

*ANDRÉ LUIZ FREIRE*

***O REGIME DE  
DIREITO PÚBLICO  
NA PRESTAÇÃO DE  
SERVIÇOS PÚBLICOS  
POR PESSOAS PRIVADAS***



**MALHEIROS EDITORES**

**O REGIME DE DIREITO PÚBLICO NA PRESTAÇÃO DE  
SERVIÇOS PÚBLICOS POR PESSOAS PRIVADAS**

© ANDRÉ LUIZ FREIRE

ISBN 978-85-392-0264-5

*Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 – São Paulo – SP  
Tel.: (11) 3078-7205 Fax: (11) 3168-5495  
URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)  
e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição*  
PC Editorial Ltda.

*Capa:*  
*Criação:* Nádia Basso  
*Arte:* PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*  
10.2014

## SUMÁRIO

<i>Prefácio</i> .....	15
<i>Introdução</i>	
1. <i>Considerações iniciais</i> .....	17
2. <i>A abordagem metodológica: dogmática analítica, empírica e normativa</i> .....	21
3. <i>O plano da obra</i> .....	23

### PARTE I – CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO

#### Capítulo I – Das Atividades Estatais e do Regime de Direito Público

1. <i>Das atividades públicas e privadas</i> .....	29
1.1 <i>Uma dicotomia em crise?</i> .....	32
1.2 <i>Persistência da dicotomia entre atividades públicas e privadas</i> .....	38
2. <i>Direito público e direito privado</i> .....	41
2.1 <i>Uma dicotomia polêmica</i> .....	42
2.2 <i>Critérios de distinção entre o direito público e o direito privado</i> .....	45
2.3 <i>A distinção entre direito público e direito privado com base no critério formal</i> .....	52
2.3.1 <i>O conceito de função pública</i> .....	56
2.4 <i>Definição de direito público e de direito privado</i> .....	58
3. <i>O regime jurídico de direito público</i>	
3.1 <i>A expressão “regime jurídico”. Princípios e regras</i> .....	59
3.2 <i>O princípio do Estado Democrático e Social de Direito</i> .....	64
3.3 <i>O princípio republicano</i> .....	66
3.4 <i>O princípio federativo</i> .....	67

3.5	<i>Os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos</i> .....	68
4.	<b>Atividades públicas e direito privado</b> .....	70

**Capítulo II – Das Atividades Administrativas  
e do Regime de Direito Administrativo**

1.	<b>Considerações iniciais</b> .....	74
2.	<b>Atividades administrativas de direito público e de direito privado. O direito privado administrativo</b> .....	79
3.	<b>As atividades administrativas na doutrina brasileira</b> .....	85
4.	<b>Classificação das atividades administrativas no Direito Brasileiro</b> .....	91
4.1	<i>Atividades administrativas instrumentais</i> .....	91
4.2	<i>Atividades administrativas-fins</i> .....	93
5.	<b>As atividades administrativas e o regime jurídico-administrativo</b> .	97
5.1	<i>O princípio da legalidade administrativa</i> .....	98
5.1.1	Conceito .....	98
5.1.2	Legalidade administrativa ou juridicidade? .....	101
5.1.3	As relações de sujeição geral e de sujeição especial ....	104
5.2	<i>O controle de juridicidade pelo Poder Judiciário</i> .....	110
5.3	<i>O regime de direito administrativo e o direito privado</i> .....	111

**Capítulo III – Da Descentralização Administrativa**

1.	<b>Introdução</b> .....	117
2.	<b>A descentralização administrativa</b>	
2.1	<i>O Estado Brasileiro como sujeito de direito. O conceito de descentralização</i> .....	118
2.2	<i>Descentralização política e administrativa</i> .....	121
2.3	<i>Centralização política e administrativa. A desconcentração administrativa</i> .....	122
2.4	<i>Definição de descentralização administrativa</i> .....	123
3.	<b>Competências público-administrativas</b> .....	123
3.1	<i>Conceitos apresentados pela doutrina. Atribuições e competências</i> .....	124
3.2	<i>Definição de competência pública</i> .....	130
3.3	<i>Finalidade da categoria jurídica “competência pública”</i> ....	133
3.4	<i>Definição de competência administrativa</i> .....	134
3.5	<i>As situações jurídicas que formam o conteúdo da competência administrativa</i>	
3.5.1	A complexidade do tema .....	137
3.5.2	A concepção dogmático-analítica de Robert Alexy sobre os direitos subjetivos: direitos a algo, liberdades jurídicas e competências .....	141

3.5.3	Comentários ao modelo de Robert Alexy sobre os direitos subjetivos .....	144
(a)	Comentários à categoria “direitos a algo”. A pretensão .....	146
(b)	Comentários à categoria “liberdade” .....	149
(c)	Comentários à categoria “competência” .....	150
3.5.4	As modalidades de situações jurídicas ativas e passivas	152
3.5.5	Competências administrativas: direitos a algo e deveres .....	158
3.5.6	Competências administrativas: poderes e sujeições .....	159
(a)	Poderes administrativos: modalidades apontadas pela doutrina brasileira .....	160
(b)	A proposta de Santi Romano .....	161
(c)	Os poderes públicos de autoridade segundo Pedro Gonçalves .....	162
(d)	Os poderes administrativos: posição adotada .....	164
(e)	A sujeição .....	167
3.6	<i>Características das competências administrativas</i> .....	168
<b>4.</b>	<b><i>Os sujeitos da descentralização. A distinção entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado</i></b> .....	<b>171</b>
4.1	<i>Definição das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado</i> .....	174
4.2	<i>Traços característicos das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado. As entidades da Administração Pública indireta</i> .....	175
<b>5.</b>	<b><i>Finalidade da descentralização administrativa</i></b> .....	<b>180</b>
<b>6.</b>	<b><i>Características da descentralização administrativa</i></b> .....	<b>182</b>
<b>7.</b>	<b><i>Modalidades de descentralização administrativa</i></b> .....	<b>185</b>
7.1	<i>Descentralização territorial (ou geográfica)</i> .....	187
7.2	<i>Descentralização técnica (ou funcional)</i> .....	188
7.3	<i>Descentralização por colaboração</i> .....	189
7.3.1	<i>A delegação de competências administrativas. A figura da “outorga”</i> .....	190
<b>8.</b>	<b><i>Regime da descentralização das atividades administrativas</i></b> .....	<b>195</b>
8.1	<i>Descentralização técnica a pessoas jurídicas de direito privado</i> .....	195
8.2	<i>Descentralização por colaboração</i> .....	198

## PARTE II – O SERVIÇO PÚBLICO

### Capítulo IV – Do Conceito de Serviço Público

<b>1.</b>	<b><i>Considerações iniciais</i></b> .....	<b>203</b>
<b>2.</b>	<b><i>Formação da teoria do serviço público</i></b> .....	<b>205</b>

2.1	<i>O contexto para o surgimento da teoria do serviço público</i>	205
2.1.1	As transformações do Estado .....	205
2.1.2	As mutações do direito público no final do século XIX	206
2.2	<i>A sistematização da teoria do serviço público</i> .....	209
2.2.1	A concepção de Duguit: o serviço público como fundamento da teoria do Estado .....	209
2.2.2	A concepção de Jèze e a consolidação do direito administrativo .....	211
3.	<b><i>Crítérios utilizados para definir “serviço público”</i></b> .....	215
4.	<b><i>Sentidos da expressão “serviço público” na doutrina</i></b> .....	220
5.	<b><i>Sentidos da expressão “serviço público” na Constituição de 1988</i></b>	224
6.	<b><i>O STF e o conceito de serviço público</i></b> .....	226
6.1	<i>RE 220.999-7-PE (2ª Turma, rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJU 24.11.2000)</i> .....	226
6.2	<i>ADI 1.221-5-RJ (Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 31.10.2003)</i> .....	228
6.3	<i>ADI/MC 1.668-5-DF (Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16.4.2004)</i> .....	229
6.4	<i>ADI 2.649-6-DF (Tribunal Pleno, rela. Min. Carmen Lúcia, DJe 17.10.2008)</i> .....	231
6.5	<i>ADPF 46-7 (Tribunal Pleno, rel. para o acórdão Min. Eros Grau, DJe 26.2.2010)</i> .....	233
6.6	<i>ADI 3.944-DF (Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe 1.10.2010)</i> .....	236
6.7	<i>Conclusão: o STF não utiliza um critério para definir serviço público</i> .....	237
7.	<b><i>Definição de serviço público</i></b> .....	238
7.1	<i>Crítério a ser adotado: formal</i> .....	239
7.2	<i>O titular do serviço público: o Estado</i> .....	242
7.2.1	A identificação dos serviços públicos: Constituição e leis .....	243
7.2.2	O serviço público não é, sob o ponto de vista jurídico, uma atividade econômica. A distinção entre usuário e consumidor .....	245
7.3	<i>A hipótese de incidência do regime jurídico do serviço público: prestações voltadas aos administrados em geral. A questão dos serviços uti singuli e uti universi</i> .....	253
7.4	<i>As consequências jurídicas: o regime de serviço público</i> ....	259
7.5	<i>A definição de serviço público</i> .....	266

**Capítulo V – Da Criação, Organização e  
Prestação de Serviços Públicos**

1.	<b><i>Considerações iniciais</i></b> .....	267
----	--	-----

<b>2. A criação de serviços públicos</b>	
2.1 O significado no Direito Brasileiro da expressão “criação de serviços públicos”. Serviços públicos por determinação constitucional .....	268
2.2 Discricionariedade legislativa em matéria de serviços públicos .....	272
2.2.1 Limites para a transformação de atividades privadas em serviços públicos .....	272
2.2.2 Supressão total ou parcial de serviços públicos por determinação constitucional. O legislador pode inserir no domínio privado uma atividade prevista no art. 21 da CF? .....	274
2.2.3 Deveres do legislador na criação de serviços públicos .	277
<b>3. A organização de serviços públicos</b> .....	280
3.1 Organização do serviço público e poderes administrativos	280
3.2 Pessoas que poderão organizar o serviço público .....	283
<b>4. A prestação de serviços públicos. A situação jurídica do usuário</b>	284
4.1 Natureza da situação jurídica de usuário .....	285
4.2 A situação jurídica dos usuários de serviço público .....	291
4.2.1 Direitos a prestações dos usuários do serviço público .	291
(a) Direitos dos usuários ligados à universalidade do serviço público .....	292
(b) Direitos dos usuários ligados à adequação do serviço público .....	297
4.2.2 Poderes dos usuários de serviço público .....	300

**PARTE III – A SITUAÇÃO JURÍDICA  
DE DIREITO PÚBLICO DOS PRESTADORES  
PRIVADOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

**Capítulo VI – Da Prestação de Serviços Públicos  
por Empresas Estatais e Fundações  
Estatais de Direito Privado**

<b>1. Considerações iniciais</b> .....	303
<b>2. Aspectos gerais das empresas estatais</b>	
2.1 Conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista .....	304
2.2 Tipos de empresas estatais: prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica .....	309
<b>3. Aspectos gerais das fundações estatais de direito privado</b>	
3.1 Conceito e áreas de atuação .....	316
3.2 As fundações estatais privadas e o Código Civil .....	319

<b>4. Descentralização técnica a empresas estatais e fundações estatais privadas</b>	
4.1 Critérios para a criação de empresas estatais e fundações estatais privadas .....	321
4.2 Natureza da relação entre a Administração Pública e as pessoas privadas na descentralização técnica. Inexistência de concessão de serviço público .....	322
4.3 Formas de realização da descentralização técnica de serviços públicos a pessoas privadas .....	326
4.3.1 Descentralização técnica ordinária .....	326
4.3.2 Descentralização técnica associativa: a gestão associada de serviços públicos (consórcios públicos e convênios de cooperação) .....	327
(a) Os consórcios públicos .....	328
(b) Os convênios .....	331
<b>5. A situação jurídica das empresas estatais e fundações estatais de direito privado na descentralização técnica de serviços públicos ..</b>	<b>332</b>
5.1 Situações ativas	
5.1.1 Direitos a prestações .....	333
5.1.2 Poderes .....	335
5.2 Situações passivas .....	339
5.2.1 Deveres .....	339
5.2.2 Sujeições .....	342

**Capítulo VII – Da Prestação de Serviços Públicos por  
Concessionários e Permissionários**

<b>1. Considerações iniciais .....</b>	<b>343</b>
<b>2. O conceito de concessão de serviço público .....</b>	<b>344</b>
2.1 Breve evolução da aplicação da concessão de serviço público .....	346
2.2 O conceito de concessão de serviço público no Direito Brasileiro .....	351
2.2.1 As referências constitucionais ao termo “concessão” ..	352
2.2.2 Elementos do conceito constitucional de concessão de serviço público .....	353
(a) A concessão como modo de gestão indireta de serviços públicos .....	353
(b) O objeto da concessão: a prestação de serviços públicos .....	355
(c) A atuação do concessionário “em nome próprio” ..	355
(d) A concessão enquanto contrato administrativo .....	357
2.2.3 O conceito constitucional de concessão de serviço público .....	358



2.2.4	A questão da exploração do serviço “por conta e risco” do concessionário e sua remuneração .....	359
(a)	A expressão “por conta e risco” .....	359
(b)	A questão da remuneração do concessionário .....	362
2.2.5	O espaço de discricionariedade legislativa na criação de modalidades de concessão .....	364
2.3	<i>As modalidades de concessão de serviço público no Direito Brasileiro: concessão comum, patrocinada e administrativa</i> .....	365
3.	<b>O conceito de permissão de serviço público</b> .....	372
3.1	<i>As referências constitucionais à permissão de serviço público</i> .....	372
3.2	<i>Elementos do conceito constitucional de permissão de serviço público</i> .....	373
3.2.1	A discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público .....	373
3.2.2	A natureza jurídica da permissão de serviço público ...	376
3.3	<i>O conceito de permissão de serviço público</i> .....	378
4.	<b>As situações jurídicas dos concessionários e permissionários de serviço público</b> .....	378
4.1	<i>Situações ativas</i>	
4.1.1	Direitos a prestações .....	379
4.1.2	Poderes .....	381
4.2	<i>Situações passivas</i>	
4.2.1	Deveres .....	382
4.2.2	Sujeições .....	385

#### *Capítulo VIII – Da Prestação de Serviços Públicos por Autorizatários*

1.	<b>Considerações iniciais</b> .....	386
2.	<b>O conceito de autorização de serviço público</b>	
2.1	<i>A autorização na doutrina</i> .....	388
2.2	<i>A definição ampla de autorização</i> .....	392
2.3	<i>O conceito constitucional de autorização de serviço público</i> ..	395
3.	<b>As situações jurídicas dos autorizatários de serviço público</b> .....	399
3.1	<i>Situações ativas</i>	
3.1.1	Direitos a prestações .....	399
3.1.2	Poderes .....	400
3.2	<i>Situações passivas</i>	
3.2.1	Deveres .....	401
3.2.2	Sujeições .....	402

#### *Capítulo IX – Conclusões*

1.	<b>O objeto da pesquisa</b> .....	403
----	-----------------------------------	-----

2. <i>Capítulo I – Das Atividades Estatais e o Regime de Direito Público</i> .....	404
3. <i>Capítulo II – Das Atividades Administrativas e do Regime de Direito Administrativo</i> .....	406
4. <i>Capítulo III – Da Descentralização Administrativa</i> .....	408
5. <i>Capítulo IV – Do Conceito de Serviço Público</i> .....	413
6. <i>Capítulo V – Da Criação, Organização e Prestação de Serviços Públicos</i> .....	415
7. <i>Capítulo VI – Da Prestação de Serviços Públicos por Empresas Estatais e Fundações Estatais de Direito Privado</i> .....	421
8. <i>Capítulo VII – Da Prestação de Serviços Públicos por Concessionários e Permissionários</i> .....	426
9. <i>Capítulo VIII – Da Prestação de Serviços Públicos por Autorizatórios</i> .....	430
<i>Referências Bibliográficas</i> .....	434
<i>Índice Alfabético-Remissivo</i> .....	458