



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo XI (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DELEGAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

INTRODUÇÃO

A Constituição da República constitui em favor das pessoas naturais, jurídicas e políticas um conjunto de deveres e poderes, em vista dos quais, e por meio dos quais, o exercício de atividades públicas e privadas se fundamenta e se limita. Denomina-se esse conjunto de deveres e poderes de competência, podendo ser classificada em competência pública e competência privada. A primeira é conferida em favor do Estado e das pessoas que transitoriamente desempenham função estatal, ao passo que a segunda é conferida em favor de pessoa natural e jurídica que não integram a constelação das pessoas estatais e, ademais, não estão no exercício de uma função estatal.

Neste artigo examinaremos a competência pública, o regime jurídico aplicável ao seu exercício por particulares, abordando os limites jurídicos existentes para sua transferência aos particulares.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Transferência da atividade pública e transferência do exercício da atividade pública	3
1.1. A função pública como competência pública	3
1.2. A classificação das competências públicas: competência pública <i>in abstracto</i> e <i>in concreto</i>	5
1.3. Regime jurídico das competências públicas <i>in abstracto</i> e <i>in concreto</i>	6
1.3.1. Delegação como transferência de competência pública <i>in concreto</i>	7
1.3.2. Parcial proibição à delegação de competência pública <i>in abstracto</i> ..	9
1.3.3. Objeto delegável da competência pública <i>in concreto</i>	12

1.4.	Limites constitucionais <i>formais</i> à chamada <i>despublicização</i> das atividades estatais	15
1.5.	Limites constitucionais <i>substantivos</i> à chamada <i>despublicização</i> das atividades estatais	19
1.6.	<i>Publicização</i> de atividades privadas	20
2.	Exercício público e o exercício delegado das atividades públicas.....	23
2.1.	Modalidades de delegação da competência pública <i>in concreto</i> e o seu exercício	24
3.	Conclusões	32
	Referências	35

1. TRANSFERÊNCIA DA ATIVIDADE PÚBLICA E TRANSFERÊNCIA DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PÚBLICA

1.1. A função pública como competência pública

1. Impõe-se ao Estado o dever-poder de tutelar o interesse público; de exercer, portanto, *função*.

Para atingir esse desiderato, a Constituição da República prevê em seu favor um plexo de competências públicas, jungidas que estão ao exercício das funções ou atividades públicas. Assim, a competência pública se traduz na prerrogativa jurídica conferida ao Estado que, exercida, se presta à satisfação do bem comum.¹

Ademais, como o Estado desempenha suas funções valendo-se das correlatas

¹ José Afonso da Silva afirma que “‘Competências’ são, assim, as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções. ‘Competência’ – vimos antes – consiste na esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidades estatal, mediante a especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo” [*Comentário contextual à Constituição*, p. 260 (item 2)]. *Discordamos* parcialmente desta visão, pois, sendo *órgãos* meros plexos de atribuições, em seu favor não se outorgam deveres-poderes, encargo afiançado aos agentes alocados nessa estrutura organizacional [pensamento que perfilamos à moda de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 506)]. Além disto, a competência inexistente por si, despregada autonomamente de um fim. Só se concebe competência atrelada a um fim, pois o poder conferido ao Estado é meio para tutela do interesse público.

competências, isso implica dizer que a cada função pública se atrela um correspondente plexo de competências. Afinal, se a ordem jurídica cominou ao Estado os seus fins (seus *deveres*) previu, igualmente, os correspondentes meios (seus *poderes*,² portanto).

Assim, a competência não se traduz apenas em um *poder*, mas em um *poder* edificado em vista de um *fim*, qual seja, o *fim* do Estado: o *dever* de curar e realizar o bem comum.³ Daí a feliz síntese enunciada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “[...] o poder, na competência, é a vicissitude de um dever”.⁴

2. Sucede que a ordem jurídica não conferiu tratamento orgânico ou sistemático ao tema das competências públicas, como o fez, por exemplo, ao prever o tributo e suas espécies.⁵

² É neste sentido, aliás, a noção de competência a que alude Ruy Cirne Lima. Ao tratar da relação de administração, o mestre gaúcho assinalou “O que se denomina ‘poder’ na relação jurídica, tal como geralmente entendida, não é senão a liberdade externa, reconhecida ao sujeito ativo, de determinar autonomamente, pela sua vontade, a sorte do objeto, que lhe está submetido pela dependência da relação jurídica, dentro dos limites dessa mesma relação jurídica” [*Princípios de direito administrativo brasileiro*, p. 53 (item 1)]. No mesmo sentido, dentre tantos outros: Raquel Melo Urbano de Carvalho (*Curso de direito administrativo*, pp. 270-271).

³ Daí a integral procedência da observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “[...] inobstante os poderes que elas (*competências*) exprimem sejam, efetivamente, o seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são *deveres*, o que é particularmente visível no caso de competências administrativas” [*Curso de direito administrativo*, p. 146 (item 5), destaque no original]. Também comungamos deste acertado pensamento (“Competência legislativa municipal e o interesse local”, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*). Daí porque, inclusive, a ideia de desvio de poder ou desvio de finalidade resulta do exercício de uma competência pública em desacordo com as finalidades a que ela se vocaciona [também neste sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello [“Desvio de poder”, *Grandes Temas do Direito Administrativo*, pp. 111-142 (especialmente itens 9 a 20 e 25 a 29)]. Na mesma trilha, dentre tantos outros, confira-se o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho [*Manual de direito administrativo*, p. 46 (item 3.2)].

E, por estas razões, soa incompleto o juízo de Hely Lopes Meirelles, na medida em que este festejado publicista assinala que “O poder administrativo, portanto, é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõe ao interesse público. Nessas condições, o *poder de agir* se converte no *dever de agir*”, afirmativa que não releva a plenitude dos atributos da competência pública (*Direito administrativo brasileiro*, p. 85).

⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 147 (item 6), destaques no original. Não se confunde, todavia, competência pública e capacidade pública, sendo esta projeção daquela, conforme o acertado magistério de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello [*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 505 (item 48.4)] e Edmir Netto de Araújo (*Curso de direito administrativo*, pp. 495-496).

É no campo do direito tributário que estas distinções têm maior curso concreto. Com efeito, competência tributária se traduz na prerrogativa da pessoa política para criar legislativamente tributos. Exaurida ou exercida esta competência, dá-se lugar à capacidade tributária, posição jurídica na qual a parte se vê alocada na relação jurídico-tributária (como sujeito ativo ou credor – capacidade tributária ativa – ou sujeito passivo ou devedor – capacidade tributária passiva). Nesse sentido: Roque Antônio Carrazza (*Curso de direito constitucional tributário*, pp. 236-237) e Geraldo Ataliba [*Hipótese de incidência tributária*, pp. 75-76 (item 30.5)].

⁵ Segundo previsto no art. 145 da Constituição da República. E justamente por esta razão, continuamos firmes à classificação de tributo proposta por Geraldo Ataliba (*Hipótese de incidência tributária*, pp. 121-182) e Roque Antônio Carrazza (*Curso de direito constitucional tributário*, pp. 503-621).

Com efeito, ao lado das competências legislativas das pessoas políticas,⁶ a Constituição da República também contempla as competências administrativas,⁷ funcionais⁸ e políticas⁹ destas pessoas, a par de outras tantas arroladas em seu texto.

Tão lata é a acepção constitucional sobre a matéria que, ao enunciar as competências dos Estados, o art. 25, § 1º, do Texto Maior prescreve que “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.¹⁰ Com isto, fixaram-se as competências dos Estados pela técnica residual, não se assinalando, destarte, seus contornos ou confins.¹¹

1.2. A classificação das competências públicas: competência pública *in abstracto* e *in concreto*

3. Como a ordem jurídica confere múltiplos tratamentos à competência pública, seus contornos positivados devem ser edificados a partir do seu *aspecto material*,¹² veiculados em norma de comportamento. Daí porque se define a competência pública como um plexo de poderes a ser exercitado pelo agente habilitado nas hipóteses legalmente previstas, em vista do fim que preside sua existência, segundo o regime jurídico próprio aplicável a cada uma das funções estatais.¹³

Com isto (i) afasta-se a noção *formal* de competência pública, plasmada em uma

⁶ Arts. 22; 24; 25; 30, I a IV; 32, § 1º da Constituição da República.

⁷ Art. 5º, XXV; 8º, I; 21; 23; 25. 30, V; 37, XVIII, da Constituição da República.

⁸ Art. 5º, XXXVII, ‘d’; XLI; 48, *caput*, da Constituição da República.

⁹ Art. 21, I, da Constituição da República.

¹⁰ Ainda que tenha previsto algumas competências em favor destas pessoas políticas, como as comuns (administrativas) e concorrentes (legislativas).

¹¹ O que levou José Afonso da Silva a qualificá-las como *poderes remanescentes* [*Comentário contextual à Constituição*, p. 288 (item 4.2)], pensamento comungado por Diogenes Gasparini (*Direito administrativo*, p. 296).

¹² À moda do proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a noção material de competência deve ser entendida “[...] no sentido de que, se alguém é investido em uns tantos poderes, não o é para atuá-los em quaisquer circunstâncias ou perante quaisquer fins ou segundo quaisquer formas, mas só o é para mobilizar ditos poderes em determinadas circunstâncias, em vista de específicos fins e através de certas formas” [“Desvio de poder”, *Grandes Temas do Direito Administrativo*, p. 125 (item 14)].

¹³ Advirta-se que são diversas e sortidas as opiniões doutrinárias qualificadoras da competência pública. Da sua suposta distinção em relação às denominadas atribuições [juízo de Francis-Paul Bénéoit (*Le Droit Administratif Français*, pp. 470 a 474)] à sua qualificação tomando em conta situações ativas e passivas [caso de André Luiz Freire (*O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 131-133)]. A divergência do conceito de competência erigido pelos diversos autores decorre, em larga medida, das distintas premissas eleitas para qualificar este instituto jurídico; não há, sob esta ótica, acerto ou erro nas definições propostas.

norma de estrutura (normas, pois, que dispõem sobre competências); e (ii) agrega-se a esta competência a ideia de função pública, como aspecto indissociável de sua feição constitucional.

4. E, sob esta ótica (critério *material*), a transferência de uma função ou atividade pública *pode* compreender duas situações jurídicas muito distintas: a transferência da competência *in abstracto* ou *in concreto*. Aquela impositiva do dever-poder para o desempenho da atividade ou função pública; esta consistente no dever-poder de concretamente exercitá-la (a atividade ou função pública).

Tome-se, por exemplo, o que se processa em relação aos serviços públicos. Se, por um lado, a Constituição da República comina ao Estado o dever-poder de prestá-los, há, de outra banda, o encargo de o Poder público concretamente exercer essa competência. E, nestes casos, duas situações jurídicas bastante diversas se processam. Basta ter em conta que a primeira se tributa ao exercício da função legislativa e a segunda decorre do desempenho da função administrativa, o que revela a incidência de distintos regimes jurídicos. Em vista disto, aquela se traduz em uma competência pública *in abstracto* e esta *in concreto*.¹⁴

1.3. Regime jurídico das competências públicas *in abstracto* e *in concreto*

5. Esta distinção entre as espécies de competências públicas é relevante, pois se afirma (i) que a competência pública é irrenunciável, indelegável e intransferível,¹⁵ ao passo (ii) que o que se *delega* ou *transfere* a outrem é o exercício de uma atividade pública, ideia especialmente corrente em relação às atividades administrativas e particularmente relevante na prestação indireta de serviços públicos.¹⁶

¹⁴ Sem empregar a mesma terminologia, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello reconhece essa distinção ao afirmar que “Impõe-se não confundir o ordenamento jurídico da atividade do Estado para realizar o bem comum com as matérias condizentes com essa atividade e objeto de regulamentação jurídica. Elas correspondem a campos distintos de relações jurídicas, especificamente suscitados na consecução do fim estatal” (*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 216). Neste sentido, ao tratar da titularidade e prestação de serviço público, afirma Joana Paula Batista [*Remuneração dos serviços públicos*, p. 23 (item 2.2)]. José dos Santos Carvalho Filho, por seu turno, reconhece a dualidade das competências na hipótese em apreço [*Manual de direito administrativo*, pp. 329-330 46 (item 2)].

¹⁵ Por todos: Roque Antônio Carrazza [*Curso de direito constitucional tributário*, pp. 621-658 (itens 3.1.3 a 3.6)] e Geraldo Ataliba (*Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário*, p. 223).

¹⁶ Perfilam este pensamento, dentre outros, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, p. 301) e Juarez Freitas, para quem “A titularidade do serviço público, em última instância, pertence

Estas afirmativas exigem maiores esclarecimentos: *primeiro* para apontar e justificar o sentido de delegação que se acolhe; e *segundo* para revelar a incompletude das afirmativas acima, lançadas por prestigiosa doutrina.

1.3.1. Delegação como transferência de competência pública in concreto

6. É inegável a existência de dissenso na doutrina a respeito do objeto jurídico referido pela noção de *delegação*, dado a sua polissemia, seja no Brasil¹⁷ ou no estrangeiro.¹⁸

Uns empregam-na para se referir à transferência de competência pública vocacionada à produção de atos jurídicos, reservando os institutos da concessão, permissão e autorização para os casos de transferência de certas atividades materiais a cargo do Estado.¹⁹ Outros a acolhem para designar a transferência de toda e qualquer espécie de competência pública, inclusive no campo da prestação indireta de serviços públicos,²⁰ sendo este o sentido que também acolhemos, porque nos soa mais acertado.

irrenunciavelmente ao Poder Público. A execução é que tanto pode ser realizada pela Administração direta quanto conferida por lei específica as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como delegadas a entes privados[...]” (O novo regime de concessões e permissões de serviços públicos. *Revista Jurídica*, p. 35).

¹⁷ Como observou Régis Fernandes de Oliveira (*Delegação e avocação administrativas*, p. 21).

¹⁸ Como narra Jean-François Auby (*La délégation de service public: Premier bilan et perspectives. Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, p. 1096), que examina este conceito na França e em outras Nações, e Carole Chenuaud-Frazier (“La notion de délégation de service public”, *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, pp. 179 a 183), que propõe, ao final, um conceito funcional em vista das decisões do Conselho de Estado Francês.

¹⁹ Caso de Ricardo Marcondes Martins (*Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, pp. 201-202), que adere ao cântico entoado em abono às lições de renomados juspublicistas. De fato, a Constituição da República adota esta nomenclatura para se referir à transferência de competência pública legitimadora da produção de atos jurídicos, sentido que, por vezes, é reproduzido pela legislação federal (caso do art. 40 da Lei Federal 13.019/2014).

²⁰ Caso de Antônio Carlos Cintra do Amaral (*Concessão de serviços públicos: Novas tendências*, p. 81), Marçal Justen Filho [*Curso de direito administrativo*, p. 757 (item 12.11)], Geraldo Ataliba (Sabesp – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. *Revista de direito público*, n. 92), Hely Lopes Meirelles [que, apesar de utilizar concessão e delegação de serviço público em um mesmo sentido, reserva a noção de outorga para os casos de delegação de serviços aperfeiçoada na intimidade de uma mesma pessoa política (*Direito administrativo brasileiro*, p. 333), André Luiz Freire (*O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, p. 193) e Emerson Gabardo (*Interesse público e subsidiariedade*, pp. 136-137).

Vê-se que, há tempos, se vale da noção de delegação para fazer referência aos casos de transferência da prestação de serviços públicos para entes da Administração indireta ou mesmo a particulares, sendo farto seu acolhimento no plano legislativo federal (caso do arts. 11 a 14 da Lei Federal 9.784/1999; do art. 5º, *caput*, da Lei complementar federal 140/2011; do art. 9º, §§ 5º ao 10, da Lei Federal 12.597/2012; e do art. 2º, X, da Lei Federal 12.815/2013, dentre outras).

Com efeito, em que pese a transferência da prestação de serviços públicos também estar vocacionada ao desempenho de atividades materiais, sem a correspondente – e logicamente precedente – delegação de competência jurídica para o seu exercício, o concreto oferecimento de uma comodidade ou utilidade material será concretizada pelo próprio Estado ou por seu contratado.

Assim, ausente a transferência desta competência pública *in concreto*, não haverá falar em concessão, permissão ou autorização para prestação de serviços públicos por particulares,²¹ senão que *terceirização* de uma atividade estatal.²²

E quando se transfere uma atividade material a cargo do Poder público, mas não a competência jurídica para prestá-la? Nos casos em que o Estado contrata um particular para, em seu nome, realizá-la, como se dá, por exemplo, nos contratos administrativos por meio dos quais o administrado se compromete a, em nome do Estado, efetuar o recolhimento de lixo nas vias e logradouros públicos, bem como nos imóveis residenciais ou empresariais.²³ Ou, ainda, nos casos em que os particulares realizam atividades puramente materiais relacionadas ao exercício do *poder de polícia*²⁴ como, por exemplo, o registro eletrônico ou fotográfico de infrações cometidas em desobediência à legislação de trânsito.

7. Fixada a acepção de delegação, cremos serem imperfeitas as afirmativas segundo as quais a competência pública é irrenunciável, indelegável e intransferível. Com

²¹ Pela ideia aqui defendida, delegação de competência pública é gênero que *também* comporta como espécies a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos. Apesar de impropriedades técnicas na definição dos institutos da concessão e permissão, a Lei Federal 8.987/1995 insere estas duas figuras em uma categoria gênero: a delegação. Também comungam desta ideia André Luiz Freire (*O Regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, p. 194) e Dinorá Adelaide Musetti Grotti, para quem “Ao contrário do que ocorre na permissão e na concessão, em que o Poder público *delega* ao particular uma atividade que vai atender a necessidades coletivas, definida pela lei como serviço público[...]” (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 167).

²² *Terceirização* é conceito desprovido de definição no direito, mas que, adotado na seara jurídica, pode congrega a transferência ao particular de uma atividade material a cargo do Estado, como criticamente observa Carolina Zancaner Zockun (*Da terceirização na Administração Pública*, pp. 41-42) e Antônio Carlos Cintra do Amaral (*Concessão de serviços públicos: Novas tendências*, p. 109), embora o último, ao menos nesta obra, não tenha desbastado criticamente o conceito de terceirização como fez a professora paulista.

²³ Este é o exemplo que Celso Antônio Bandeira de Mello adota para divisar delegação serviço público da execução material de uma atividade pública por particular (Serviço público e poder de polícia: Concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20, p. 24).

²⁴ Cujo conceito, impróprio, está veiculado no art. 78 do Código Tributário Nacional, tema sobre o qual já nos debruçamos: A natureza jurídica das taxas destinadas ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL. *Tributação nas telecomunicações*, pp. 279-296.

efeito, o que se *delega* ou *transfere* a outrem é o exercício de uma atividade pública, ideia especialmente corrente em relação às atividades administrativas e particularmente relevante na prestação indireta de serviços públicos. Explicamos.

1.3.2. *Parcial proibição à delegação de competência pública in abstracto*

8. Existem competências públicas que, como regra, podem ser delegadas a terceiros, ao passo que outras são excepcionalmente delegáveis à luz da Constituição da República. É a natureza da competência pública em exame, e não elemento a ela externo, que divide a viabilidade da inviabilidade de delegação. Explica-se.

Acerta-se ao afirmar a existência de proibição constitucional à transmissão ou delegação de uma competência pública *in abstracto* entre as pessoas políticas ou destas para os administrados. Afinal, sendo os Poderes Públicos harmônicos e independentes entre si, a Constituição da República lhes assegura *independência funcional*.

Logo, essa cláusula pétrea afiança não apenas a recíproca isonomia entre os Poderes na consecução do interesse público, mas, adicionalmente, a preservação das competências que lhes foram assinaladas pela ordem jurídica.²⁵

Não bastasse a indelegabilidade das competências públicas *in abstracto* ser uma decorrência lógica do ideal da Separação dos Poderes, tal como concebido e delimitado em nossa ordem jurídica,²⁶ a Constituição da República procurou ser pedagógica nesta seara.

Daí porque, malgrado a vedação estampada no Texto magno atual não ter a mesma envergadura daquelas encabeçadas em Constituições pretéritas,²⁷ o art. 25 do Ato

²⁵ Ideia que continua nos parecendo acertada (A separação dos Poderes e o Poder Judiciário como legislador positivo e negativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 47, pp. 162-173), não havendo em nosso pensamento qualquer novidade relevante a este propósito, como se lê, por exemplo, de Geraldo Ataliba (“Delegação normativa: limites às competências do C.M.N e BACEN, *Revista de Informação Legislativa*, a. 29, n. 113, pp. 275-306).

²⁶ Pensamento que aderimos na companhia de Castro Nunes (Delegação de poderes. *Revista de Direito Administrativo*, n. 25, pp. 1-10, doutrina), Celso Antônio Bandeira de Mello [Princípio da legalidade no direito brasileiro – Garantia constitucional do livre exercício de atividade econômica lícita – Delegação legislativa disfarçada – Inconstitucionalidade do uso de meios indiretos de compulsão ao pagamento. *Pareceres de direito administrativo*, pp. 346 a 350 (itens 7 a 11)] e José Horácio Meirelles Teixeira (*Curso de direito constitucional*, p. 596), dentre tantos outros. E sobre o conceito de delimitação das prerrogativas do Estado-poder, consulte Oswaldo Aranha Bandeira de Mello [*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 28 (item 1.1)].

²⁷ O art. 6º da Constituição da República de 1969 previa que “Salvo as exceções previstas nesta

das disposições constitucionais transitórias²⁸ enuncia a ilegitimidade da delegação da função legislativa ao Poder Executivo.

Apesar destas considerações, a indelegabilidade desta competência pública comporta temperamentos, sendo excepcionalmente admitida como se apura, por exemplo, da prescrição contida no art. 22, parágrafo único, da Constituição da República.²⁹ Em vista disto, melhor seria asseverar que esta indelegabilidade se traduz em uma regra geral, não tendo, contudo, valor absoluto.

9. Nestas considerações – sobre o perfil jurídico das competências públicas *in abstracto* – residem as bases fundamentais para, por exemplo, corretamente equacionar a delegação afeta à atividade notarial e de registro, prescrita no art. 236 da Constituição da República.

Com efeito, debate-se a legitimidade de o poder constituído alterar o regime de prestação desta atividade delegada ou, até mesmo, extirpá-la da alçada pública para, desta forma, livremente franqueá-la ao desempenho particular, seja como atividade econômica ou como atividade privada de relevância pública.

A questão é relevante tanto do ângulo dogmático, como pelo viés pragmático.

Basta relembrar que, sob o pálio da Constituição da República de 1967/1969, a Emenda constitucional 7/1977, promoveu a *integral estatização* da atividade desempenhada nas serventias do foro judicial e extrajudicial (providência jurídica denominada como *oficialização*). Com isto, a atividade notarial e de registro, cujo exercício até então era atributo particular, foi retirada do domínio privado e conferida ao exclusivo e privativo desempenho estatal. E isto por obra do poder constituído.

Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”. Prescrição semelhante era veiculada no art. 36, § 2º, da Constituição de 1946, assim redigido: “Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. (...) § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições”.

²⁸ “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa”.

²⁹ Eis o que prevê o art. 22, parágrafo único, da Constituição da República: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”. Daí a advertência de José Horácio Meirelles Teixeira, para quem “...nenhum dos Poderes pode delegar as atribuições que a Constituição assinala à sua competência – salvo, evidentemente os casos porventura expressamente previstos na própria Constituição” (*Curso de direito constitucional*, p. 596). E uma das raras exceções a esse postulado já se aperfeiçoou concretamente com a edição da Lei complementar federal 103/2000, cujo fundamento constitucional é, justamente, o art. 22, parágrafo único, da Constituição da República.

Foi por esta razão, aliás, que os seus exercentes passaram a se qualificar como servidores públicos e, nesta condição, remunerados pelo Estado e submetidos à denominada aposentadoria compulsória.³⁰

Sucedeu que, diante da inércia dos Estados na promoção da *oficialização* desta atividade (integralmente pública, a partir de então), outorgou-se a Emenda constitucional 16/1980, prevendo a edição de norma geral disciplinadora da *estatização* desta atividade.

A competência para o seu desempenho sofreu nova mutação constitucional em 1982, com a edição da Emenda constitucional 22. Isso porque, com o seu advento, outorgou-se aos particulares a competência para o desempenho da atividade notarial e de registro nas serventias extrajudiciais, desbastando a competência pública veiculada pela Emenda constitucional 7/1977. Promoveu-se, assim, a *reprivatização* destas atividades.

Assim, sob o pálio da Constituição pretérita houve sucessivas mutações constitucionais de certos atributos da competência pública e privada, relacionadas ao exercício das atividades notariais e de registro.

E, nos dias que correm, é recorrente a divulgação de opiniões, e até mesmo de Proposta de Emenda à Constituição, apregoando a *reestatização* destas atividades públicas³¹ ou, até mesmo, a sua extinção.³²

Mentes luminosas já se debruçaram sobre a possibilidade de o legislador (i) fixar

³⁰ Os poucos que à época se dispuseram a tratar do tema estavam mais atentos aos efeitos concretos advindos da modificação constitucional outorgada. Não se tem notícia de estudo que tivesse por enfoque a (in)constitucionalidade desta alteração constitucional. É o que se colhe, por exemplo, das palavras de José Dilermando Meireles (“Rumos da reforma judiciária”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, pp. 55-60). Também se tributa esta omissão ao invulgar desprestígio dos exercentes dessas atividades delegadas junto à parcela da classe jurídica e política nacional; sentimentos injustificados, diga-se de passagem, que mais residem em elementos subjetivos do que em dados objetivos. Tome-se por base o pensamento de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao assinalar que a estatização dessas atividades “[...] não agradou aos titulares de serventias do foro extrajudicial, cujos cartórios são tão rendosos que equivalem – querem alguns – às baronias que outorgavam os monarcas feudais aos seus mais fiéis servidores. E o símile não é absurdo porque, neste Brasil, tempo houve em que os bons serviços políticos eram retribuídos com cartórios [...]” (*Comentários à constituição brasileira*, p. 740).

³¹ Como registra Marcos Sousa e Silva (Estatização dos serviços de registro de imóveis. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 3, n. 14), que deu notícia da existência de Proposta de Emenda à Constituição destinada a estatizar os serviços de registro de imóveis.

³² Esta afirmativa foi proclamada publicamente pelo Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em sessão do Conselho Nacional de Justiça, não sendo, todavia, voz isolada. Já em 1973, A. B. Cotrim Netto rememora o juízo da parcela da comunidade jurídica a respeito destes profissionais: “[...] sobretudo prejudicial [...] é o desprestígio em que caiu, no Brasil, o Notário, a ponto de haver muita gente que nele enxergue um mero parasita da sociedade, que, portanto, deve desaparecer, a ser engolfado na maré da burocracia judiciária” (A situação jurídica do notariado brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 10, n. 37, p. 123).

os confins de uma competência pública *in abstracto*, delimitando o campo de atuação estatal e particular no desempenho de certa atividade,³³ bem como o meio jurídico pelo qual se trespassa ao administrado a competência pública *in concreto*,³⁴ ou (ii) tornar pública ou privada a competência para o desempenho de uma dada atividade, por não ter a Constituição da República lhe assinalado a titularidade.³⁵

Poucos, no entanto, analisaram a viabilidade de modificação constitucional para alterar ou mesmo suprimir uma competência pública *in abstracto* ou, diversamente, converter ao domínio público uma atividade que, até então, está sob a alçada ou exercício privado, tendo como paradigma o conteúdo, sentido e alcance das cláusulas pétreas, existentes tanto em 1967/1969,³⁶ como na atual ordem constitucional.³⁷

1.3.3. Objeto delegável da competência pública *in concreto*

10. Ao mesmo tempo em que se entoa a viabilidade da delegação do exercício de uma atividade pública, não se indica o título jurídico por meio do qual este ato se aperfeiçoa, circunstância que mascara a natureza do objeto jurídico delegado.³⁸

Isso porque, como esclarecido, o Poder público não delega o desempenho de uma atividade material a outrem;³⁹ delega uma competência jurídica *in concreto*, cujo exercício pode se concretizar no *campo jurídico* ou no *campo jurídico e também no plano*

³³ Por todos, fazemos alusão à André Luiz Freire [*O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 274 a 277 (item 2.2.2)] e Alexandre dos Santos Aragão (*Direito dos Serviços Públicos*, pp. 224-237), cada qual com posições contrapostas.

³⁴ Por todos: André Luiz Freire [*O Regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 277 a 280 (item 2.2.3)].

³⁵ Como afirmam, dentre outros, Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, pp. 101 a 106) e Celso Antônio Bandeira de Mello [*Curso de direito administrativo*, pp. 709 a 710 (itens 27 a 30)].

³⁶ Art. 47, § 1º, da Carta outorgada.

³⁷ Caso de Marcelo Figueiredo (“Análise da importância da atividade notarial na prevenção dos litígios e dos conflitos sociais”, *Revista de Direito Notarial*, a. 2, n. 2, pp. 100-101). Outros declinaram seu pensamento sobre o tema sem ofertar os fundamentos balizadores da opinião externada, caso de Pinto Ferreira (*Comentários à Constituição Brasileira*, p. 492), o que, certamente, agrada apenas aos escolásticos.

³⁸ Tome-se, por referência, o pensamento do festejado Hely Lopes Meirelles, para quem “Pela concessão, o poder concedente [...] delega, apenas, a execução do serviço [...]” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 334). A execução do serviço referida pelo saudoso jurista consiste, especificamente, no desempenho da atividade material.

³⁹ Insista-se: nos casos em que o particular apenas executa uma atividade material a cargo do Estado, não há delegação de uma competência pública *in concreto*, mas terceirização.

material.⁴⁰

Com efeito, não está sob a senhoria do Estado as atividades materiais realizadas no plano fenomênico (qualificados como *atos* ou *atos jurídicos*), senão que a *competência jurídica* para desempenhá-las, o que se opera por meio da produção de um ato translativo e constitutivo de direito⁴¹ (da produção, pois, de *atos jurídicos*⁴²).

É o que se processa, por exemplo, em relação à prestação de serviços públicos.

⁴⁰ Esse é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que reconhece os efeitos deletérios da cumulativa reunião destas duas atividades estatais [competência (i) para o exercício de uma atividade material; e (ii) para o exercício de uma atividade jurídica] na edificação do conceito de serviço público. Daí porque afirma, ao tratar do conceito de serviço público, “Então, por dizer essencialmente com uma atividade material, *ao contrário de poder de polícia*, o serviço público não se substancia em atividade jurídica, embora, como é óbvio, seja juridicamente regulado e sua efetivação pressuponha a prática de atos administrativos” [Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. *Grandes temas do direito administrativo*, p. 278 (item 10)]. Esta mesma ideia já era defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello [*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 187 (item 21.7)], Adilson Abreu Dallari (Concessões e permissões sob a tutela da Lei nº 8.987, de 13.2.95. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 12, n. 8, p. 515), e também por autores mais atuais, como André Luiz Freire (*O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 131 e 254-255) e Augusto Neves Dal Pozzo (*Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*, pp. 88-91).

⁴¹ Daí o acerto do pensamento do Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem “Corresponde a *ato administrativo translativo de direito* a concessão pela qual o concedente atribui ao concessionário, inalterados, os poderes e deveres que lhe cabem, para exercê-los e cumpri-los em seu lugar, a fim de praticar ato jurídico – como os serventuários de ofício público –, ou de construir obra pública – como retificação de rio –, ou de prestar serviço público – como o fornecimento de energia elétrica” [*Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 557-558 (item 51.2)].

⁴² Para nós são *atos jurídicos* aqueles acontecimentos que, oriundos ou não de ação humana, têm relevância para o direito positivo; *ato jurídico*, diversamente, consiste na providência jurídica fixada às partes em vista da ocorrência de um *fato jurídico* (que também é referida como *relação jurídica*). Com isto, adotamos a terminologia parcialmente corrente nos quadrantes do direito público; seja no *plano tributário* [que emprega *fato jurídico tributário* para designar os acontecimentos humanos que, por manifestarem riqueza, são passíveis de tributação e deflagrados no nascimento de um *ato jurídico* ou de uma *relação jurídica*, como o lançamento que, sendo a consequência de uma norma jurídica, é acertadamente denominado de *ato jurídico* por Alberto Xavier (*Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*, pp. 54-62), como também no âmbito do direito administrativo (basta recordar o corrente emprego das noções de *fato* e *ato administrativo*). Confira-se, dentre outros, Dino Jarach (*O fato impositivo*) e Alfredo Augusto Becker [*Teoria geral do direito tributário*, pp. 299-303 (item 82) e pp. 324 a (item 89)].

De todo modo, por haver muito dissenso sobre o conceito de *fato jurídico*, *ato jurídico* e *negócio jurídico*, as palavras de Orosimbo Nonato – reveladoras do amplo desacordo no tema – são reconfortantes. Diz o autor que “Os fatos originadores de direitos apresentam sentido diverso e múltiplo [...] Tais são os *atos jurídicos* em sentido lato, constituídos de fatos jurídicos *strictu sensu* e das ações humanas, das manifestações de vontade geradoras de efeitos jurídicos [...] Constituem tais atos a categoria principal e de maior momento dos fatos jurídicos. São atos *jurígenos* [...] e compreendem os *atos jurídicos* e os atos ilícitos [...] O ato jurídico chamam-lhe os DD. também ‘negócio jurídico’, denominação preferida dos juristas alemães”. Em vista disto “Estabelecem, assim, os juristas modernos o seguinte quadro sinóptico dos fatos geradores de direito, dos fatos jurídicos em geral” (1) fatos jurídicos em sentido lato; (1.1) fatos jurídicos em sentido estrito; (1.2) ações humanas, *atos jurígenos*; que se dividem em (1.2.1) atos lícitos (atos jurídicos em sentido lato), dos quais divisam (a) atos jurídicos *strictu sensu* e (b) negócios jurídicos; e (1.2.2) atos ilícitos, bipartidos em (a) dolosos e (b) culposos. Ao final, sentencia: “Inexiste uma *communis doctorum* e as teorias armadas ao propósito acham-se em testilhas uma com as outras” (*Da coação como defeito do ato jurídico*. pp. 9-11).

Nestes casos, o Poder público concretamente presta um serviço público em vista de uma regra de competência habilitante, que impõe seu contínuo e ininterrupto desempenho material (no plano fenomênico, portanto).

Assim, sendo o serviço público prestado por terceiros, não se delega o desempenho dessa atividade material (seu concreto exercício, portanto), mas a competência pública *in concreto* que legitima a produção de atos jurídicos e materiais capazes de concretizar a prestação de serviços públicos;⁴³ delega-se, pois, uma competência pública *in concreto* (e não o singelo desempenho da atividade material que lhe corresponde, caso da denominada *terceirização*).

Daí porque nos soa questionável a qualificação que alguns emprestam à concessão, permissão e delegação de serviço como modalidades de transferência de atividades materiais do Estado (e não, cumulativamente, de atividades jurídicas⁴⁴). Basta ter em conta o fato de que, justamente porque se transfere o exercício de uma atividade jurídica estatal ao particular, o delegatário destas funções públicas é dotado de legitimidade processual para manejar o pedido de suspensão de liminar, prescrito no art. 15 da Lei Federal 12.016/2009, atributo originalmente conferido apenas do Poder público.⁴⁵

Logo, a classificação das atividades estatais que toma em conta a preponderância do exercício jurídico ou material no seu desempenho não é capaz, *data venia*, de extremar figuras jurídicas em vista do seu regime jurídico.⁴⁶

É isto também se processa, por exemplo, em relação à atividade notarial e de registro, que, como atividade pública, se funda em duas competências públicas

⁴³ Neste sentido afirma André Luiz Freire [*O Regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, p. 355 (item 2.2.2, 'b')].

⁴⁴ Com razão Massimo Severo Giannini, para quem “*Invero tutti gli ‘atti materiali’ sono atti giuridici: potranno essere, nel più modesto dei casi, atti dovuti di carattere meramente interno, come p. es. quelli dei titolari di uffici postali, telegrafici, ecc., atti strumentali; ma sempre sono atti giuridici*” (*Lezioni di diritto amministrativo*, p. 109).

⁴⁵ Como frisa Romeu Felipe Bacellar Filho (Concessões, permissões e autorizações de serviço público. *Reflexões sobre o direito administrativo*, p. 195). Sobre a vasta competência jurídica delegada aos concessionários e permissionários de serviços públicos, é bastante ilustrativa a leitura de André Luiz Freire [*O Regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 379-385 (itens 4.1 e 4.2)].

⁴⁶ Daí o irretocável acerto de Massimo Severo Giannini, para quem “*Ogni atto giuridico postula e presuppone attività materiale: è questione solo di quantità*” (*Lezioni di diritto amministrativo*, p. 109). Justamente por isto, este jurista considera equivocada a classificação de uma atividade administrativa entre atividade jurídica e atividade material (*Idem*, p. 108)

legitimadoras do seu desempenho (uma *in abstracto* e outra *in concreto*). A primeira é indelegável, por atribuir estas atividades (notariais e de registro) à exclusiva alçada do Estado. A segunda, consistente no dever de concretamente desempenhar estas atividades, que se transfere obrigatoriamente à alçada dos particulares nos casos em que estas atividades públicas forem desempenhadas dentro do território nacional, ressalvada a atuação estatal realizada nas Juntas Comerciais, sob o controle e direção do Departamento Nacional de Registro do Comércio, nos termos da Lei Federal 8.934/1995.

1.4. Limites constitucionais *formais* à chamada *despublicização* das atividades estatais

11. À luz destas considerações, quais, então, as diferenças entre uma e outra hipótese de delegação?

A delegação da competência *in abstracto* esbarra em vedação decorrente do primado da Separação dos Poderes ou da Federação, cláusulas pétreas entre nós. Por esta razão, não se admite inovação legislativa alguma neste campo que tenha por objetivo a *despublicização*⁴⁷ de uma competência em favor do particular ou mesmo o seu trespasse a outro Poder da mesma ou diferente pessoa política. E isso sob pena de inconstitucionalidade, por burla ao art. 60, § 4º, da Constituição da República. Assim, as delegações destas competências são aquelas – e apenas aquelas – admitidas, implícita ou explicitamente, pelo Poder constituinte. Elas conformam as imutáveis fronteiras da Separação dos Poderes e da Federação em nosso direito positivo.

Por esta razão seria inconstitucional a proposta de Emenda à Constituição da República que pretendesse delegar à União a prerrogativa de isentar tributos de competência estadual ou municipal, ou mesmo suprimir uma competência tributária de um ente público em favor de outrem.⁴⁸ Haveria, na espécie, ilegítima delegação de

⁴⁷ Expressão cunhada por Carlos Ayres Britto (A privatização das empresas estatais, à luz da Constituição, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 12, p. 125).

⁴⁸ Não é este, todavia, o pensamento de Roque Antonio Carrazza, para quem, em certos casos, é possível a transferência de competência jurídica tributária para criação de tributos entre as pessoas políticas, caso típico de delegação de competência pública *in abstracto* [*Curso de direito constitucional tributário*, pp. 646-647 (item II)]. Para ele, caso esta emenda supressora de competência legislativa tributária não amesquinhasse significativamente o recolhimento de valores pela pessoa tributante, colocando em xeque sua salubridade financeira, não haveria violação às cláusulas pétreas, pois seria mantida a autonomia financeira. E coroa seu pensamento lembrando o ocorrido com a Emenda constitucional 42/2003

competência pública *in abstracto*.

O mesmo raciocínio não se estende, na mesma magnitude, à delegação de competência *in concreto*. Explica-se.

12. Já em sua redação original, a Constituição da República de 1988 disciplinou os casos de delegação de competência pública *in concreto*. Basta rememorar que o art. 175 da Constituição da República, inalterado até o presente momento, fixou o regime jurídico para transferência de competência pública volvida à prestação de serviços públicos. Inúmeros permissivos constitucionais autorizavam, como ainda autorizam, a aplicação do citado preceito, tais como: arts. 21, XII, 'a' a 'f' e 30, V, cuja disciplina normativa para sua concretização foi ditada pela Lei Federal 8.031/1990, veiculadora do Programa Nacional de Desestatização, revogada posteriormente pela Lei Federal 9.491/1997.

13. Afora os casos de delegação assinalados pelo Poder constituinte, o Poder constituído pode verter em delegável uma competência *in concreto* que, pela redação atual do Texto Constitucional, é indelegável.

Foi o que, aliás, se processou intensamente entre nós na década de 1990, quando,

(analisada no item seguinte), que permitiu ao Município fiscalizar e arrecadar tributo de competência federal. Estes argumentos não nos convencem, contudo. *Primeiro* porque alteração de competência tributária para criar tributo se qualifica como uma competência legislativa (*in abstracto*, portanto), ao passo que a fiscalização para o seu recolhimento resulta na outorga de uma competência pública *in concreto*, sendo que a delegação destas competências se estriba em distintos regimes jurídicos. *Segundo* porque se atrela a lisura da delegação de uma competência tributária *in abstracto* às suas consequências financeiras para o ente tributante. Se este entendimento vingasse, então Emenda à Constituição poderia suprimir a competência tributária de todos os entes tributantes, desde que, em contrapartida, garantisse a eles a versão de recursos financeiros na mesma magnitude dos tributos por eles instituídos e arrecadados. E, por este raciocínio, a União poderia passar à condição de depositária de toda a competência tributária nacional, desde que garantisse aos Estados, Municípios e Distrito Federal o pronto repasse de recursos financeiros necessários às essas entidades, na mesma magnitude dos tributos por ela anteriormente arrecadados, o que verteria o Estado Federado em Unitário – pelo ângulo das competências tributárias –, maltratando a Separação dos Poderes, pois a transferência de uma competência de uma pessoa política para outra entidade federada esbarra na Separação de Poderes. É justamente esta, aliás, a conclusão a que chega o Tácio Lacerda Gama (Federação, autonomia financeira e competência tributária: é possível uma Federação sem repartição de competências tributárias? *X Congresso Nacional de Estudos Tributários: Sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*, pp. 1143-1160), ideia que não conta com nossa adesão. Aliás, nunca é demais lembrar que os tributos têm, adicionalmente, a capacidade indutora do comportamento humano, que pode ser exercida pela entidade tributante para reduzir as desigualdades regionais, incentivar o incremento da atividade econômica ou comportamentos protetivos do patrimônio histórico, ambiental, cultural, dentre inúmeras outras finalidades satisfativas do interesse público [Nesse sentido afirma José Juan Ferreiro Lapatz (Direito tributário: teoria geral do tributo, pp. 25-27)]. Logo, não se contorna a supressão da competência tributária apenas monetariamente, pois há muito mais na tributação do que apenas sua faceta arrecadatória-financeira, razão por que subscrevemos o pensamento de Heleno Taveira Torres, que também vê nos expedientes aqui combatidos frontal violação ao art. 60, § 4º, da Constituição da República (*Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira*, pp. 273-275).

por sucessivas Emendas constitucionais, franqueou-se aos particulares o exercício de atividades públicas até então desempenhadas privativamente pelo Estado. Moldava-se a Constituição da República às concepções de parcela da classe dirigente nacional, cuja forma e método de realização e implantação foi objeto de resistência cívica e jurídica de alguns, cuja conduta já está registrada na história como modelar exemplo da cidadania, que inspira e nos serve de norte para o hoje e o amanhã.⁴⁹

Contudo, não vislumbramos neste procedimento de reforma constitucional uma modalidade de supressão de competências públicas, ainda que indesejável em vista de outros princípios igualmente prestigiados pela ordem jurídica protetores dos interesses nacionais.

Fosse o caso de aniquilamento de uma parcela da competência pública, mínima que fosse, haveria, na dicção constitucional, *abolição* de uma ou mais das prerrogativas assinaladas aos Poderes da República, o que não se admite.

No entanto, a modificação do perfil jurídico de uma competência pública *in concreto* por meio de Emenda à Constituição da República que, todavia, não resulte em sua abolição ou trespasse, total ou parcial, a outro ente político⁵⁰ ou à ordem econômica, resulta, apenas e tão somente, na sua reconfiguração ou remodelagem, o que é perfeitamente legítimo. É que nestes casos não haverá perda ou supressão de competência pública *in concreto*, que continua imantada na pessoa política.⁵¹

14. É o que se verifica no caso da fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias principais e acessórias⁵² pelos particulares em relação ao imposto sobre a

⁴⁹ Merece especial destaque a combativa e inspiradora atuação de luminares juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello [*Curso de direito administrativo*, pp. 49 a 53 (itens 22 e 23) e Privatização e serviços públicos. *Boletim de direito administrativo*, vol. 15, n. 6, pp. 295-303], Fábio Konder Comparato, Paulo Bonavides e Weida Zancaner.

⁵⁰ Nisto discordamos de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao assinalarem que “A repartição de competências é crucial para a caracterização do Estado Federal, mas não deve ser considerada insuscetível de alterações. Não há obstáculo à transferência de competências de uma esfera da Federação para outra, desde que resguardado certo grau de autonomia de cada qual” (*Curso de direito constitucional*, p. 256).

⁵¹ Este juízo é similar ao de José Afonso da Silva, para quem, “[...] a autonomia dos Estados está assentada na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica *tendência* a abolir a forma federativa de Estado. Confiar a qualquer dos Poderes atribuição que a Constituição só outorga a outro importará *tendência* a abolir o princípio da separação dos Poderes” (*Comentário contextual à Constituição*, p. 442).

⁵² Sobre o regime jurídico das obrigações tributárias principais e acessórias, confira-se o pensamento de José Souto Maior Borges (*Obrigação tributária: uma introdução metodológica*) e Maurício Zockun (*Regime jurídico da obrigação tributária acessória*).

propriedade territorial rural (ITR) – tributo de competência da União –, atividades reveladoras da competência pública *in concreto* no plano tributário.

Com efeito, pelo Texto originário da Constituição da República, a fiscalização relativa ao cumprimento das obrigações tributárias (principal e acessória) concernentes a esse imposto sempre esteve a exclusivo encargo da União, pois a pessoa dotada de competência tributária é investida de capacidade tributária ativa.⁵³

Sucedeu que a Emenda constitucional 42/2003, ao acrescentar o art. 153, § 4º, III, na Constituição da República, outorgou ao município a competência para fiscalizar e arrecadar este tributo de competência federal, nos termos da lei. E, com isto, alterou-se esta competência pública *in concreto*, conduta que não está enfermada de ilegitimidade.

E para manutenção desta higidez no plano infraconstitucional, o legislador não poderá, ao regulamentar este dispositivo, impor a obrigatória delegação desta competência pública federal *in concreto*. Isso sob pena de, por meios obtusos, trespassá-la integralmente aos municípios. É que, se assim proceder, o legislador retirará da União a opção de exercitar ou não a sobredita competência pública, o que equivale à sua abolição, pois com o seu impeditivo exercício esvaziam-se por completo as prerrogativas inatas ao titular da competência pública *in concreto*.

15. Estas considerações são integralmente aplicáveis às denominadas *autorizações* para prestação de serviços públicos, figuras irmãs da concessão e da permissão, prescritas no art. 175 da Constituição da República.⁵⁴

Não há qualquer impedimento para que se reconfigure constitucionalmente uma competência pública *in concreto* para nela inserir este instituto (da autorização), como nova modalidade de delegação de uma atividade pública. No entanto, não se pode imaginar que a *autorização*, quando relacionada à delegação de uma competência pública *in concreto*, possa significar o inexorável dever de o Estado trespassar essa competência ao particular, como equivocadamente supõe alguns.⁵⁵ É que, neste caso, a *autorização* acabaria por significar o aniquilamento da competência pública *in concreto* assinalada à pessoa política pelo constituinte.

⁵³ Conforme bem observava Geraldo Ataliba [*Hipótese de incidência tributária*, p. 75 (item 30.4)]. Sobre estes conceitos – de competência e capacidade tributária.

⁵⁴ André Luiz Freire edificou amplo e valoroso estudo sobre esse instituto (*O Regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 386-402).

⁵⁵ Nesse sentido é o pensamento de Alexandre dos Santos Aragão (*Direito dos serviços públicos*, p. 221).

Daí porque, uma vez mais, a razão está com Celso Antônio Bandeira de Mello, que vislumbra na *autorização* a delegação emergencial de uma competência pública *in concreto*, sem o que o interesse público restaria irremediavelmente frustrado.⁵⁶

Observe-se, entretanto, que o vocábulo *autorização* pode ser utilizado em sentido diverso destes anteriormente referidos, pois, como averbamos, no mundo jurídico os institutos são o que são, não pelo seu rótulo, mas pelo seu conteúdo ou regime jurídico. Neste contexto, também se utiliza a expressão *autorização* para se fazer referência ao reconhecimento estatal do legítimo desempenho de uma atividade por particular, eis que ela também pode ter por propósito a persecução dos interesses egoísticos. Caso haja interesse público na tutela dessa atividade privada em vista da sua dimensão coletiva, a lei poderá qualificá-la como uma atividade de relevância pública, a exemplo do que ocorre com a produção e comercialização de medicamentos. É o que se dá, por exemplo, em relação as ferrovias exploradas em regime privado que, segundo os arts. 19 e seguintes da Lei Federal 14.273/2021, demandam prévia *autorização* estatal, precedida ou não de chamamento público.

1.5. Limites constitucionais *substantivos* à chamada *despublicização* das atividades estatais

16. Vê-se que as limitações até aqui edificadas se prestaram a balizar as legítimas delegações de competência pública *in concreto* em vista do seu aspecto *formal*. Não se erigiu qualquer espécie de perímetro à legítima transferência do exercício desta competência pública a partir da *substância* do objeto delegado.

E sob este aspecto (*substantivo*), não há liberdade absoluta para constitucionalmente alterar uma competência pública *in concreto*. Nesta seara, o sopesamento de outros comandos normativos pode levar à conclusão de que certas

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, pp. 708-709 (item 26)]. Daí porque, em que pese defensor de visão igualmente protetiva do interesse público, parece-nos parcialmente acertado o pensamento de André Luiz Freire, pois admite que a autorização se preste ao imediato trespasse de atividades públicas aos particulares em outras situações, além daquelas exclusivamente emergenciais. E isto apesar de sedutoras referências do autor à legislação federal que disciplina, por exemplo, o transporte ferroviário e as telecomunicações, o que, todavia, não nos convence (*O Regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 396-399). No entanto, reconheça-se, o autor atinge conclusões diversas por eleger distintas premissas.

atividades públicas deste jaez são imutavelmente indelegáveis em vista do *objeto* delegado.

É o caso das funções legislativas e jurisdicionais, constitucionalmente indelegáveis (*in concreto*) por força do conteúdo normativo do Estado Democrático e da independência própria do Poder Judiciário.⁵⁷

Nestes casos, a delegação do exercício da função jurisdicional a terceiros – que não aos magistrados –, manietta a autonomia e independência inerentes ao seu exercício. Afinal, é por meio das garantias funcionais conferidas aos referidos servidores públicos que se criam as condições necessárias ao tratamento jurídico impessoal e equidistante na resolução de litígios, sendo estes predicados um dos alicerces sobre os quais se edificaram os inalteráveis pilares jurídicos da Nação. O mesmo se fale em relação à atividade legislativa, cuja delegação a terceiros rompe com os ideais democráticos.

Há, ainda, outras e variadas hipóteses,⁵⁸ identificáveis, mais amiúdes, em vista de situações concretas.

1.6. *Publicização de atividades privadas*

17. Sucede que a competência para o desempenho de certas atividades não está explicitamente encartada na órbita pública, tampouco no campo exclusivamente reservado ao desempenho privado (na ordem econômica, portanto).

Este fenômeno jurídico é especialmente relevante nos Estados e Municípios, por conta do peculiar modo edificado pelo Constituinte para lhes outorgar competências públicas *in abstracto*.

Com efeito, o art. 30, V, da Constituição da República confere aos Municípios a

⁵⁷ Esse é o magistério de Romeu Felipe Bacellar Filho (O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Reflexões sobre o direito administrativo*, p. 54).

⁵⁸ Segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral, certas atividades estatais são indelegáveis em razão do seu perfil constitucional. É o caso dos serviços públicos de limpeza urbana, indelegáveis por serem gerais e indivisíveis. Por esta razão o jurista pernambucano advogava a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.074/1995 (*Concessão de serviço público*, p. 19). Em pensamento igualmente original, Carolina Zancaner Zockun afirma, com inegável acerto, que os serviços públicos que concretizam os direitos sociais são alçados à condição de cláusulas pétreas (*Da intervenção do Estado no domínio social*, pp. 176-185) E, por esta razão, aquela professora observa que “[...] o serviço público de seguridade social é encargo exclusivo do Estado, não cabendo nem ao menos a possibilidade de transferência do seu exercício” (*Idem*, p. 182).

prerrogativa de “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local...”. Em vista desta previsão, quais atividades realizadas no âmbito municipal podem ser legislativamente qualificadas como serviços públicos de interesse local?

A resposta teórica a esse questionamento é de uma singeleza franciscana,⁵⁹ apesar de sua aplicação ser bastante sinuosa. Isto porque, somente as atividades capazes de tutelar o interesse público local (art. 30, V, da Constituição da República), cuja disciplina normativa também deve estar ao alcance da competência legislativa municipal (art. 30, I, da Constituição da República), podem ser qualificadas como serviço público municipal. No entanto, apenas o sopesamento dos comandos constitucionais e legais aplicáveis ao caso concreto será capaz de revelar se há ou não interesse local justificador da qualificação de uma atividade como serviço público de interesse local naquele dado momento histórico. Afinal, a partir desta qualificação, o seu desempenho passará a ser norteado pelo regime jurídico de direito público, com os deveres e poderes que lhe são inatos.

Além do batido exemplo do serviço funerário (que pode ou não ser legislativamente qualificado pelo município como serviço público de interesse local ou atividade econômica), o tema não é estranho em nossa Suprema Corte.

José Guilherme Giacomuzzi noticia que o Supremo Tribunal Federal, em 1911, reconheceu a constitucionalidade da lei fluminense que (i) obrigou, nos seus limites territoriais, que os abates de animais destinados a consumo humano fossem realizados apenas em matadouros públicos; e (ii) assinalou que apenas os animais pertencentes ao Estado lá poderiam ser abatidos.⁶⁰

Sendo legitimamente criado o serviço público de interesse local, deve a lei municipal também prever a forma de sua prestação, observado, no caso de prestação indireta, a disciplina traçada pelo art. 175 da Constituição da República.

18. Situação similar se verifica em relação aos Estados e Distrito Federal, pois o art. 25, § 1º, da Carta Magna assinala que “São reservadas aos Estados as competências

⁵⁹ Como se colhe do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello [*Curso de direito administrativo*, pp. 709-710 (itens 27 a 30)] e Carmen Lúcia Antunes Rocha (*Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*, pp. 20-21), dentre tantos outros.

⁶⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. A supremacia do interesse público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, pp. 251-290.

que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Assim, não sendo uma atividade tipificada como interesse local, tampouco atribuída pela Constituição da República à União ou à alçada particular, o Estado poderá qualificá-la como atividade pública estadual ou mesmo serviço público estadual. E, neste caso, as mesmas cautelas aplicáveis à qualificação de uma atividade como serviço público de interesse local devem ser, *mutatis mutandi*, observadas pelo legislador estadual.

E se a lei (estadual ou municipal) pode qualificar uma atividade como pública, ela também poderá desqualificá-la, caso em que será atribuída ao desempenho privado.

19. Observe-se, contudo, ser proibido ao Poder constituído pretender ampliar as funções estatais municipais e estaduais ao ponto de malbaratar o primado da livre iniciativa, castrando ou amesquinhando significativamente a garantia constitucional ao legítimo desempenho das atividades econômicas; o reverso é igualmente verdadeiro.

Afinal, sendo a livre iniciativa um dos fundamentos da República (art. 2º, IV), qualifica-se como uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna).

Logo, admite-se a mutação dos confins constitucionais das atividades públicas e privadas, não se permitindo, contudo, que a modificação proposta pelo Poder constituído redunde na ilegítima redução do campo reservado à livre iniciativa, de modo que, por seu intermédio, ela (a livre iniciativa) seja abolida ou restringida em magnitude incompatível com a ordem constitucional.⁶¹

20. Não se baralhe estes casos com aqueles em que a legislação delimita certas atividades privadas dentre aquelas que, geral e abstratamente, estão encartadas dentre as competências públicas *in abstracto*. É o caso de certas atividades de telecomunicações desempenhadas em exclusivo proveito privado, que não se qualificam como serviços públicos, além das pequenas centrais produtoras de energia elétrica (denominados de autoprodutores), cuja exploração não depende de concessão ou permissão, já que a energia produzida se destina ao consumo próprio,⁶² ainda que sua venda no *mercado livre*

⁶¹ No mesmo sentido pensam Karina Houat Harb (*A revisão na concessão comum de serviço público*, pp. 41-42) e Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 106). Tenha-se, por exemplo, que, em 2009, a Alemanha aprovou lei autorizando a *estatização* do banco de crédito hipotecário (Hypo Real Estate), revelando que a livre iniciativa, não sendo um princípio absoluto, cede passo a outros cânones igualmente relevantes, vertendo parcialmente uma atividade privada em atividade pública, ainda que de modo temporário [era isto o que previa a lei alemã, conforme esclarece Roberto Chacon de Albuquerque (*Crise financeira internacional e estatização bancária na Alemanha. Revista Direito GV*, v. 6, n. 12, pp. 541-564).

⁶² Sobre o assunto, leiam-se as considerações de Almiro do Couto e Silva [Privatização no Brasil e o novo

de energia seja possível ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), observados os valores mínimos e máximos fixados pela Agência Nacional de Energia Elétrica.⁶³

21. À luz destas considerações, conclui-se pela existência de distintos regimes jurídicos aplicáveis a uma e a outra situação jurídica, concernente à delegação de competências públicas.

Eis a razão da classificação ora proposta, que segrega a delegação das funções públicas, entre delegação de competência pública *in abstracto* e delegação de competência pública *in concreto*.

2. EXERCÍCIO PÚBLICO E O EXERCÍCIO DELEGADO DAS ATIVIDADES PÚBLICAS

Ao lado da delegação de uma competência pública *in concreto*, perfila-se o concreto exercício desta competência, que pode se dar por obra do Estado e/ou do administrado.

Em vista disto, estas atividades públicas podem ser segregadas tomando por *critério classificatório* as modalidades (i) de delegação da competência pública *in concreto* e (ii) do exercício da competência pública *in concreto*. Esta classificação se justificaria em razão do acertado juízo de Celso Antônio Bandeira de Mello, pois “Não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas visivelmente distintas”.⁶⁴

A despeito da lisura do critério classificatório eleito, estes distintos objetos serão examinados de modo aglutinado, pois estão umbilicalmente vinculados.

Basta ter em conta que o exame do primeiro objeto (delegação da competência pública *in concreto*) obriga a conjunta análise do exercício dessa competência, sem o que o fragmentado estudo da questão turvaria a compreensão do seu conteúdo, sentido, alcance e efetivação.⁶⁵

exercício de funções públicas por particulares. Serviço público ‘à brasileira’? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57 (suplemento), pp. 224-230 (itens 22 a 26)].

⁶³ Sobre o regime de comercialização de energia no mercado livre, confira-se: <www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_076376>.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. *Grandes Temas do direito administrativo*, p. 285.

⁶⁵ Este é, por exemplo, o critério classificatório adotado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha (*Manual de direito administrativo*, p. 529).

2.1. Modalidades de delegação da competência pública *in concreto* e o seu exercício

23. Tomando como referência a viabilidade de delegação das competências públicas *in concreto*, as funções públicas classificam-se em:

- (a) atividades públicas indelegáveis pelo Estado;
- (b) atividades públicas obrigatoriamente delegáveis pelo Estado; e
- (c) atividades públicas facultativamente delegáveis pelo Estado.

Examinando-se o exercício concreto destas competências públicas, podemos apartá-las como:

- (d) de exercício exclusivo ou privativo pelo Poder público;
- (e) de exercício empreendido por pessoa integrante da Administração indireta;
- (f) de exercício exclusivo ou privativo pelos particulares; e
- (g) de exercício colaborado com os administrados.⁶⁶

24. Embora o concreto exercício da função pública por pessoa integrante da Administração indireta seja bastante semelhante àquele empreendido de modo colaborado com os administrados, ou mesmo de modo privativo pelo Poder público ou pelo particular, a eles se aplicam distintos regimes jurídicos, o que justifica a classificação proposta.

Afinal, o exercício exclusivo ou privativo pelo Poder público se aperfeiçoa sob o manto do poder hierárquico, conferindo ao superior “...uma *contínua e permanente* autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados”.⁶⁷

⁶⁶ Caso em que o administrado poderá desempenhar uma competência pública, isolada ou conjuntamente com o Estado, situação tipificada como *relação jurídica de colaboração* a que se refere Romeu Felipe Bacellar Filho (O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Reflexões sobre o direito administrativo*, p. 50).

⁶⁷ Segundo apregoa Celso Antônio Bandeira de Mello [*Curso de direito administrativo*, p. 154 (item 13)]. Comungam deste pensamento, dentre outros: José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, pp. 67-70), Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, pp. 100-103) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, pp. 96-98). É a própria Constituição da República, e não apenas as lições da boa doutrina, que prevê a existência de hierarquia na intimidade da Administração Pública, bem como as prerrogativas que lhe são inerentes. É o que se edifica pelo exame dos arts. 74, *caput* e § 1º (fixador de mecanismo de *controle interno* de contas públicas), 87, I (segundo o qual os Ministros de Estado podem exercer a *orientação, coordenação e supervisão* dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência), 87, IV [que legitima a *delegação* de competência de superior hierárquico (Presidente da República) ao seu subordinado (Ministro de Estado); 103-B, § 4º, III (caso de *avocação*), 42 e 142, *caput*, (que prevê relação de *hierarquia e disciplina hierárquica*) e 198, *caput*, todos

Já nos casos de exercício da função pública empreendida por pessoa integrante da Administração indireta, a Administração centralizada deverá, nos termos da lei, *controlar* a atividade pública concretizada de modo descentralizado; nestes casos haverá parcial autonomia da entidade pública delegada em relação ao ente delegante.⁶⁸ Daí porque esse controle pode resultar, por exemplo, na adoção de expedientes necessários para que as entidades públicas delegadas concretizem, na maior medida possível, o dever de universalização dos serviços públicos prestados de modo eficiente, tecnologicamente atualizados e sob a menor contrapartida possível, ante o princípio da retributividade, que informa a instituição e cobrança de taxas. Além disto, basta a edição de ato normativo paralelo àquele que, na atual conjuntura constitucional, autoriza a criação dessas pessoas para que a criatura seja extinta pela vontade da entidade criadora,⁶⁹ caso em que o desempenho da atividade estatal retornará à esfera da Administração centralizada.⁷⁰

O exercício colaborado com os administrados se aperfeiçoa sob o império da denominada sujeição especial,⁷¹ categoria jurídica dessemelhante da hierarquia e do controle.⁷² É por esta razão que o dever de universalização, atualidade e modicidade na

da Carta Magna (prescritor de *hierarquia* na prestação de serviços públicos de saúde).

⁶⁸ Dá-se, no caso, a denominada *supervisão ministerial*, tendo por propósito “[...] assegurar a realização dos objetivos básico em vista dos quais foi constituída a entidade, promover a harmonização de seu comportamento com a política e a programação do Governo no setor em que atua, promover a eficiência administrativa e garantir sua autonomia administrativa, financeira e operacional”, segundo o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello [*Curso de direito administrativo*, p. 211 (item 66)]. Além de Marçal Justen Filho rotular diversamente esta atribuição estatal (*poder de tutela*), fixa seus confins de modo mais econômico, por circunscrevê-la ao “[...] poder jurídico de verificar a regularidade da atividade desenvolvida no âmbito autárquico” [*Curso de direito administrativo*, pp. 280 e 281 (item 5.8.2.2)].

⁶⁹ Sobre a criação, objetivo, poderes e deveres, organização, funcionamento e natureza jurídica dos consórcios públicos, recomenda-se a leitura das excelentes monografias específicas sobre este tema de José dos Santos Carvalho Filho [*Consórcios públicos*] e Marcelo Harger (*Consórcios públicos na Lei 11.107/2005*).

⁷⁰ Como observa Geraldo Ataliba [Empresas estatais e regime administrativo (Serviço público – Inexistência de concessão – Delegação – Proteção ao interesse público), *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4, pp. 55-70].

⁷¹ A respeito da sujeição especial, confira-se o pensamento de Carolina Zancaner Zockun (Sujeição especial e regime jurídico da função pública no Estado de Direito Democrático e Social. *Direito disciplinário internacional*, pp. 275-283). O estudo deste tema acima é relevante ao conhecimento da disciplina normativa que conforma o exercício colaborado do particular com a Administração. Como acertadamente sublinha Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, no exercício colaborado de uma função pública há acordo de vontades apenas na formação do vínculo jurídico entre o Estado e o particular; já a disciplina jurídica traçada para o escorreito exercício da competência pública se funda nos denominados ato-união, que desaguará na formação de uma relação jurídica de sujeição especial. Daí porque as denominadas “cláusulas contratuais”, asseguradoras da constitucional preservação do equilíbrio econômico-financeiro, são *adjetas* ao ato-união criando em favor do particular “situação jurídica subjetiva de efeitos futuros” [*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 506].

⁷² Ao tratar das “concessões” de serviços públicos às empresas estatais, José dos Santos Carvalho Filho

prestação de serviços públicos se aplica a essas pessoas na medida e extensão das cláusulas fixadas no contrato de concessão ou permissão de serviço público.

A óbvia possibilidade de modificação destes deveres dos concessionários e permissionários de serviços públicos deverá ser acompanhada do correspondente reequilíbrio econômico-financeiro. Além disto, os casos de extinção da concessão e permissão estão taxativamente previstos em lei, razão por que a superveniência de interesse público justificador da retomada da competência pública *in concreto*, dentro do prazo fixado em contrato, exigirá o pagamento de justa e prévia indenização.⁷³

Por fim, o exercício privativo de uma competência pública pelo particular impede o Poder público de retomá-lo ou mesmo desempenhá-lo por si, a que título for, características nucleares no exercício colaborado de uma competência pública.⁷⁴

Daí o porquê da classificação proposta, reveladora de distintas figuras jurídicas, apartáveis entre si pelo seu regime jurídico.⁷⁵

25. Em vista desta classificação, são atividades públicas indelegáveis [referidas em (a), acima] aquelas que, segundo o figurino constitucional, devem ser mantidas sob o *permanente* e *exclusivo* encargo do Estado, sob pena de malbaratamento do bem comum.

Afinal, se uma atividade está atribuída à alçada particular, não se impõe ao administrado o dever de permanentemente desempenhá-la satisfazendo, assim, o bem da

observa que “[...] as pessoas instituídas por força de delegação legal estão vinculadas à pessoa federativa instituidora, e esta, como é óbvio, há de ter natural ingerência na sua organização, estrutura e direção [...] o mesmo não ocorre com as pessoas concessionárias e também permissionárias. Tratando-se de pessoas jurídicas privadas [...], o Estado não tem qualquer ingerência em sua estrutura e organização, limitando-se à fiscalização normal exercida por quem contrata os serviços de outrem” (*Manual de direito administrativo*, p. 375). Nestes casos forma-se uma *relação jurídica estatutária e contratual*, atributos que atestam a *natureza complexa* desta atividade colaborada, conforme esclarece Leticia Queiroz de Andrade (*Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*, pp. 41-43 e 121-133).

⁷³ Caso em que restará caracterizada a prática de dano jurídico lícito (i) antecipadamente conhecido e determinável, (ii) economicamente mensurável, (iii) especial e (iv) anormal, circunstâncias que determinam a prévia recomposição do patrimônio particular. Trilham este pensamento Weida Zancaner (*Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*, pp. 39 a 74), José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, p. 566), o que também nos parece acertado (*Responsabilidade patrimonial do Estado*).

⁷⁴ Conforme observa Romeu Felipe Bacellar Filho (Concessões, permissões e autorizações de serviço público. *Reflexões sobre o direito administrativo*, pp. 182, 187 e 197-199).

⁷⁵ Pois, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “A finalidade de criar distintas figuras jurídicas é permitir classificá-las pelo enunciado da sua denominação, diferenciando-as de outras” (*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 557).

vida objeto da competência que legitima o seu exercício.⁷⁶

Se, de outra banda, certas atividades jurídicas ou materiais são reputadas relevantes aos interesses sociais, qualificando-se como função pública e fundadas na correspondente competência pública habilitante, devem ser perseguidas continuamente pelo Poder público ou por quem lhe faça as vezes.

Nestes casos, fixando-se a obrigatória manutenção da competência pública *in concreto* na esfera estatal, o Poder público deve exercê-la de modo *privativo*. Deveras, só pode exercitar uma competência pública quem nela estiver investido. E sendo o caso de indelegabilidade da competência pública *in concreto*, esta atribuição permanece imantada na órbita estatal, razão por que, por imperativo lógico, o seu exercício é *privativo* do Estado⁷⁷ [hipótese (d), indicada acima].

Sem embargo, é franqueado ao Poder público constituir pessoa na sua Administração indireta para desempenhar, de modo privativo, esta atividade [caso em que restará caracterizada a hipótese (e), acima⁷⁸]. Era o que, por exemplo, previa o art. 21, XI, da Constituição da República de 1988 em sua redação original, ao franquear a exploração

⁷⁶ No entanto, uma vez colocada à disposição de todos – e havendo possibilidade de desempenhá-la na situação concreta –, não pode o administrado negar-lhe execução em desfavor de um ou outro particular, por razões egoísticas ou de foro íntimo. Afinal, como a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna de todos à luz do ideal da igualdade, é ilegítima a conduta do particular que se nega a vender um produto ao adquirente, sem justificada razão, para, em seguida, alienar idêntico produto a outra pessoa.

⁷⁷ Insista-se: não se pode baralhar o exercício privativo desta competência com exercício concreto da atividade objeto da referida na competência pública. Afinal, pode ocorrer que a atividade material a que se volve o exercício da competência pública *in concreto* seja levada a efeito pelo administrado por força de avença firmada com o Poder público. É o que, por exemplo, ocorre em relação ao denominado “monopólio” do Petróleo, flexibilizado pela Emenda constitucional 9/1995. Com efeito, em que pese a competência pública *in concreto* para pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluido estar sob a privativa alçada federal e ser constitucionalmente indelegável, o art. 177, § 1º, da Constituição da República legitima a União contratar com empresas estatais ou privadas a sua realização. Não há, na espécie, delegação de uma competência pública, mas a contratação de uma empresa para, em nome do Estado, desempenhar as atividades materiais necessárias à satisfação do bem da vida objeto da competência. A distinção entre estes institutos foi, como de hábito, magistralmente esquadrinhada por Celso Antônio Bandeira de Mello (Serviço público e poder de polícia: Concessão e delegação. *Revista trimestral de direito público*, n. 20, pp. 21 a 28).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também reconhece a distinção entre estes institutos, denominando o tema tratado como *terceirização*, justamente por não envolver delegação de competência pública (O sistema de parceria entre os setores público e privado. Execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 13, n. 2, p. 80).

⁷⁸ É o caso de delegação realizada na intimidade da mesma pessoa política, por meio da qual se transfere o seu exercício dessa competência para pessoa integrante da sua Administração indireta, tema que o incomparável Geraldo Ataliba teceu luminosas considerações, que, escritas nos anos 80, ainda soam como geniais novidades (Sabesp – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. *Revista de direito público*, n. 92).

dos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações às “empresas sob controle acionário estatal”, situação análoga aos casos exploração os serviços locais de gás canalizado, bem como sua distribuição.

Em circunstâncias bastante excepcionais, o Estado pode se ver transitoriamente incapacitado de desempenhar de modo privativo esta função pública, caso em que *deverá* se socorrer dos administrados para, com isto, assegurar sua contínua execução [caso, pois, de execução colaborada com o administrado, enquadrável na alínea (g), acima]. O credenciamento é o instituto que, por excelência, se presta legitimamente a este fim.⁷⁹

26. Apesar disto, nada impede que a atividade jurídica e material objeto desta competência pública indelegável também seja conferida ao particular, dentro do seu campo próprio de atuação e, por esta razão, exercido sob regime jurídico diverso ao qual o Estado se submete.

É o que reconhecidamente se sucede com os serviços de saúde, educação, previdência e assistência social, que podem ser *formalmente* prestados por particulares sob regime jurídico privado, fortemente derogado pelo direito público.

Não é por outra razão que os produtos medicamentosos podem ser comercializados no mercado consumidor, desde que o preço de venda seja igual ou inferior àquele unilateralmente fixado pelo Poder público. O caso não é de *tabelamento de preços*, mas de fixação de preços máximos para comercialização de cada um destes produtos ao Poder público e aos particulares, pois, segundo o art. 200 da Constituição da República “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - *controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos*”.⁸⁰ Daí porque afirmamos que estas atividades – por

⁷⁹ Esta é a feliz observação de Celso Antônio Bandeira de Mello [*Curso de direito administrativo*, p. 708 (item 25)].

Daí porque, até a definitiva instalação e integral funcionamento das Defensorias públicas nos Estados, as Procuradorias dos Estados – incumbidas de desempenhar estas atividades, mas incapazes de levá-las a satisfatório efeito pelo seu gigantismo material e territorial – firmavam Convênios com as Secções da Ordem dos Advogados do Brasil, de modo que a assistência judiciária fosse supletivamente prestada aos mais necessitados pelos advogados nelas credenciados. E mesmo após a criação das Defensorias públicas dos Estados, este credenciamento deverá perdurar até que esse órgão estatal seja capaz atender a essa demanda.

⁸⁰ Tema por nós examinado em outra ocasião: [Controle de preços de medicamentos pela CMED. Obrigatoriedade de seus fabricantes e distribuidores aplicarem, na sua venda, desconto compulsório (CAP) sobre o denominado ‘preço fábrica’. A formação do ‘preço fábrica’ e o usufruto facultativo de isenções

serem de *relevância pública*⁸¹ – serão desempenhadas pela iniciativa privada sob o manto de normativa fixadas, em larga medida, no campo do direito público.

Nestes casos não há (e nem poderia haver) delegação de uma competência pública *in concreto*. Isso porque o constituinte também afiançou estas atividades ao campo de atuação do administrado.

Logo, quando desempenhada pelos particulares, não há falar no exercício de uma competência pública *in concreto* delegada, senão que de uma atividade privada de *relevância pública*. Daí o equívoco de qualificá-las como serviços públicos não privativos.⁸²

27. Singularmente interessantes são os casos de função ou atividade pública cuja competência para o seu desempenho é obrigatoriamente delegada pelo Estado aos particulares [hipótese indicada em **(b)**, acima]. A despeito disto, esta obrigatória delegação se biparte caso: (i) o Poder público delegue integralmente a competência pública *in concreto*, transpassando-a ao administrado; e (ii) o Poder público delegue a sobredita competência, que, todavia, permanece no seu círculo atribuições, caso em que a prerrogativa para o seu exercício será cumulativamente atribuída ao Estado e a terceiros.

28. A primeira hipótese se processa na denominada Justiça de Paz, na qual os exercentes (juizes de paz) devem ser “...cidadãos⁸³ eleitos pelo voto direto, universal e

tributárias condicionadas. *Revista trimestral de direito público*, n. 51-52, pp. 179-193].

⁸¹ As atividades privadas de “relevância pública” estão contempladas no Texto Constitucional, nas passagens em que se disciplinaram as atribuições do Ministério Público (art. 129, II) e os serviços de saúde (art. 197). Outras atividades, embora não qualificadas deste modo (de “relevância pública”), tem o mesmo *status* constitucional. São, por exemplo, o Sistema Financeiro Nacional (art. 192), o acesso à informação (art. 5º, XXXIII), a impositiva venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, nos termos da lei (art. 238) etc. E sendo de “relevância pública”, seu desempenho não está livremente disciplinado pelo direito privado. Advirta-se a flagrante impropriedade de se baralhar este conceito com “serviço de utilidade pública” ou “*public utilities*”, institutos surgidos no ambiente da Comunidade Econômica Europeia e pautados nos cardiais princípios – para as Nações que a integram – da livre circulação de pessoas e capital, ideias que, em larga medida, se contrapõem às atividades estatais cujo exercício é pautado pelos vetores da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade. Confira-se, a propósito, a mutação do conceito de “serviço público” para “serviço de utilidade pública” segundo a visão de autores nativos como Rita Arrigoni (Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, pp. 87-109) e Domenico Sorace (Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità. *Diritto Pubblico*, v. 5, n° 2, pp. 371-425].

⁸² Trilha seguida, dentre outros, por Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 96).

⁸³ Necessariamente maiores de 21 anos, nos termos do art. 14, VI, ‘c’, da Constituição da República.

secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.⁸⁴

Assim, a Justiça de Paz, que em outros tempos deveria ser previamente exaurida sem o que não se legitimava a propositura de demanda judicial,⁸⁵ é desempenhada por agente delegado do Estado, não integrante da sua estrutura orgânica.⁸⁶ Veicula-se, desse modo, a *impositiva* delegação de uma competência pública *in concreto* aos administrados.⁸⁷

A certamente mais conhecida forma de impositiva delegação constitucional de competência pública *in concreto* é, contudo, a atividade notarial e de registro, que, nos termos do art. 236 da Constituição da República, é exercida em caráter privado, ressalvado o seu desempenho no exterior ou em território nacional, empreendida nas Juntas comerciais.⁸⁸

Neste caso, tal como na Justiça de Paz, há constitucional delegação de uma competência pública *in concreto*, cujo exercício é, pois, privativo do particular [amoldando-se na hipótese **(f)**, indicada acima].

29. Por outro lado, o art. 223 da Constituição da República prevê que o Poder público deverá “...outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens...”. Este preceito constitucional não encerra

⁸⁴ Art. 98, II, da Constituição da República.

⁸⁵ A Constituição do Império/1824, previa: “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”; e “Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei”.

⁸⁶ Sendo qualificado como particular em atividade colaborada com a Administração, pois, em que pese estar inserida no Capítulo constitucional reservado ao Poder Judiciário, a atividade desempenhada na Justiça de Paz não é jurisdicional, como esclarece o próprio art. 98, II, da Constituição da República, ao assinalar que esta atividade é realizada “[...] sem caráter jurisdicional [...]”.

⁸⁷ E mesmo inexistindo candidatos interessados ao desempenho desta função pública, é interdito ao Estado realizá-la. Isso porque, nesta limítrofe circunstância, o Poder público deverá requisitar pessoas capazes de exercê-la.

Situação semelhante se opera, diga-se de passagem, em relação aos mesários, que podem se voluntariar ao desempenho desta função (<www.tse.jus.br/eleitor/mesario/programa-mesario-voluntario>). Caso os componentes das mesas receptoras não sejam integralmente selecionados dentre os voluntariamente alistados, requisitam-se pessoas para estas atribuições. Eis a solução que nos parece consentânea com a ordem constitucional.

⁸⁸ Que, antagonicamente, é uma atividade pública *in concreto* indelegável e de exercício privativo do Estado. A antítese do modelo em exame, pois.

uma faculdade atribuída ao Estado;⁸⁹ veicula, diversamente, a obrigação de a pessoa política franquear aos administrados a possibilidade de, se assim desejarem, desempenharem as sobreditas atividades, caso haja viabilidade material.⁹⁰

Todavia, o citado preceito constitucional destaca que a delegação destas competências públicas *in concreto* aos particulares se aperfeiçoará em complemento àquelas atividades desempenhadas pelo Estado.

Assim, em que pese esta competência pública ser obrigatoriamente delegada, ela permanece sob o plexo de atribuições estatais, razão por que o Poder público deve exercê-la obrigatoriamente e em conjunto com o administrado, se houver interesse deste último [caso em que o exercício desta competência se enquadra na hipótese **(g)**, acima].

30. A Constituição da República também prevê atividades facultativamente delegáveis, mas cujo desempenho deve ser assegurado pelo Estado.⁹¹

Nestes casos, o Poder público pode outorgar o exercício dessa competência integralmente a terceiros, hipótese em que deverá garantir-lhe a execução, já que se trata de uma função pública [caso de exercício colaborado com o particular, enquadrável no referida item **(g)**].

Se, todavia, optar por preservar esta atividade no seu círculo de atribuições, reservando para si o seu privativo exercício, deverá assegurar aos administrados sua máxima fruição possível, ainda que, para este fim, seja obrigado a credenciar administrados para cumulativamente desempenhá-las, mas em seu nome.⁹²

Não sendo hipótese de exercício exclusivo dessa competência – fruto de

⁸⁹ Como se poderia depreender da leitura do art. 21, XII, da Constituição da República, que insinua a potencial faculdade de o Poder público realizar esta delegação, que, felizmente, é negada mais adiante, no art. 223 da Carta.

⁹⁰ Com efeito, sendo as faixas de radiofrequência finitas, estas atividades são desempenhadas dentro das bandas previamente estabelecidas para seu uso. Assim, caso a banda disponibilizada para o desempenho destas atividades públicas não comporte o número de interessados em utilizá-la, deve se instaurar processo seletivo para outorga da concessão. Ao cabo e ao fim deste processo seletivo, existe a possibilidade de algum ou alguns interessados não terem seus pleitos atendidos, disto não resultando qualquer lesão a direito.

⁹¹ Situação semelhante à facultatividade da delegação desta competência pública, mas que com ela não se confunde, reside na cumulativa outorga de uma atividade administrativa a dois ou mais entes públicos, cujo exercício entre eles se opera de modo supletivo. E por ser elemento intestino à própria competência, e não a ela externo, não se pode qualificá-la como prerrogativa estatal condicionada, na esteira das lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello [*Princípios gerais de direito administrativo*, p. 526 (item 48.8)]. É o que se verifica no caso da fiscalização e recolhimento do imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), tributo de competência da União.

⁹² Registre-se o óbvio: este credenciamento deve ser levado a efeito de modo transitório, até que o Estado cumpra o seu dever de prestar por si esta atividade ou opte por trespassá-la a outrem, exercendo-a cumulativamente ou não com este.

imposição legal ou circunstância de ordem material ou técnica –, ela poderá permanecer no plexo de atribuições estatais, caso em que o Estado também poderá exercê-la. Assim obrando, o Estado atuará em regime de competição com o administrado, em favor de quem se delegou idêntica atribuição [sendo, mesmo neste caso, hipótese de exercício colaborado de competência pública *in concreto*, indicado no item (g) acima].⁹³

A respeito do assunto já se escreveram rios de tintas, especialmente ao se examinar os institutos da concessão, da permissão e da autorização,⁹⁴ não sendo este o objeto do trabalho.

3. CONCLUSÕES

40. Ao cabo e ao fim deste artigo, eis as conclusões atingidas:

(a) Há possibilidade de o interesse público ser curado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes sob o regime de direito privado. Daí a singular importância da noção de *função pública*, pois o seu exercício poderá se dar tanto em obediência às balizas ditadas pelo direito público (regra geral) como em observância àquelas fixadas pelo direito privado (situação excepcional);

⁹³ Já sustentamos que o regime jurídico que estriba a competição entre as pessoas que desempenham estas atividades estatais é dessemelhante ao vigente no âmbito da livre concorrência. É um *tertium genus*, pelo fato de o embate entre estes agentes ser limitado às atividades (e nos estritos confins) ditadas pelo direito público [As empresas estatais prestadoras de serviço público privatizado e o cumprimento de obrigação pecuniária oriunda de condenação judicial (Comentários ao Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso extraordinário 599.628). *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 58, pp. 312-320]. O tema não é novo, sendo tratado com riqueza por Almiro do Couto e Silva [Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público ‘à brasileira’? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 27, n. 57 (suplemento), pp. 209-237], ao que se somam as doutas considerações de André Luiz Freire (*O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 248-249).

⁹⁴ Também trataram da matéria Tarso Cabral Violin (*Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*), Marcos Jurueña Villela Souto (*Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*), André Luiz Freire (*O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*), Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prazo (*Comentários à Lei de PPP: parcerias público-privadas: fundamentos econômico-jurídicos*), Paulo Roberto Ferreira Motta (*Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*), Egon Bockmann Moreira [*Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*], Vera Monteiro (*Concessão*), Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*), Fernando Vernalha Guimarães (*Concessão de serviço público*), Cristiana Fortini (*Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*) Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira (*Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*), Maria Sylvania Zanella Di Pietro (*Parcerias na administração pública*), Antônio Carlos Cintra do Amaral (*Concessão de serviço público e Concessão de serviços públicos: Novas tendências*) e Leticia Queiroz de Andrade (*Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*).

(b) O Poder público não age ao abrigo da *autonomia de vontade* na persecução do interesse público. Isso porque, encontrando-se o Estado na contingência de tutelar o interesse público primário em obediência às normas de direito privado, ele o fará no exercício de *função pública*, circunstância que impede a atuação estatal sob o signo da *autonomia de vontade*;

(c) As atividades concebidas em favor do Poder público podem ser concebidas em sentido amplo e em sentido estrito. Aquela se traduz na competência, fixada em norma *geral e abstrata*, que comina ao Estado um plexo de atribuições, necessárias à consecução do interesse público. Esta se aperfeiçoa na própria atividade jurídica desempenhada em busca da satisfação do interesse público.

Assim, onde houver uma atividade pública haverá, inexoravelmente, uma *função pública*; em sentido amplo, será a *função pública concebida* e em sentido estrito será *função pública exercida*;

(d) Por meio do exercício da função administrativa, desempenham-se as seguintes atividades jurídicas: (i) exerce o poder de polícia; (ii) fomenta e auxilia o desenvolvimento e expansão de atividades privadas de interesse coletivo; (iii) equipa-se com recursos humanos e materiais para desempenhar suas atividades; (iv) presta serviços públicos; e (v) intervém em atos e fatos da vida particular para lhes atribuir certeza e segurança jurídica;

(e) Como a ordem jurídica confere múltiplos tratamentos à competência pública, seus contornos positivados devem ser edificados a partir do seu *aspecto material*, veiculados em norma de comportamento. Daí porque se define a competência pública como um plexo de poderes a ser exercitado pelo agente habilitado nas hipóteses legalmente previstas, em vista do fim que preside sua existência, segundo o regime jurídico próprio aplicável a cada uma das funções estatais;

(f) Sob esta ótica (*critério material*), a transferência de uma função ou atividade pública pode compreender duas situações jurídicas muito distintas: a transferência da competência *in abstracto* ou *in concreto*. Aquela impositiva do dever-poder para o desempenho da atividade ou função pública; esta consistente no dever-poder de concretamente exercitá-la (a atividade ou função pública);

(g) Existem competências públicas que, como regra, podem ser delegadas a terceiros, ao passo que outras são excepcionalmente delegáveis à luz da Constituição da

República. É a natureza da competência pública, e não elemento a ela externo, que divisa a viabilidade da inviabilidade de delegação;

(h) Acerta-se ao afirmar a existência de proibição constitucional à transmissão ou delegação de uma competência pública *in abstracto* entre as pessoas políticas ou destas para os administrados. Afinal, sendo os Poderes Públicos harmônicos e independentes entre si, a Constituição da República lhes assegura *independência funcional*.

Logo, a delegação da competência *in abstracto* esbarra em vedação decorrente do primado da Separação dos Poderes ou da Federação, cláusulas pétreas entre nós. Por esta razão, não se admite inovação legislativa alguma neste campo que tenha por objetivo a *despublicização* de uma competência em favor do particular ou mesmo o seu trespasse a outro Poder da mesma ou diferente pessoa política. E isso sob pena de inconstitucionalidade, por burla ao art. 60, § 4º, da Constituição da República. Assim, as delegações destas competências são aquelas – e apenas aquelas – admitidas, implícita ou explicitamente, pelo Poder constituinte. Elas conformam as imutáveis fronteiras da Separação dos Poderes e da Federação em nosso direito positivo;

(i) Ao mesmo tempo em que se entoa a viabilidade da delegação do exercício *in concreto* de uma atividade pública, não se indica o título jurídico por meio do qual este ato se aperfeiçoa, circunstância que mascara a natureza do objeto jurídico delegado. Isso porque o Poder público não delega o desempenho de uma atividade material a outrem; delega uma competência jurídica *in concreto*, cujo exercício pode se concretizar no *campo jurídico* ou no *campo jurídico e também no plano material*.

A modificação do perfil jurídico de uma competência pública *in concreto* por meio de Emenda à Constituição da República que, todavia, não resulte em sua abolição ou trespasse, total ou parcial, a outro ente político ou à ordem econômica, resulta, apenas e tão somente, na sua reconfiguração ou remodelagem, o que é perfeitamente legítimo. É que nestes casos não haverá perda ou supressão de competência pública *in concreto*, que continua imantada na pessoa política;

(j) Admite-se a mutação dos confins constitucionais das atividades públicas e privadas, não se permitindo, contudo, que a modificação proposta pelo Poder constituído redunde na ilegítima redução do campo reservado à livre iniciativa, de modo que, por seu intermédio, ela (a livre iniciativa) seja abolida ou restringida em magnitude incompatível com a ordem constitucional;

(k) Tomando como referência a viabilidade de delegação das competências públicas *in concreto*, as funções públicas classificam-se em: (a) atividades públicas indelegáveis pelo Estado; (b) atividades públicas obrigatoriamente delegáveis pelo Estado; e (c) atividades públicas facultativamente delegáveis pelo Estado. Examinando-se o exercício concreto destas competências públicas, podemos apartá-las como: (d) de exercício exclusivo ou privativo pelo Poder público; (e) de exercício empreendido por pessoa integrante da Administração indireta; (f) de exercício exclusivo ou privativo pelos particulares; e (g) de exercício colaborado com os administrados.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. Crise financeira internacional e estatização bancária na Alemanha. *Revista Direito GV*, vol. 6, n. 12. São Paulo: jul./dez., 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARRIGONI, Rita. Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1. Milão: Giuffrè, 1995.

ATALIBA, Geraldo. Sabesp – Serviço público – Delegação a empresa estatal – Imunidade a impostos – Regime de taxas. *Revista de direito público*, n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1989.

_____. Delegação normativa: limites às competências do C.M.N e BACEN. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, n. 113. Brasília: Senado Federal, jan./mar., 1992.

_____. *Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. Empresas estatais e regime administrativo (Serviço público – Inexistência de concessão – Delegação – Proteção ao interesse público). *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. *Hipótese de incidência tributária*. 5ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

AUBY, Jean-François. La délégation de service public: premier bilan et perspectives. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger*, n. 4. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, jul./ago., 1996.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessões, permissões e autorizações de serviço público. *Reflexões sobre o Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Reflexões sobre o Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: Concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20. São Paulo: Malheiros Editores.

_____. Desvio de poder. *Grandes temas do direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. *Grandes temas do direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. Privatização e serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo*, vol. 15, n. 6. São Paulo, mai., 1999.

_____. Princípio da legalidade no direito brasileiro – Garantia constitucional do livre exercício de atividade econômica lícita – Delegação legislativa

disfarçada – Inconstitucionalidade do uso de meios indiretos de compulsão ao pagamento. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Volume I.

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. Campinas: Lejus, 1998.

BÉNOÎT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigações tributárias: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. A privatização das empresas estatais, à luz da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 12. São Paulo: Malheiros Editores.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2009.

CHENUAUD-FRAZIER, Carole. La notion de délégation de service public. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger*, n. 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, jan./fev., 1995.

COTRIM NETTO, A. B. A situação jurídica do notariado brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 10, n. 37. Brasília: Senado Federal, janeiro/março, 1973.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'?. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 27, n. 57 (suplemento). Porto Alegre, 2004.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Concessões e permissões sob a tutela da Lei nº 8.987, de 13.2.95. *Boletim de Direito Administrativo*, vol. 12, n. 8. São Paulo.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. Volume 7.

FIGUEIREDO, Marcelo. Análise da importância da atividade notarial na prevenção dos litígios e dos conflitos sociais. *Revista de Direito Notarial*, ano 2, n. 2. São Paulo: Quartier Latin, set., 2009.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FREITAS, Juarez. O novo regime de concessões e permissões de serviços públicos. *Revista Jurídica*, v. 43, n. 210. Porto Alegre: Nota Dez, abr., 1995.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GAMA, Tácio Lacerda. Federação, autonomia financeira e competência tributária: É possível uma Federação sem repartição de competências tributárias? *X Congresso Nacional de Estudos Tributários: Sistema tributário brasileiro e as relações internacionais*. Priscila de Souza (coord.) São Paulo: Noeses, 2013.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A supremacia do interesse público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 263. Rio de Janeiro: FGV, mai./ago., 2013.

GIANNINI, Massimo Severo. *Lezioni di diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1950. Volume I.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUIMARÃS, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARB, Karina Houat. *A revisão na concessão comum de serviço público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei 11.107/2005*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JARACH, Dino. *O fato imponível*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário: teoria geral do tributo*. São Paulo: Manole; Madri: Marcial Pons, 2007.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MEIRELES, José Dilermando. Rumos da reforma judiciária. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 15, n. 57. Brasília: Senado Federal, jan./mar., 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema de parceria entre os setores público e privado. Execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos. *Boletim de Direito Administrativo*, vol. 13, n. 2. São Paulo, fevereiro, 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009.

NONATO, Orosimbo. *Da coação como defeito do ato jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NUNES, Castro. Delegação de poderes. *Revista de Direito Administrativo*, n. 25. Rio de Janeiro: FGV, jul./set., 1951.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Delegação e avocação administrativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRAZO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: parcerias público-privadas: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SORACE, Domenico. Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità. *Diritto Pubblico*, vol. 5, n. 2. Padova, mai./ago., 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA E SILVA, Marcos. Estatização dos serviços de registro de imóveis. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 3, n. 14. Porto Alegre: Síntese, nov./dez., 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional, revisto e atualizado por Maria Garcia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Sujeição Especial e regime jurídico da função pública no Estado de Direito Democrático e Social. *Direito disciplinário internacional*. Martha Lúcia Bautista Cely e Raquel Dias da Silveira (coords.). vol. I. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. Volume I.

_____. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ZOCKUN, Maurício. Competência legislativa municipal e o interesse local. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, ano 3, n. 5. Belo Horizonte: Editora Fórum, jan./jun., 2010.

_____. *Regime jurídico da obrigação tributária acessória*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Responsabilidade patrimonial do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. As empresas estatais prestadoras de serviço público privatizado e o cumprimento de obrigação pecuniária oriunda de condenação judicial (Comentários ao Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso extraordinário 599.628). *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 58. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. Controle de preços de medicamentos pela CMED. Obrigatoriedade de seus fabricantes e distribuidores aplicarem, na sua venda, desconto compulsório (CAP) sobre o denominado ‘preço fábrica’. A formação do ‘preço fábrica’ e o usufruto facultativo de isenções tributárias condicionadas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 51-52. São Paulo: Malheiros Editores.

_____. A natureza jurídica das taxas destinadas ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL. *Tributação nas telecomunicações*. Eduardo de Carvalho Borges (coord.). São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004.