes com as suas prestações, em virtude da inviabilidade econômica que será causada ao prestador. (p. 672)

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

[...] o serviço público, além de ser um dever do Estado, não pode solução de continuidade. A Lei nº 8.987/95, no art. 6º, § 1º, impõe a contidos serviços públicos concedidos ou permitidos. Todavia, **em conformidade o § 3º do art. 6º, da Lei nº 8.987/95, não se caracteriza como descontinuidade da sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade**. (p. 225)

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

Analizados diversos instrumentos previstos em nosso ordenamento jurídico, que protegem a continuidade dos serviços públicos, importante ressaltar que, excepcionalmente, a sua interrupção será possível nas hipóteses previstas no art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95. **A lei autoriza a interrupção do serviço, não se caracterizando a sua descontinuidade, quando tipificada situação**

de emergência **ou com prévia comunicação ao usuário, quando este for inadimplente ou não oferecer as condições técnicas necessárias para que a concessionária possa prestar o seu serviço.**

[...]

Considerando toda a discussão, **ressalte-se que a possibilidade de interrupção por falta de pagamento deve ser avaliada em cada caso concreto**, sopesando os interesses e o direito aplicável.

Avaliando algumas situações, é importante lembrar que esse corte em caso de inadimplemento tem como objetivo maior proteger os interesses da coletividade, portanto, quando a interrupção prejudicar esses interesses, ela não deve ser realizada. (p. 1552 e 1555)

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

É verdade que o art. 6º, §3º, II, da Lei de Concessões estabelece que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção, mediante prévio aviso "por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade". A cautela existente na parte final deste versículo, leva a entender que algumas interrupções do serviço por inadimplência do usuário seriam inadmissíveis. Pense-se no caso de hospitais ou de estabelecimentos carcerários, ainda que o serviço de água ou de luz, por exemplo, estiverem sendo prestados por concessionário. De toda sorte, o problema das interrupções de serviço, segundo entendemos, não pode ser devidamente equacionado tão só ao lume da legislação ordinária. É que o serviço público, como evidente dever do Estado, é contemplado na própria Constituição. Está-se, pois, em face de matéria constitucional e que envolve direitos básicos da cidadania e da própria dignidade da pessoa humana. Bem o disse Weida Zancaner: "os direitos dos usuários dos serviços públicos advêm dos princípios informadores do serviço público que têm por fundamento a própria Constituição. Nenhuma lei pode reduzir-lhes ou amesquinhar-lhes os contornos, nem a Administração Pública pode abdicar do fiel cumprimento destes direitos, direitos subjetivos públicos que cada um de nós, como usuários, tem o direito de exercitar contra o Estado-Poder". (p. 766-767)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Assim, **pondo fim à grande polêmica quanto à legitimidade do corte do fornecimento do serviço em caso de falta de pagamento, a Lei de Concessões admite expressamente que o inadimplemento é causa de**

interrupção da prestação de serviço, desde que observada a necessidade de prévio aviso;

[...]

Assim, **os requisitos para corte do serviço por inadimplemento do usuário de serviço público** passam a ser: a) comunicação prévia sobre o desligamento; b) aviso sobre o dia a partir do qual será feito o corte; c) data do desligamento em dia que não seja sexta-feira, sábado ou domingo, nem em feriado ou dia anterior a feriado. (p. 1557-1558)

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

O art. 6º da Lei de Concessões (Lei 8.987/95) determina que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sendo que o § 3º, II, do artigo enfatiza não se caracterizar como descontinuidade do serviço sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

[...]

Esta questão deve ser apreciada à vista das particularidades de cada caso concreto. Assim, por exemplo, houve um caso em que foi considerada ilegal a interrupção da água de pessoa humilde, pobre, que “teve seu barraco de madeira incendiado e todos os seus móveis queimados e por isso atrasou o pagamento de água”. A companhia prestadora do serviço, no entanto, recusou-se a parcelar o débito e ainda cortou o fornecimento do serviço indispensável à saúde e à higiene, deixando o jurisdicionado, que se socorreu da assistência judiciária, sua esposa e filhos, sem água (REsp 201.112, 1T., J. 20.4.1999, Rel. Garcia Vieira). (p. 219-220)

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

Para além dessa singela observação, é importante destacar a existência de hipóteses em que a lei **admite a paralisação da prestação do serviço público**, sem que a interrupção caracterize violação ao postulado da continuidade (também denominado princípio da permanência). São as seguintes:

[...]

c) interrupção da prestação do serviço motivada pela inadimplência do usuário, desde que “considerado o interesse da coletividade”.

Na interrupção motivada por emergência, não se cogita, por obvio, exigir aviso prévio. Nas duas outras situações acima listadas, a **paralisação da**

prestação do serviço somente poderá ser considerada legítima se tiver sido previamente comunicada.

Além disso, quando motivada por inadimplência, não pode a paralisação iniciar sexta-feira, sábado ou domingo, nem em feriado ou véspera de feriado.

Para a interrupção do fornecimento do serviço fundada no inadimplemento do usuário, a lei determina que seja “considerado o interesse da coletividade”. Em face dessa restrição, é acertado asseverar que a concessionária (ou permissionária) não poderá paralisar a prestação do serviço público quando essa medida comprometa o funcionamento de estabelecimentos de interesse do grupo social, tais como escolas, hospitais, repartições públicas. Se esses usuários especiais - cujas operações afetam intensamente “o interesse da coletividade” - deixarem de pagar pelo serviço recebido, só restará ao delegatário prestador tentar recuperar o valor a ele devido utilizando-se dos meios ordinários de cobrança, mediante a propositura, perante o Poder Judiciário, das ações cabíveis. (p. 903-904)

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

A natureza do serviço público impõe sua continuidade, sem interrupções. Por exceção, admite-se a **suspensão da sua prestação em duas hipóteses, disciplinadas no art. 6.º, § 3.º, da Lei 8.987/1995.**

[...]

A solução que vem sendo adotada é a admissão da interrupção, subordinando-se o corte do serviço a uma série de formalidades prévias. O STJ tem jurisprudência pacífica no sentido da **validade da suspensão dos serviços em virtude do inadimplemento do usuário**, ainda que se trate de órgão ou ente público. Impõe, todavia, que sejam **preservadas as unidades públicas** cuja paralisação é inadmissível, porque provedoras de necessidades inadiáveis. Exige, ainda, que **haja aviso prévio**, bem como que não se trate de débitos antigos e consolidados. (p. 191)

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

Todavia, tal permanência não significa, necessariamente, que não possam ocorrer interrupções, aceitáveis, tanto por motivos de ordem geral como para certos cuidados de manutenção, como os de força maior, que resultam de uma situação de emergência ou, ainda, **precedidas de prévio aviso, sempre que possível**, se for motivada por razões de ordem técnica e de segurança das instalações (Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 6.º, § 3.º, e seu inciso I), e até por **motivos de ordem particular, desde que**

justifiquem a paralisação, como, entre outros, seria o caso da inadimplência do usuário (leg. cit., art. 6.º, § 3.º, II).

Se forem serviços delegados e invocadas razões de interesse público, o Poder Público pode exigir a continuidade de prestação de serviços, mesmo em caso de seu próprio inadimplemento, devendo, neste caso, ser reajustada a tarifa ajustada para admitir o novo ônus, ou, como alternativa, deverá o próprio Poder Concedente subsidiá-la. (p. 567)

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

Atualmente, é possível mencionar três questões polêmicas que envolvem a aplicação do princípio da continuidade dos serviços públicos, a saber: a) **possibilidade, em regra, de interrupção dos serviços públicos na hipótese de inadimplemento do usuário, com fundamento na primazia da legislação especial (art. 6.º, § 3.º, II, da Lei 8.987/1995) em relação à legislação geral (art. 22 do CDC)**. (p. 428)

Corrente 2: É possível quando se tratar de serviços facultativos, com fulcro no art. 6º, §3º, inc. II da Lei n.º 8.987/1995, e não é possível quando se tratar de serviços compulsórios, salvo se este for remunerado por preço público (tarifa)

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

Solução diversa ocorre quando o **usuário deixa de pagar o serviço**. A despeito de algumas divergências, e com o abono de alguns estudiosos, **entendemos que se devam distinguir os serviços compulsórios e os facultativos**. Se o serviço for facultativo, o Poder Público pode **suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento**, o que guarda coerência com a facultatividade em sua obtenção. É o que sucede, por exemplo, com os serviços prestados por concessionários, cuja suspensão é expressamente **autorizada pela Lei no 8.987/1995, que dispõe sobre concessões de serviços públicos (art. 6º, § 3º, II)**. Tratando-se, no entanto, de **serviço compulsório, não será permitida a suspensão**, e isso não somente porque o Estado o impôs coercitivamente, como também porque, sendo remunerado por taxa, tem a Fazenda mecanismos privilegiados para cobrança da dívida. Tais soluções são as que nos parecem mais compatíveis na relação Estado-usuário.

A suspensão do serviço pode decorrer também de situação de emergência, ou, após prévio aviso, por razões técnicas ou de segurança nas instalações. A interrupção, nessa hipótese, não se caracteriza como descontinuidade do serviço. (p. 628)

A suspensão do serviço, então, somente será admissível se for remunerado por preço público (tarifa), ainda que tenha natureza compulsória, estabelecida em lei. (p. 631)

Não abordam

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

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

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Cortes dos serviços públicos por inadimplemento

Corrente 1: É possível desde que ocorra após aviso prévio, considerado o interesse da coletividade, com fundamento no art. 6º, §3º, inc. II da Lei n.º 8.987/1995 (MC; DCJ; FM; CABM; AM; IPN; MA e VP; MJF; DFMN; RCRO)

Corrente 2: É possível quando se tratar de serviços facultativos, com fulcro no art. 6º, §3º, inc. II da Lei n.º 8.987/1995, e não é possível quando se tratar de serviços compulsórios, salvo se este for remunerado por preço público (tarifa) (JSCF)

Não abordam: (ASA; MSZDP; OM)

DIVERGÊNCIA 109 – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos usuários de serviços públicos

Corrente 1: Tese ampliativa, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos

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

O usuário de serviço público, assim como qualquer consumidor, tem como garantia a aplicação das regras da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, para protegê-lo ainda mais, a Lei n. 8.987/95 também disciplina direitos e obrigações aplicáveis a esses usuários. (p. 609)

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

Contudo, para que o prestador do serviço possa obter a respectiva remuneração, urge que tenha sido efetivamente executado. Se não o foi, qualquer cobrança se revela indevida, já que o usuário não pode pagar por um serviço que não lhe foi prestado. **Tem ocorrido o fato com a cobrança da tarifa de esgoto em locais em que sequer existe o serviço. A jurisprudência – acertadamente, a nosso ver – tem assegurado ao usuário o direito à repetição do indébito, com restituição em dobro, com base no art. 42, parágrafo único, do CDC – Código de Defesa do Consumidor.** (p. 637)

Corrente 1.2: Tese ampliativa relativa, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos, mas não absoluta e indiscriminadamente

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

Não há dúvidas quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC – aos serviços públicos em razão de dispositivos expressos nesse sentido [...]

Todavia, o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades econômicas comuns, sujeitas à

liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo.

[..] Todavia, por outro lado, a **aplicação do CDC não pode ser absoluta**, devendo, ao contrário, ser realizada com extrema cautela, sob pena de desnaturar a atividade como serviço público, privilegiando os interesses de consumidores individualmente considerados, e postergando os seus objetivos maiores de solidariedade social. (p. 751-752)

Corrente 2: Tese consumerista, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos quando configurada relação de consumo

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

A procedência dos raciocínios anteriores é confirmada pela redação do art. 1º, § 2º, inc. I da Lei 13.460/2017, que determinou que “A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto: (...) II – na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo”.

Portanto, ficou cristalizado que a aplicação do CDC no âmbito dos serviços públicos apenas será cabível quando configurada uma relação de consumo. A ressalva final evidencia que não existe, de modo automático, uma relação de consumo em toda e qualquer prestação de serviço público. (p. 350)

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

Ainda como preliminar, cumpre destacar que a Lei 13.460/2017, consoante assevera o § 3º do seu art. 1º, tem aplicação subsidiária “aos serviços públicos prestados por particular”. Ora, partindo da premissa (correta) de que particulares somente podem prestar serviços públicos propriamente ditos mediante delegação estatal, conclui-se que o preceito legal citado tem por destinatárias as concessionárias e permissionárias de serviço público, bem como as pessoas detentoras de autorização de serviço público. De toda sorte, **as disposições da Lei 13.460/2017 não excluem eventuais normas regulamentadoras específicas, tampouco, quando caracterizada relação de consumo, a incidência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).** (p. 868)

Corrente 3: Tese subsidiária, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos de maneira subsidiária

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

[...] os serviços públicos têm toda a sua disciplina normativa baseada nos princípios e regras do Direito Administrativo. Entretanto, é possível notar, pelos conceitos acima apresentados, que alguns autores falam em regime parcialmente público, admitindo a incidência de algumas regras de direito privado, tais como as normas de defesa do consumidor. É importantíssimo lembrar que o art. 7º da Lei das Concessões (Lei n. 8.987/95) **admite expressamente a aplicabilidade subsidiária das regras do Código de Defesa do Consumidor** (Lei n. 8.078/90) no que diz respeito aos direitos do usuário. Em razão do critério da especialidade, é a Lei n. 8.987/95 (norma especial) que incide primariamente sobre o que doutrina e jurisprudência chamam de “relação jurídica especial de consumo” (usuário de serviço público), **cabendo ao CDC uma aplicação apenas subsidiária**. (p. 1541-1542)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

A Lei nº 8.987/95, com alterações posteriores, arrola os direitos e deveres dos usuários do serviço público, **sem prejuízo de preceitos do Código do Consumidor** (Lei nº 8.078/90). (p. 314)

Corrente 4: Tese restritiva, aplicando-se o CDC somente quando se tratar de serviço individualmente remunerado

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

A prestação dos serviços públicos, segundo a legislação vigente, encontra-se submetida ao CDC. Nesse sentido, o art. 7.º da Lei 8.987/1995, que enumera os direitos e obrigações dos usuários, consagra, expressamente, a aplicação da Lei 8.078/1990 aos serviços públicos. Da mesma forma, o CDC faz referência aos serviços públicos (arts. 4.º, VII, 6.º, X, e 22)

[...]

Entendemos que a aplicação do CDC ocorre apenas em relação aos serviços públicos uti singuli, que sejam remunerados individualmente por tarifa. (p. 436)

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

É importante assinalar e encarecer que aos usuários de serviços públicos também se aplicam proteções residentes no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8 .078, 11.9 .1990). Quanto a isto não há dúvida possível, uma vez que inúmeros de seus dispositivos reportam-se expressamente a serviços públicos.

Para Dinorá Grotti ela só ocorrerá quando se trate de serviço individualizadamente remunerado, não cabendo discriminar em função de a remuneração ser denominada taxa ou tarifa. Ao nosso ver esta é a orientação geral correta. (p. 767)

Não se posiciona

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

Note-se que a menção à aplicação do Código de Defesa do Consumidor é feita na Lei de Concessões e Permissões. **Para Dinorá Grotti e Celso Antônio Bandeira de Mello apenas se aplicam as regras de defesa do consumidor quando o serviço público for remunerado por meio de tarifa em matérias que são passíveis de delegação, isto é, em serviços de utilidade pública e fruição individual como telefonia ou transporte coletivo; não se admitindo caracterizar também como de consumo a prestação de serviços cuja remuneração é feita pelos impostos, isto é, que são gratuitos, o que não significa que não tenham proteção jurídica**

Outra corrente, que ganhou força na atualidade, é aquela defendida por Leonardo Roscoe Bessa, **para quem a natureza tributária da relação não afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos remunerados por taxa**, uma vez que, na visão dele, o critério relevante repousa na existência da correlação entre o pagamento e o serviço, desde que desenvolvido em determinado mercado de consumo

[...] Portanto, não se pode deixar de reconhecer que a **situação é progressivamente indeterminada**. (p. 226-227)

Não abordam

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

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

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

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

Conclusão

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos usuários de serviços públicos

Corrente 1.1: Tese ampliativa, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos (FM; JSCF)

Corrente 1.2: Tese ampliativa relativa, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos, mas não absoluta e indiscriminadamente (ASA)

Corrente 2: Tese consumerista, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos quando configurada relação de consumo (MJF; MA e VP)

Corrente 3: Tese subsidiária, aplicando-se o CDC aos usuários de serviços públicos de maneira subsidiária (AM; OM)

Corrente 4: Tese restritiva, aplicando-se o CDC somente quando se tratar de serviço individualmente remunerado (RCRO; CABM)

Não se posiciona: (IPN)

Não abordam: (MC; JSCF; DCJ; MSZDP)

DIVERGÊNCIA 110 – Distinção entre tarifa, taxa, preço público e preço quase público

Corrente 1.1: O conceito de tarifa e preço público são fungíveis, possuindo natureza contratual/voluntária/não tributária, sendo distintos do conceito de taxa, de natureza legal/obrigatória/tributária

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

Toda a disciplina do art. 175 da CF e dos arts. 9º a 13 da Lei n. 8.987/95 sobre a remuneração da concessionária se refere ao pagamento pelo usuário **de tarifas, conceito fungível com o de preço público e distinto do de taxa: enquanto aquela é de natureza contratual e consequentemente voluntária, essa é imposta diretamente pela lei e é obrigatória**. Segundo o STF, o fundamental para identificar uma ou outra espécie obrigacional é aferir se o particular tem a liberdade de gozar ou não o serviço público em questão. **Se o usuário tem a liberdade de, caso queira, se valer de outros meios adequados à satisfação das suas necessidades (serviços públicos voluntários), será tarifa** (ex.: pode-se usar a luz elétrica fornecida pelo serviço público, ou usar a energia solar, um gerador particular, ou mesmo viver sem luz). **Já quando o usuário não possui a opção de não utilizar o serviço (serviços públicos compulsórios) será taxa** (ex.: na maior parte dos municípios brasileiros, os particulares não podem se recusar a receber o serviço público de coleta domiciliar de lixo, constituindo inclusive infração administrativa a utilização de outro meio para se livrar do lixo produzido). (p. 801)

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

Os serviços específicos e divisíveis podem ser remunerados por meio de taxa, que é uma espécie de tributo vinculado a uma contraprestação estatal, ou tarifa, que é preço público e consiste numa cobrança, pelo Poder Público, que não tem natureza tributária, podendo sofrer alteração, sem os rigores do regime tributário.

[...]

Tais institutos, **tarifa ou preço público e taxa, não se confundem**. Consolidando a orientação, o STF editou a Súmula n. 545, que diz: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente

daqueles, **são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu**”. (p. 601)

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

Ora, enquanto **a taxa é compulsória, tarifa ou preço público é aquele exigido em regime de competição, e não como única possibilidade**. Contudo, conforme pesquisa reproduzida no voto do conhecido precedente fixado pelo Min. Teori Albino Zavascki, o serviço público pode tanto ser prestado em regime de competição como também em regime de exclusividade, até porque o art. 16 da Lei nº 8.987/95 determina que a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica. (p. 228)

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

Em primeiro lugar, alguns **serviços são remunerados por taxas, espécie de tributo** prevista para esse fim (art. 145, II, CF). Quando o **serviço é obrigatório, ou seja, imposto aos administrados, será ele remunerado por taxa**.

[...]

Os **serviços facultativos são remunerados por tarifa, que é caracterizada como preço público**. Aqui o pagamento é devido pela efetiva utilização do serviço, e dele poderá o particular **não mais se utilizar se o quiser**. (p. 636 e 638)

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

Também no artigo 145, II, ao prever, como um dos fatos **geradores da taxa, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis**, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (p. 291)

[...] a **tarifa**, quando cabível, tem a **natureza de preço público e é fixada no contrato** (arts. 9º e 23, IV, da Lei nº 8.987/95). (p. 633)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed.. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

A natureza privada das tarifas já foi objeto de análise pelos estudiosos da matéria e pela jurisprudência, estando consolidado o entendimento

de que são exações privadas, não se confundindo com as taxas. Nesse sentido, a Súmula 545, do Supremo Tribunal Federal, dispõe que “**preços de serviços públicos e taxas não se confundem**, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e tem sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu. (p. 679-680)

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

O ordenamento jurídico brasileiro prevê basicamente três formas de remuneração para a prestação de serviços públicos: 1) **tarifa**: também chamada de **preço público**, é a remuneração paga pelo usuário quando serviço público uti singuli é prestado indiretamente, por delegação, nas hipóteses de concessão e permissão. A tarifa é uma contrapartida **sem natureza tributária**, mas de **cunho privado-contratual**. Não sendo tributo, está dispensada do cumprimento dos princípios da legalidade e da anterioridade, razão pela qual pode ser majorada por ato administrativo do poder concedente, e a exigência será realizada imediatamente, sem necessidade de observância do intervalo de não surpresa característico da anterioridade tributária. Exemplo de tarifa: o valor do pedágio cobrado nas rodovias exploradas por particulares; 2) **taxa**: é uma contrapartida **tributária** utilizada nas hipóteses de prestação direta pelo Estado de serviço público uti singuli. Também serão remunerados por taxas os serviços públicos outorgados a pessoas jurídicas da Administração indireta, como autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Em razão de sua natureza tributária, as taxas somente podem ser criadas ou majoradas por meio de lei (art. 150, I, da CF), e sua cobrança está submetida ao intervalo mínimo imposto pelo princípio da anterioridade (art. 150, III, b e c, da CF). Exemplo de serviço público remunerado por taxa é o serviço postal prestado pelos correios. (p. 1567)

Corrente 1.2: A tarifa é espécie do gênero preço público, aquela significando remuneração de um serviço público, com natureza não tributária, e este sendo uma remuneração genérica ao poder público, sendo ambos distintos do conceito de taxa, de natureza legal/obrigatória/tributária

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

A expressão preço público é genericamente empregada para designar pagamentos de natureza não tributária efetuados com a finalidade de remunerar ou ressarcir o poder público, ou os seus delegatários, pelo uso

de bens públicos por particulares, pela exploração econômica privada de bens e recursos pertencentes ao Estado, ou pela prestação de determinados serviços públicos.

Não é raro serem tratados como sinônimos os termos tarifa e preço público. Filiamo-nos, porém, à corrente doutrinária que considera as tarifas uma espécie do gênero preço público. Segundo essa orientação, **tarifa é, especificamente, o nome dado ao preço público que representa a contraprestação pecuniária de um serviço público, pago diretamente pelo usuário ao respectivo prestador.**

É importante **diferenciar preço público, incluídas as tarifas, de taxa.**

As **taxas são uma das espécies existentes de tributo.** Sujeitam-se, portanto, ao regime jurídico tributário, configuram uma **prestação compulsória, de natureza legal** (ex lege). Classificam-se como receita pública derivada. (p. 894-895)

Corrente 1.3: Aborda tarifa e preço público como conceitos fungíveis e diferentes do conceito de taxa sem, no entanto, defini-los

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

Entretanto, como muitos dos serviços públicos são prestados sob a forma de delegação à iniciativa privada (prestados por empresas privadas concessionárias e permissionárias, que têm custos), **há a necessidade de o usuário remunerar a empresa, pelo serviço prestado, com o pagamento de um preço ou tarifa.**

[...]

Serviços públicos comerciais ou industriais são aqueles que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica. **São remunerados por tarifas ou preços públicos.**

[...]

Serviços "uti universi" ou gerais são aqueles que a Administração presta sem usuários determinados, para atender à coletividade em geral, sem destinatários individuais, como os serviços de iluminação pública, de limpeza pública, de saneamento, etc. **São serviços indivisíveis, ou seja, insuscetíveis de serem mensurados na sua utilização e não podem ser cobrados mediante taxa.** (p. 226 e 228)

Corrente 1.4: Aborda tarifa e taxa como conceitos distintos sem, no entanto, defini-los, além de não abordar o conceito de preço público

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

Assim, tal modicidade, à qual se refere expressamente o art. 6º, § 1º, da lei de concessão de serviços públicos (Lei 8 .987, de 13.2.1995), em rigor é de ser predicável não apenas das tarifas às quais ele é expressamente referido, **mas também às taxas, se esta for a modalidade de contraprestação do serviço** (703)

Em geral, o concessionário de serviço público (ou da obra pública) explora o serviço (ou a obra pública) mediante **tarifas que cobra diretamente dos usuários, sendo daí que extrai, basicamente, a remuneração que lhe corresponde. Isto não exclui a possibilidade de que sejam também previstas outras fontes de recursos para compor-lhe a remuneração.** (p. 756)

Corrente 2: O conceito de tarifa é classificado como preço público, sendo distintos dos conceitos de taxa e de preço quase público

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

Destarte, no caso de serviços públicos diretamente prestados pelo Estado, será esta consideração política que deverá ditar a fixação legal das **taxas – que constituem a modalidade tributária específica para remunerá-los**, comportando a imposição de valores formalmente desvinculados dos preços de mercado, cabendo exclusivamente aos legisladores definir o que venha a ser, *in casu*, a modicidade possível (p. 570)

[...]

Está-se diante de um conceito fronteiro ao Direito Tributário, pois que lavra, ainda, acesa dissensão em torno de sua natureza jurídica, pois, para alguns, **a tarifa seria um preço público; para outros, um preço quase público, e, ainda, para outros mais, apenas um tributo sui generis**. Descartando, de logo, a classificação estrita de tributo [...] **resta examinar as duas outras: a classificação como preço público e como preço quase público.**

[...]

Acolhida a distinção fundada na natureza do interesse em jogo, tem-se que o **preço quase público é o arrecadado tendo em vista a existência um interesse exclusivo do particular**, ao passo que o **preço público sê-lo-ia,**

tendo em vista um interesse predominante do particular, considerando, neste caso, a existência de um ponderável interesse público na atividade. Essa distinção, dada a própria índole do Direito Administrativo, como ramo do Direito voltado à realização direta, concreta e imediata do interesse público, aponta, como a mais adequada, a classificação de preço público. (p. 584)

Corrente 3: O conceito de tarifa não mais se funge com o conceito de preço público e difere-se do conceito de taxa por possuir natureza não tributária/facultativa, enquanto esta tem natureza tributária/compulsória

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

Outra disputa relevante envolve a **distinção entre taxa ou tarifa, em face de um serviço público específico e divisível**. No caso da taxa, aplica-se o regime tributário. O regime da tarifa é de direito administrativo.

Uma diferença relevante entre taxa e tarifa se relaciona com a cobrança por serviços a serem consumidos de modo compulsório. **O regime jurídico da taxa se caracteriza pela possibilidade de exigência do pagamento da prestação tributária mesmo quando não tiver ocorrido a fruição efetiva do serviço público**. Já o regime jurídico da tarifa não comporta solução exatamente idêntica – ainda que se possa admitir a existência de tarifas mínimas. **Não é possível o usuário ser constrangido, contra a própria vontade, a usufruir o serviço e pagar a tarifa**.

[...]

A corrente que recebeu as primeiras preferências, historicamente, foi a que **relacionava tarifa e preço público**. [...]

Essa concepção estava, em última análise, na fundamentação da Súmula 545 do STF, com a seguinte redação: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

A partir dessa diferenciação, concluiu-se que a taxa seria utilizada quando o consumo de certo serviço público fosse compulsório, enquanto a tarifa caberia para a remuneração de serviços de consumo facultativo.

Essa orientação perdeu quase todo o prestígio doutrinário, como já ensinava Aliomar Baleeiro, mas não é incomum sua utilização pelos tribunais. (p. 376-377)

Corrente 4: O conceito de tarifa difere-se do conceito de taxa por aquela possuir natureza contratual e esta possuir natureza tributária, mas não aborda o conceito de preço público

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

A remuneração dos serviços individuais pode ser feita por **taxa (regime tributário) ou por tarifa (regime contratual)**.

Em síntese, a remuneração dos serviços individuais ocorre da seguinte forma:

a) quando os **serviços forem executados por concessionárias, a tarifa será, necessariamente, a forma remuneratória**; b) **quando o serviço for prestado diretamente pelo Estado, a tarifa será cobrada nos serviços individuais, que não envolvam o poder de autoridade estatal, e a taxa será instituída para os serviços individuais, cuja prestação dependa da autoridade pública.** (p. 432)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Distinção entre tarifa, taxa, preço público e preço quase público

Corrente 1.1: O conceito de tarifa e preço público são fungíveis, possuindo natureza contratual/voluntária/não tributária, sendo distintos do conceito de taxa, de natureza legal/obrigatória/tributária (ASA; FM; IPN JSCF; MSZDP; MC; AM)

Corrente 1.2: A tarifa é espécie do gênero preço público, aquela significando remuneração de um serviço público, com natureza não tributária, e este sendo uma remuneração genérica ao poder público, sendo ambos distintos do conceito de taxa, de natureza legal/obrigatória/tributária (MA e VP)

Corrente 1.3: Aborda tarifa e preço público como conceitos fungíveis e diferentes do conceito de taxa sem, no entanto, defini-los (DCJ)

Corrente 1.4: Aborda tarifa e taxa como conceitos distintos sem, no entanto, defini-los, além de não abordar o conceito de preço público (CABM)

Corrente 2: O conceito de tarifa é classificado como preço público, sendo distintos dos conceitos de taxa e de preço quase público (DFMN)

Corrente 3: O conceito de tarifa não mais se funge com o conceito de preço público e difere-se do conceito de taxa por possuir natureza não tributária/facultativa, enquanto esta tem natureza tributária/compulsória (MJF)

Corrente 4: O conceito de tarifa difere-se do conceito de taxa por aquela possuir natureza contratual e esta possuir natureza tributária, mas não aborda o conceito de preço público (RCRO)

Não aborda (OM)

DIVERGÊNCIA 111 – Concepção de regulação

Corrente 1.1: Intervenção estatal indireta, realizada de maneira permanente e sistemática, sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados

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

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais. A utilização do vocábulo “regulação” não é casual; não pode ele ser substituído por “regulamentação”. Na terminologia consagrada entre nós, a expressão “regulamentação” corresponde ao desempenho de função normativa infraordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral, 1 tal como dispõe o art. 84, IV, da Constituição. (p. 300)

Corrente 1.2: Intervenção indireta do Estado na economia por meio de posturas passiva (fiscalização) e ativa (imposição de comportamentos)

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

O termo “regulação” é polissêmico, admitindo, ao menos, três sentidos diversos: a) sentido amplo: regulação é toda forma de intervenção estatal, correspondendo ao conceito genérico de intervenção estatal na economia, o que engloba tanto a atuação direta do Estado como o estabelecimento de condições para o exercício de atividades econômicas; b) sentido intermediário: regulação estatal equivale ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se, portanto, a atuação direta do Estado na economia; c) sentido restrito: regulação seria somente o condicionamento da atividade econômica por lei ou ato normativo. No presente capítulo, o vocábulo “regulação” será utilizado no sentido intermediário mencionado anteriormente, sendo possível apontar três prerrogativas inerentes à atividade regulatória: a) a edição de normas; b) a implementação concreta das normas; e c) a fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações. **A regulação é uma forma de intervenção indireta do Estado na economia que não se confunde com a atuação empresarial do Estado (intervenção direta) [...]. Não se trata, todavia, de**

simples adoção de uma postura passiva de poder de polícia (na modalidade fiscalizatória), mas, sim, de uma postura ativa na imposição de comportamentos aos mercados que serão regulados. (p. 1037)

Corrente 1.3: Intervenção indireta do Estado no exercício da atividade normativa

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

A intervenção estatal no domínio econômico, segundo expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tanto pode ser direta como indireta. A direta ocorre quando o Estado, por meio de suas empresas, exerce a atividade econômica, em competição com a iniciativa privada ou em regime de monopólio, conforme, respectivamente, determinam os arts. 173 e 177 da Constituição, e a indireta se dá quando o Estado exerce apenas atividade normativa que repercute na atividade econômica, conforme especificado no art. 174 da Constituição.

Na intervenção direta, o Estado é produtor de bens e serviços e na indireta é regulador da atividade prestada por particulares. De acordo com Di Pietro, “o papel do Estado regulador não é incompatível com o papel do Estado produtor de bens e serviços, mas este último somente será assumido por motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo”, definidos em lei, conforme determina o art. 173 da Constituição. (p. 264)

Corrente 1.4: Intervenção indireta do Estado nas atividades econômicas por meio de instrumentos de autoridade

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

[...] **função regulatória do Estado**, ou seja, da intervenção do Estado nas atividades econômicas em sentido amplo.

A verdade é que, desde o fim do liberalismo clássico, todos os ordenamentos jurídicos do hemisfério ocidental reconhecem a necessidade de que o **Estado intervenha em atividades exploradas pelo setor privado** e, por essa razão, conferem ao poder público inúmeros instrumentos para execução das diversas formas de intervenção estatal existentes.

[...] Este ponto merece destaque: o **aumento da necessidade de regulação é consequência da opção política e econômica de retirar o Estado da execução direta** de atividades empresariais, hipótese em que ele **passa a**

nelas intervir por meio da utilização de instrumentos de autoridade. (p. 54)

Corrente 2: Intervenção direta do Estado no domínio econômico sob a figura do Estado-regulador como agente normativo, atuando na fiscalização, no incentivo e no planejamento

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

Estado Regulador é aquele que, através de regime interventivo, se incumbem de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social.

Como **agente normativo**, o Estado cria as regras jurídicas que se destinam à regulação da ordem econômica. Cabem-lhe três formas de atuar: a de **fiscalização**, a de **incentivo** e a de **planejamento**.

[...] Desse modo, podemos caracterizar a função do **Estado-Regulador como intervenção direta no domínio econômico**. (p. 1636-1637)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Estado regulador: a primeira forma de **atuação do ente público no domínio econômico se dá por meio da regulação das atividades exercidas por particulares**. Neste contexto, atua definindo normas de atuação, reprimindo o abuso do poder econômico e fiscalizando as atividades exercidas pelos particulares com finalidade lucrativa, como forma de evitar distorções do sistema.

É possível destacar do texto do dispositivo transcrito que o ente público pode se manifestar de **três formas diversas na regulação da atividade econômica, quais sejam, a fiscalização, o incentivo e o planejamento**.

[...] É possível, então, verificar que estas atividades pautam a **intervenção direta do Estado no domínio econômico**. (p. 1239)

Corrente 3.1: Intervenção do Estado de maneira restritiva ou indutiva no comportamento dos agentes econômicos

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

Por todo o exposto neste capítulo, já podemos condensadamente **definir a regulação** da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o **Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos**, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis. (p. 420)

Corrente 3.2: Intervenção do Estado por meio das atividades estatais de disciplina, normatização e fiscalização dos agentes econômicos

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

b) **intervenção no domínio econômico (regulação)**: consiste nas atividades estatais de disciplina, normatização e fiscalização dos agentes econômicos. (p. 105)

Corrente 3.3: Intervenção do Estado por meio do seu poder de polícia administrativa, como agente normativo, fiscalizador e planejador

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

Considerando-se panoramicamente **a interferência do Estado na ordem econômica**, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos; a saber: (a) ora dar-se-á através de seu "poder de polícia", isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como "**agente normativo e regulador da atividade econômica**" - caso no qual exercerá funções de "**fiscalização**" e em que o "**planejamento**" que conceber será meramente "indicativo para o setor privado" e "determinante para o setor público", tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no

art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido.

[...]

Convém analisar com um pouco mais de atenção a **primeira** e a segunda hipóteses; isto é, **a atividade reguladora da ordem econômica, que se faz por lei e que é executada por atos administrativos - os atos chamados de "polícia administrativa"**-, e a atividade desenvolvida mediante atuação empresarial do Estado, vale dizer, aquela na qual o Poder Público, através de criaturas suas, propõe-se a agir como protagonista da exploração econômica. (p. 815)

Corrente 4: Atividade que envolve poder normativo, polícia, fomento e intervenção

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

Quanto à **regulação**, trata-se de atividade que **envolve poder normativo por parte da Administração Pública** (portanto, função atípica da Administração Pública), **polícia, fomento, intervenção**, com a peculiaridade de que todas essas atribuições se concentram em um mesmo ente (as agências reguladoras, ainda que nem todas tenham essa denominação). (p. 197)

Corrente 5: Atividade administrativa cumulativamente normativa, executiva e judicante, não se confundindo com regulamentação

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

A regulação, abrindo uma **atividade administrativa cumulativamente normativa, executiva e judicante** dessas agências, atuando sobre matérias adrede infraconstitucionalmente deslegalizadas, é **inconfundível com a regulamentação**, acima descrita, de estrita definição constitucional, que apresenta conteúdo exclusivamente normativo e, formalmente, é privativa do Chefe do Poder Executivo. (p. 246)

Não abordam

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

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

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Conclusão

Concepção de regulação

Corrente 1.1: Intervenção estatal indireta, realizada de maneira permanente e sistemática, sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados (MJF)

Corrente 1.2: Intervenção indireta do Estado na economia por meio de posturas passiva (fiscalização) e ativa (imposição de comportamentos) (RCRO)

Corrente 1.3: Intervenção indireta do Estado no exercício da atividade normativa (IPN)

Corrente 1.4: Intervenção indireta do Estado nas atividades econômicas por meio de instrumentos de autoridade (MA e VP)

Corrente 2: Intervenção direta do Estado no domínio econômico sob a figura do Estado-regulador como agente normativo, atuando na fiscalização, no incentivo e no planejamento (JSCF; MC)

Corrente 3.1: Intervenção do Estado de maneira restritiva ou indutiva no comportamento dos agentes econômicos (ASA)

Corrente 3.2: Intervenção do Estado por meio das atividades estatais de disciplina, normatização e fiscalização dos agentes econômicos (AM)

Corrente 3.3: Intervenção do Estado por meio do seu poder de polícia administrativa, como agente normativo, fiscalizador e planejador (CABM)

Corrente 4: Atividade que envolve poder normativo, polícia, fomento e intervenção (MSZDP)

Corrente 5: Atividade administrativa cumulativamente normativa, executiva e judicante, não se confundindo com regulamentação (DFMN)

Não abordam (DCJ; FM; OM)

DIVERGÊNCIA 112 – Natureza jurídica do planejamento

Corrente 1: O Planejamento é uma atividade/função administrativa

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

É possível destacar do texto do dispositivo transcrito que o ente público pode se manifestar de três formas diversas na regulação da atividade econômica, quais sejam, a fiscalização, o incentivo e o **planejamento**. [...] O planejamento, por seu turno, se apresenta por meio da estipulação de metas a serem alcançadas pelo governo no ramo da economia. É possível, então, verificar que estas **atividades** pautam a intervenção direta do Estado no domínio econômico. (p. 1239-1240)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

A **atividade estatal de planejamento** da economia cria diretrizes obrigatórias para o setor público. Porém, o planejamento estatal é meramente indicativo para o setor privado (art. 174 da CF).

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

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

[...] m) **atividade de planejamento** (por exemplo: elaboração de planos de desenvolvimento, planos urbanísticos); (p. 97)

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

Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos; a saber: (a) ora dar-se-á através de seu "poder de polícia", isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como "agente normativo e regulador da atividade econômica" – caso no qual exercerá **funções de "fiscalização"** e em que o **"planejamento"** que conceber será meramente

"indicativo para o setor privado" e "determinante para o setor público", tudo conforme prevê o art. 174. (p. 818)

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

A natureza contínua e permanente da regulação estatal compreende uma **função de planejamento**. O Estado tem o dever jurídico de avaliar a situação contemporânea, identificar os problemas previsíveis do futuro e estimar as providências cabíveis e adequadas a serem adotadas. (p. 304)

Corrente 2: O Planejamento é um princípio

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

Pelo **Princípio do Planejamento**, a Administração Pública não deve atuar de forma improvisada. O Planejamento, isto é, o estudo e o estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, é expressão do princípio constitucional da eficiência na sua vertente de avaliação de resultados. (p. 237)

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

Em relação à União, vale a pena lembrar que seu estatuto organizacional relaciona cinco **princípios** que devem nortear a atividade na Administração Federal: o **planejamento**, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle. (p. 844)

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

Decreto-Lei n. 200/67, definindo a organização da Administração Pública Federal, estabeleceu, em seu art. 6º e seguintes, os **princípios básicos, ditos fundamentais**, norteadores dessa estrutura e das atividades desenvolvidas por essa ordem política, o que hodiernamente é copiado pelos demais entes da Federação. Os princípios apontados são:

a) **Princípio do planejamento**: introduz para a Administração o dever de elaborar planos e programas, visando promover o desenvolvimento econômico-social do país, assegurando aos cidadãos o direito à prosperidade (art. 7º). (p. 141)

Corrente 3: O Planejamento é uma ferramenta administrativa

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

Planejamento é uma ferramenta administrativa fundamental para a consecução de objetivos ou metas. Ele envolve um processo em que antes da ação são analisados inúmeros fatores condicionantes, como os prazos, os custos, o desempenho, e conjunturais, como, por exemplo, os riscos envolvidos, tendo em vista o cenário econômico (inflação, escassez de certos recursos etc.), para o alcance de determinados resultados (p. 246)

Corrente 4: O Planejamento é um dever do Estado

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

A intervenção na ordem econômica, assim como as demais atividades administrativas, depende do **planejamento** prévio por parte do Estado. **Trata-se de um dever** (e não de mera liberalidade do Estado) cujo objetivo é garantir o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. (p. 1033)

Corrente 5: O Planejamento é uma técnica social de programação

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

Em suma, o planejamento estatal deve ser entendido nada mais do que um conceito instrumental: **mera técnica social para programar** e desenvolver a correta concentração de poder necessária para que possa ser eficientemente empregada pelo aparelho administrativo do Estado para a racionalização de suas próprias atividades, em suas diversas funções; sempre operando sob diretrizes constitucionais e em benefício da sociedade, na concentração e direção dos meios que dela retira para alcançar as finalidades de interesse geral. (p. 676)

Não abordam

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

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

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

Conclusão

Natureza jurídica do planejamento

Corrente 1: O Planejamento é uma atividade/função administrativa (MC; AM; OM; CABM, MJF)

Corrente 2: O Planejamento é um princípio (ASA; JSCF; FM)

Corrente 3: O Planejamento é uma ferramenta administrativa (IPN)

Corrente 4: O Planejamento é um dever do Estado (RCRO)

Corrente 5: O Planejamento é uma técnica social de programação (DFMN)

Não abordam: (MA e VP; DCJ; MSZDP)

DIVERGÊNCIA 113 – Fomento como atividade regulatória

Corrente 1.1: O fomento é uma manifestação da regulação estatal

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

O **fomento é uma manifestação da regulação estatal**, como já afirmado no capítulo anterior. Mas nem toda a regulação é fomento. **A regulação se exercita mediante uma pluralidade de instrumentos jurídicos, entre os quais se encontra o fomento**. Mas a sistematicidade e a relevância do fomento autorizam afirmar a configuração de uma função estatal diferenciada e específica. A complexidade e a amplitude do fomento exigem o estudo em apartado do instituto e de suas manifestações. (p. 331)

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

19.5.8 **Regulação por incentivos** ou por “empurrões” (nudge)

No âmbito da Administração de resultados, marcada pelo consensualismo, em vez de imposição de sanções negativas ao regulado, que não cumpre as metas estabelecidas no ordenamento jurídico ou nos ajustes eventualmente celebrados, o **regulador deve estabelecer também mecanismos indutivos**, com a previsão de **incentivos positivos** para as hipóteses em que as metas forem implementadas pelo agente regulado.

A atuação por incentivos é encontrada, primordialmente, no fomento e na regulação estatais que estabelecem prêmios para os atores econômicos e sociais que atuem de determinada forma ou atingirem as metas fixadas pela Administração Pública, assim como ocorre (ex.: metas fixadas nas parcerias com o Terceiro Setor; concessões com remuneração variável de acordo com o desempenho da concessionária). (p. 105-106)

Corrente 1.2: O fomento, sinônimo de incentivo, é uma das formas de atuação do Estado-regulador

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

O mandamento fundamental do **Estado Regulador** está no art. 174 da CF: “Como **agente normativo e regulador da atividade econômica** [...]. Como **agente normativo**, o Estado cria as regras jurídicas que se destinam à regulação da ordem econômica. Cabem-lhe três formas de atuar: a de fiscalização, a de **incentivo** e a de planejamento

[...] No que concerne ao **incentivo – denominado por alguns de “fomento”** –, deve o Estado disponibilizar o maior número possível de instrumentos para o desenvolvimento econômico a ser perseguido pela iniciativa privada.

Trata-se, na verdade, de estímulo para o desempenho da atividade econômica. São instrumentos de incentivo os benefícios tributários, os subsídios, as garantias, os empréstimos em condições favoráveis, a proteção aos meios nacionais de produção, a assistência tecnológica e outros mecanismos semelhantes que se preordenem ao mesmo objetivo. (p. 1636-1637)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Estado regulador: a primeira forma de **atuação do ente público no domínio econômico se dá por meio da regulação das atividades exercidas por particulares**. Neste contexto, atua definindo normas de atuação, reprimindo o abuso do poder econômico e fiscalizando as atividades exercidas pelos particulares com finalidade lucrativa, como forma de evitar distorções do sistema.

É possível destacar do texto do dispositivo transcrito que o ente público pode se manifestar de **três formas diversas na regulação da atividade econômica, quais sejam, a fiscalização, o incentivo e o planejamento**.

[...] O **incentivo ou fomento** pode ser ilustrado por medidas como isenções fiscais, subsídios, aumentos de tributos de importação de determinados produtos, assistência tecnológica e incentivos creditícios do poder público que visam a auxiliar no desenvolvimento econômico e social do país. (p. 1239-1240)

Corrente 2: O fomento constitui espécie do gênero da intervenção do Estado na economia, mas está excluído do conceito de regulação

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

Do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e **como fomentador das atividades econômicas privadas** que, junto com a regulação, constituem **espécies do gênero da intervenção do Estado na economia**. Teríamos, por essa

classificação, respectivamente, o Estado-empresário, o **Estado-fomentador** e o Estado-regulador. As três figuras sempre coexistirão. (p. 411)

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

Faça-se, agora, uma brevíssima menção à **terceira modalidade de intervenção estatal na ordem econômica, que é a atividade de fomento**. Esta se exerce ora por meio de incentivos fiscais, ora por meio de financiamentos. (p. 835)

A **intervenção do Estado no domínio social** tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) **como pelo fomento da atividade privada** mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais. (p. 839)

Corrente 3: O fomento é uma modalidade da função/atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada

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

Em sentido objetivo, a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à **função administrativa**, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo. Nesse sentido, a **Administração Pública abrange o fomento**, a polícia administrativa e o serviço público.

O **fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública**. (p. 194-195)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Por sua vez, **fomento é atuação administrativa** destinada a promover, incentivar ou proteger atividades que atendam a necessidades públicas, sem usar coação ou criar serviços públicos

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

[...]

r) **atividade de fomento ou incentivo** – estímulo a condutas e atuações de particulares, sem uso de mecanismos de coação (por exemplo: subsídios, incentivos fiscais, prêmios e condecorações). (p. 100-101)

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

Através dessa **atividade administrativa** pública de elevado valor, que a doutrina contemporânea também tem denominado de ação propulsora, mas que tradicionalmente é conhecida como de **fomento público**, o Estado contemporâneo antecipa a realização do Estado de Justiça, que, de futuro, possibilitará a plena conciliação das conquistas da liberdade com as da dignidade do ser humano, para sua realização plena em sociedade. (p. 198)

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

O **Estado desempenha as seguintes atividades**: intervém na economia, exercita poder de polícia, presta serviços públicos e **fomenta** atividades de interesse público não privativas. (p. 212)

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

Adverta-se, porém, que a **função ou atividade administrativa** não se resume a serviços públicos, como fazem crer alguns autores. **Ela compreende**, hodiernamente, no mais das vezes, a prestação dos serviços públicos, o exercício do poder de polícia administrativa, a **atividade de fomento** e a atividade de intervenção.

O fomento é **atividade de incentivo à iniciativa privada** de utilidade pública. (p. 28)

Corrente 4: Fomento é uma forma de intervenção do Estado na economia e uma atividade administrativa

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

A terceira **forma de intervenção do Estado no domínio econômico** consiste nas **atividades administrativas de fomento** por meio das quais são

promovidas ações e programas de incentivo a setores específicos da economia. (p.1608)

Não abordam

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

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

Conclusão

Fomento como atividade regulatória

Corrente 1.1: o fomento é uma manifestação da regulação estatal (MJF; RCRO)

Corrente 1.2: O fomento, sinônimo de incentivo, é uma das formas de atuação do Estado-regulador (JSCF; MC)

Corrente 2: O fomento constitui espécie do gênero da intervenção do Estado na economia, mas está excluído do conceito de regulação (ASA; CABM)

Corrente 3: O fomento é uma modalidade da função/atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada (MSZDP; OM; DFMN; IPN; DCJ)

Corrente 4: O fomento é uma forma de intervenção do Estado na economia e uma atividade administrativa (AM)

Não abordam: (MA e VP; FM)

DIVERGÊNCIA 114 – Unilateralidade quanto à outorga do estímulo

Não abordam:

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

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

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

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020 (MC)

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

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

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

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

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

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

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

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

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

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

Conclusão

Unilateralidade quanto à outorga do estímulo

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

DIVERGÊNCIA 115 – Tipos de estímulos

Corrente 1: Estímulos honoríficos, jurídicos e econômicos

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

a) **fomento honorífico**: recompensas públicas reconhecidas a alguém que teve comportamento exemplar (ex.: condecoração conferida ao policial por ato de bravura); b) **fomento econômico**: vantagens de ordem econômica (ex.: empréstimos públicos em condições diferenciadas); e c) **fomento jurídico**: tratamento jurídico favorável, com vantagens econômicas indiretas (ex.: cessão de bens e de servidores públicos para Organizações Sociais). (p. 1059)

Corrente 2: Estímulos econômicos e honoríficos

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

[...] atividade de fomento ou incentivo – estímulo a condutas e atuações de particulares, sem uso de mecanismos de coação (por exemplo: **subsídios, incentivos fiscais, prêmios e condecorações**). (p. 97)

Corrente 3: Estímulos econômicos e jurídicos

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

Incentivos **fiscais** [...], incentivo **infraconstitucional** [...], incentivos **creditícios**; os incentivos à **pesquisa e à tecnologia**; a assistência **técnica** [...], incentivo **financeiro** [...] incentivos **legais na própria Constituição** (art. 172). (p. 680-697)

Corrente 4: Estímulos econômicos

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

O incentivo representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, **fixando medidas como as isenções fiscais, o aumento de alíquotas para importação, a abertura de créditos especiais para o setor produtivo agrícola e outras do gênero.**

No que concerne ao incentivo – denominado por alguns de “fomento” –, deve o Estado **disponibilizar o maior número possível de instrumentos para o desenvolvimento econômico a ser perseguido pela iniciativa privada. Trata-se, na verdade, de estímulo para o desempenho da atividade econômica. São instrumentos de incentivo os benefícios tributários, os subsídios, as garantias, os empréstimos em condições favoráveis, a proteção aos meios nacionais de produção, a assistência tecnológica e outros mecanismos semelhantes que se preordenem ao mesmo objetivo.** (p. 1636-1637)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

O incentivo ou fomento pode ser ilustrado por medidas com **isenções fiscais, subsídios, aumentos de tributos de importação de determinados produtos, assistência tecnológica e incentivos creditícios do poder público que visam a auxiliar no desenvolvimento econômico e social do país.** (p. 1240)

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

O fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública. Fernando Andrade de Oliveira (RDA 120/14) indica as seguintes atividades como sendo de fomento: a) **auxílios financeiros ou subvenções**, por conta dos orçamentos públicos; b) **financiamento**, sob condições especiais, para a construção de hotéis e outras obras ligadas ao desenvolvimento do turismo, para a organização e o funcionamento de indústrias relacionadas com a construção civil, e que tenham por fim a produção em larga escala de materiais aplicáveis na edificação de residências populares, concorrendo para seu barateamento; c) **favores fiscais** que estimulem atividades consideradas particularmente benéficas ao progresso material do país; d) **desapropriações** que favoreçam

entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos e as instituições beneficentes. (p. 195)

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

Faça-se, agora, uma brevíssima menção à terceira modalidade de intervenção estatal na ordem econômica, que é a atividade de fomento. **Esta se exerce ora por meio de incentivos fiscais, ora por meio de financiamentos. Os incentivos fiscais** são exonerações totais ou parciais da obrigação de pagamento de determinados tributos durante um certo lapso de tempo, como contrapartida da realização de investimentos em determinada atividade e sob certas condições, que o Poder Público repute úteis para a coletividade, em consonância com os valores estabelecidos no art. 170 e seus incisos. **Os financiamentos**, que podem ser a juros bastante baixos e eventualmente até a fundo perdido, são injeções de recursos que o Poder Público faz em favor da empresa que preencha determinados requisitos para deles usufruir, sempre em vista do atendimento dos interesses juridicamente prestigiados a que se reporta o art. 170. Para amparo e fomento a certas atividades econômicas o Poder Público pode, com fulcro no art. 149 da Constituição Federal, instituir “contribuições de intervenção no domínio econômico. (p. 832)

Não abordam

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

Tipos de estímulos

Corrente 1: Estímulos honoríficos, jurídicos e econômicos (RCRO)

Corrente 2: Estímulos econômicos e honoríficos (OM)

Corrente 3: Estímulos econômicos e jurídicos (DFMN)

Corrente 4: Estímulos econômicos (JSCF; MC; MSZDP; CABM)

Não abordam: (ASA; FM; IPN; DCJ; AM; MA e VP; MJF)

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A presente obra busca apresentar a disciplina direito administrativo tal como ela se encontra no panorama juscientífico brasileiro no início do século XXI, motivo pelo qual intitula-se "Curso de Direito Administrativo Brasileiro". Com o Direito em plena transformação, sentia-se falta de um curso, e não de um manual, esquematizado, descomplicado ou facilitado, que conseguisse expressar, com o rigor metodológico e a abrangência científica que toda ciência deve ter, os novos institutos e direções que a disciplina necessita.

A dita pós-modernidade vem alterando profundamente os temas do núcleo básico do direito administrativo e a presente obra reconhece as importantes mudanças que este ramo atravessa.

O direito administrativo vive um dos seus momentos de maior transição, motivo pelo qual se entende necessário expor, de forma sistemática, dinâmica, realista, interdisciplinar, intradisciplinar e transfronteiriça, os novos paradigmas pelos quais essa ciência vem atravessando. Paradigmas esses que ainda estão em construção, mas já trazem ao estudo da matéria desafios.

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

