

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

COORDENAÇÃO

4



**FUNÇÕES
ADMINISTRATIVAS
DO ESTADO**



ALINE LÍCIA KLEIN

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

2ª EDIÇÃO

Revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
SOBRE A COORDENADORA – MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO	9
SOBRE OS AUTORES – ALINE LÍCIA KLEIN E FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	11
SOBRE OS COLABORADORES	13
ESTRUTURA DA COLEÇÃO	15
NOTA À 2.ª EDIÇÃO	17

PARTE I SERVIÇO PÚBLICO E SUAS DIFERENTES ACEPÇÕES

INTRODUÇÃO	39
CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	41
1. Serviço público e direito administrativo	41
2. Serviço público no direito francês: as escolas do serviço público	44
3. Serviço público na <i>common law: as public utilities</i>	51
4. Evolução da noção de serviço público no direito europeu	55
5. Origens e evolução da noção de serviço público no direito brasileiro	58
6. Mudanças da configuração do Estado e seu impacto para a noção de serviço público: as crises da noção de serviço público	65
7. Bibliografia	69

CAPÍTULO 2 – DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	81
1. Concepções de serviço público	81
2. Serviço público e função pública	81
3. Serviço público e serviço social.....	83
4. Serviço público e bem público	83
5. Serviço público x Serviço de interesse econômico geral.....	84
6. Bibliografia.....	87
CAPÍTULO 3 – SERVIÇO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	99
1. Serviço público nas Constituições brasileiras.....	99
1.1 Competências federativas na prestação dos serviços públicos	103
1.2 A mudança de enfoque: de exclusividade estatal para direito do cidadão....	104
1.2.1 Titularidade estatal <i>versus</i> exclusividade estatal	104
1.2.2 Concorrência e monopólio	106
1.2.3 Serviço público e atividade econômica: uma dicotomia ainda útil?.....	108
1.2.4 Dever do Estado <i>versus</i> prerrogativa do Estado.....	110
1.3 Principais normas constitucionais relativas aos serviços públicos.....	112
1.3.1 Art. 21	112
1.3.2 Art. 173	112
1.3.3 Art. 175	113
2. Bibliografia.....	114
CAPÍTULO 4 – CARACTERÍSTICAS DO SERVIÇO PÚBLICO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	125
1. Características do serviço público	125
1.1 Titularidade estatal – <i>Publicatio</i>	127
1.2 Regime jurídico do serviço público	127
1.2.1 O regime público.....	127
1.2.2 Universalização, continuidade e isonomia.....	129
1.2.3 Descontinuidade da prestação	134
1.2.4 Regulação dos serviços públicos	135

1.3	Remuneração dos serviços públicos e política tarifária	137
1.4	Prestação e concorrência	142
1.4.1	Serviços públicos em monopólio	142
1.4.2	Serviços públicos em concorrência	143
1.5	Consumidor usuário	144
2.	Bibliografia	145

CAPÍTULO 5 – FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

1.	Formas de prestação do serviço público	157
1.1	Desconcentração	157
1.2	Descentralização	157
1.3	Concessão	159
1.3.1	Concessão comum	164
1.3.2	Parcerias Público-Privadas – PPP	165
1.4	Permissão	168
1.5	Autorização	169
1.6	Consórcio público	174
1.7	Contratos de gestão	176
1.8	Termos de parceria com OSCIP	179
1.9	Formas <i>sui generis</i>	181
2.	Bibliografia	182

CAPÍTULO 6 – MARCOS REGULATÓRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

1.	Marcos regulatórios do serviço público	193
1.1	Institucionais	193
1.1.1	Lei 8.987/1995	193
1.1.2	Lei 9.074/1995	196
1.1.3	Lei 11.079/2004	198
1.2	Marcos legais setoriais	200
1.2.1	Saneamento	201
1.2.2	Telecomunicações	207
1.2.3	Transporte (terrestre, aéreo, aquático)	209
1.2.4	Portos	212

1.2.5	Energia	216
1.2.6	Distribuição de gás.....	217
1.2.7	Serviço postal	220
2.	Bibliografia.....	221

**PARTE II
PODER DE POLÍCIA**

CAPÍTULO 1 - CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN	235
1. O conceito de poder de polícia.....	235
1.1 A construção histórica do conceito de poder de polícia	235
1.1.1 A origem da atividade de polícia.....	236
1.1.2 Poder de polícia no período absolutista.....	236
1.1.3 Poder de polícia no Estado de Direito	238
1.2 O monopólio estatal da violência legítima	239
1.2.1 O monopólio da violência como fundamento do Estado Moderno ...	239
1.2.2 A instrumentalidade do emprego da violência legítima.....	240
1.2.3 A decisão acerca da utilização da violência legítima	241
1.2.4 O monopólio da violência e as atividades de polícia administra- tiva	241
1.3 A atividade de polícia no Estado Democrático de Direito: a limitação das competências e do emprego da coerção pela lei	242
1.3.1 A criação e limitação das competências de polícia administrativa pelo ordenamento jurídico	242
1.3.2 Poder de polícia e autoridade estatal	243
1.3.3 O exercício democrático do poder de polícia	245
1.4 Conceituação de poder de polícia na atualidade	246
1.4.1 Conceito operacional de poder de polícia	246
1.4.2 Definição da extensão dos direitos pela lei.....	247
1.4.3 Sentido amplo e sentido restrito do poder de polícia	248
1.4.4 Polícia administrativa e polícia judiciária.....	249
1.4.5 Polícia geral e polícias especiais	249
1.4.6 O conceito de Administração ordenadora	250
2. Bibliografia.....	251

CAPÍTULO 2 – A FINALIDADE DO PODER DE POLÍCIA – ALINE LÍCIA KLEIN...	255
1. A finalidade do poder de polícia	255
1.1 A definição de ordem pública.....	255
1.2 A evolução do conceito de ordem pública	256
1.3 O poder de polícia e a realização dos direitos fundamentais	259
1.4 A sociedade de risco.....	260
2. Bibliografia	262
CAPÍTULO 3 – O FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA – ALINE LÍCIA KLEIN	263
1. O fundamento do poder de polícia	263
1.1 A supremacia estatal	263
1.2 A diferenciação entre supremacia geral e especial e os limites de aplicação dos conceitos.....	264
1.3 Os direitos fundamentais como fundamento do poder de polícia.....	267
2. Bibliografia	268
CAPÍTULO 4 – A TITULARIDADE DO PODER DE POLÍCIA – ALINE LÍCIA KLEIN	269
1. A titularidade do poder de polícia.....	269
1.1 Discriminação de competências federativas	269
1.2 Delegação administrativa do poder de polícia	269
2. Bibliografia	270
CAPÍTULO 5 – O CONTEÚDO DA ATIVIDADE DE POLÍCIA – ALINE LÍCIA KLEIN	271
1. O conteúdo da atividade de polícia.....	271
1.1 Atos ampliativos de direitos dos particulares.....	271
1.1.1 Consentimento para o desenvolvimento de atividades privadas ...	272
1.1.1.1 As autorizações e as licenças.....	272
1.1.1.2 O atendimento de múltiplos interessados nos atos ampliativos.....	275
1.1.1.3 Extinção dos atos ampliativos	277
1.1.2 Atos que conferem certeza e segurança jurídica a atos privados....	277
1.1.2.1 A certeza legal.....	278
1.1.2.2 Atividade notarial e de registro	278

1.2	Condicionamentos de direitos dos particulares	284
1.2.1	Distinção dos sacrifícios de situações de mero interesse	284
1.2.2	Distinção dos sacrifícios de direitos	284
1.2.3	As manifestações dos condicionamentos de direitos	286
1.2.4	A execução dos condicionamentos de direitos	288
2.	Bibliografia	288

CAPÍTULO 6 – AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DA ATIVIDADE DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA – ALINE LÍCIA KLEIN 291

1.	As diversas manifestações da atividade de polícia administrativa.....	291
1.1	As relações entre as diversas fases do ciclo de polícia.....	292
1.2	Ordem de polícia	292
1.2.1	Poder normativo da Administração	293
1.2.2	As normas técnicas	295
1.2.2.1	A atividade de normatização.....	295
1.2.2.2	Os documentos normativos	297
1.2.2.3	A recepção das normas privadas pelo Estado.....	297
1.2.2.4	A produção de normas técnicas no Direito nacional	299
1.3	Consentimento de polícia.....	301
1.3.1	A avaliação da conformidade.....	303
1.3.2	A relevância da avaliação da conformidade para o exercício da função administrativa	304
1.4	Fiscalização de polícia	305
1.5	Sanção de polícia.....	307
1.5.1	Sanção e repressão.....	307
1.5.2	A sanção administrativa	308
1.5.3	A sanção administrativa e a atividade de polícia administrativa ...	309
1.5.3.1	A finalidade das medidas de polícia administrativa e a da sanção administrativa	309
1.5.3.2	Algumas repercussões da diferenciação	311
1.5.3.3	A inclusão da aplicação de sanção no ciclo das atividades de polícia administrativa.....	313
1.5.4	O regime jurídico da sanção administrativa	313
1.5.4.1	Princípio da legalidade	314
1.5.4.2	Princípio da tipicidade.....	315

1.5.4.3	Princípio da culpabilidade	316
1.5.4.4	Princípio da proporcionalidade	316
1.5.4.5	O devido processo sancionatório.....	317
2.	Bibliografia	318
CAPÍTULO 7 – A “CRISE” DA NOÇÃO DE PODER DE POLÍCIA – ALINE LÍCIA KLEIN		321
1.	A “crise” da noção de poder de polícia	321
1.1	A busca por uma noção autônoma e suficiente de poder de polícia	321
1.2	A preocupação com o manejo arbitrário do poder de polícia	322
1.3	A permanência da atividade de polícia como função administrativa diferenciada.....	322
2.	Bibliografia	324
CAPÍTULO 8 – PODER DE POLÍCIA E OUTRAS FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ALINE LÍCIA KLEIN.....		325
1.	Poder de polícia e outras funções da administração pública	325
1.1	Poder de polícia e serviço público	325
1.1.1	A distinção teórica dos conceitos: caráter restritivo e prestacional...	325
1.1.2	A aproximação da atividade de polícia administrativa com o serviço público	326
1.2	Poder de polícia e regulação.....	329
1.3	Poder de polícia e fomento	331
2.	Bibliografia	332
CAPÍTULO 9 – LIMITES DO PODER DE POLÍCIA – ALINE LÍCIA KLEIN		335
1.	Limites do poder de polícia	335
1.1	O poder de polícia e o princípio da legalidade	335
1.1.1	A vinculação e a discricionariedade nas competências administrativas.....	337
1.1.2	A denominada “discricionariedade técnica”	338
1.1.3	A vinculação e a discricionariedade nas previsões legais de polícia administrativa.....	340
1.2	O poder de polícia e o princípio da proporcionalidade	342
2.	Bibliografia	345

CAPÍTULO 10 – A EXIGIBILIDADE E A AUTOEXECUTORIEDADE DOS ATOS DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA – ALINE LÍCIA KLEIN		347
1.	A exigibilidade e a autoexecutoriedade dos atos de polícia administrativa	347
1.1	Medidas de polícia administrativa e coerção	347
1.2	A exigibilidade	348
1.3	A autoexecutoriedade	349
1.3.1	Hipóteses previstas em lei	350
1.3.2	Incidência de autoexecutoriedade sem previsão legal	352
1.3.3	Autoexecutoriedade, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade	353
2.	Bibliografia	354
CAPÍTULO 11 – O PODER DE POLÍCIA E OS PODERES PRIVADOS – ALINE LÍCIA KLEIN		355
1.	O poder de polícia e os poderes privados	355
1.1	O surgimento de novos centros de poderes	355
1.2	As manifestações de poderes no âmbito da autonomia privada	357
1.3	O poder jurídico como gênero	358
1.4	Exemplos de manifestações de exercício de poderes privados	359
1.4.1	Segurança privada	359
1.4.2	Associações privadas	361
1.4.3	Autorregulação	362
1.4.3.1	A autorregulação como manifestação da autonomia privada	362
1.4.3.2	Os elementos e o conteúdo da autorregulação	363
1.4.3.3	Os efeitos do descumprimento da autorregulação	364
1.4.3.4	A atribuição de efeitos públicos à autorregulação	365
1.4.3.5	As modalidades de autorregulação	366
2.	Bibliografia	367
CAPÍTULO 12 – A DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA A ENTIDADES PRIVADAS – ALINE LÍCIA KLEIN		371
1.	A delegação do exercício de poder de polícia a entidades privadas	371
1.1	A afirmação doutrinária da indelegabilidade da polícia administrativa	372

1.2	Alguns dos critérios propostos pela doutrina para a delimitação da matéria delegável	373
1.3	Os limites da delegação do exercício de poder de polícia a particulares: a delimitação da parcela da função estatal indelegável	375
1.3.1	Atividades essencialmente públicas.....	376
1.3.1.1	A definição de atividades essencialmente públicas	376
1.3.1.2	Os princípios da soberania e republicano.....	377
1.3.1.3	O monopólio estatal da violência	378
1.3.2	Limites para a delegação	378
1.3.2.1	Primeiro limite necessário: impossibilidade de delegação do uso da força.....	378
1.3.2.2	Segundo limite necessário: impossibilidade de delegação ampla de poder decisório	379
1.3.2.3	A necessidade de proteção adequada dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos	381
1.4	Requisitos para a delegação do exercício de poder de polícia.....	382
1.4.1	Prévia programação dos critérios e procedimentos a serem observados	382
1.4.2	Garantia de objetividade e impessoalidade na execução das atividades delegadas	385
1.4.3	Delegação do exercício dos poderes públicos necessários ao desempenho da atividade principal	386
1.4.4	A necessidade de autorização legal para a delegação do exercício de poder de polícia.....	387
1.5	O exercício de poder de polícia por empresas estatais.....	388
1.5.1	O monopólio estatal do uso da força e as entidades privadas da Administração indireta.....	389
1.5.2	O regime de pessoal das entidades regidas pelo direito privado e o exercício de atividades de polícia administrativa.....	389
1.5.3	A possível incompatibilidade entre a execução de atividades de polícia administrativa e a presença de recursos privados no capital da empresa estatal	392
1.6	A jurisprudência sobre o exercício privado de poder de polícia	394
1.6.1	O entendimento acerca dos conselhos profissionais.....	394
1.6.2	Trânsito veicular: o caso BHTrans.....	396
2.	Bibliografia	398

CAPÍTULO 13 – A POSSIBILIDADE DE CONTRATUALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA – ALINE LÍCIA KLEIN	401
1. A possibilidade de contratualização do exercício de poder de polícia	401
1.1 A consensualidade na atividade administrativa	402
1.2 A contratualização do exercício de uma competência administrativa em substituição ao ato unilateral	403
1.3 A compatibilidade entre a contratualização e o princípio da indisponibilidade do interesse público.....	404
1.4 A contratualização e o poder de polícia.....	405
1.5 O reforço da consensualidade pela LINDB	406
2. Bibliografia	407

**PARTE III
FOMENTO**

CAPÍTULO 1 – NOÇÕES GERAIS SOBRE O FOMENTO ESTATAL – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.....	411
1. Noções gerais	411
1.1 O fomento como forma de intervenção estatal na ordem econômica.....	411
1.1.1 Intervenção estatal na ordem econômica.....	411
1.1.2 Alteração da atuação estatal na ordem econômica: de formas mais diretas de intervenção para formas mais indiretas de intervenção	412
1.2 O fomento estatal.....	414
1.2.1 Definição e principais características.....	418
1.2.1.1 Fomento estatal	420
1.2.1.2 Concessão de incentivo	421
1.2.1.3 Incentivo positivo ou negativo	422
1.2.1.4 Objeto do fomento: atividades econômicas.....	423
1.2.1.5 Relevância pública das atividades econômicas fomentadas	424
1.2.1.6 A consensualidade na adesão ao fomento	426
1.2.1.7 Multiplicidade de instrumentos de viabilização	429
1.2.2 Fomento e poder de polícia.....	429

1.2.3	Fomento e regulação	430
1.2.4	Fomento e serviço público	431
2.	Bibliografia	433
CAPÍTULO 2 – ELEMENTOS DO FOMENTO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		435
1.	Elementos do fomento	435
1.1	Objetos do fomento: setores ou atores	436
1.2	Agentes do fomento	439
1.3	Instrumentos.....	441
1.3.1	Transferências diretas de recursos públicos.....	443
1.3.2	Financiamento em condições favoráveis.....	447
1.3.3	Concessão de garantias creditórias	450
1.3.4	Desoneração tributária.....	451
1.3.5	Participação societária estatal minoritária	456
1.3.6	Privilégios nas contratações públicas.....	460
1.3.7	Disponibilização de bens e recursos públicos.....	463
1.3.8	Apoio institucional e capacitação.....	465
1.3.9	Simplificação de procedimentos administrativos e trâmites burocráticos.....	466
1.3.10	Uso de títulos e selos oficialmente atribuídos	466
1.4	Contrapartidas pelo fomento	468
2.	Bibliografia	470
CAPÍTULO 3 – COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		473
1.	Competências federativas.....	473
2.	Bibliografia	474
CAPÍTULO 4 – LIMITES AO FOMENTO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		477
1.	Limites ao fomento.....	477
1.1	Subsidiariedade e proporcionalidade.....	478
1.2	Isonomia e impessoalidade.....	482
1.3	Livre-concorrência (perspectivas nacional e internacional).....	486
2.	Bibliografia	490

CAPÍTULO 5 – OPERACIONALIZAÇÃO DO FOMENTO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.....	503
1. Operacionalização do fomento	503
1.1 Definição da atividade pública a ser fomentada, dos destinatários e agentes	504
1.2 Escolha dos instrumentos.....	506
1.3 Formalização do fomento.....	506
2. BIBLIOGRAFIA	508

PARTE IV REGULAÇÃO

INTRODUÇÃO.....	523
------------------------	------------

CAPÍTULO 1 – A CONSTRUÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	525
--	------------

1. A construção do modelo regulatório brasileiro	525
1.1 A regulação no Estado burocrático brasileiro (período de 1930-1940).....	526
1.2 O Estado empresário e o papel da regulação	528
1.3 Reforma do Estado para a regulação	530
1.3.1 A criação das agências reguladoras.....	533
1.3.2 Introdução do conceito de “regulação” na doutrina brasileira.....	534
1.4 O modelo regulatório brasileiro: a regulação como novo paradigma de intervenção estatal no domínio econômico.....	538
2. Bibliografia	539

CAPÍTULO 2 – A REGULAÇÃO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO ESTATAL – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	553
--	------------

1. A regulação como mecanismo de intervenção estatal.....	553
1.1 Modalidades de intervenção estatal e a regulação	555
1.1.1 As modalidades de intervenção estatal.....	555
1.1.2 Regulação e poder de polícia	556
1.2 A regulação como função estatal: o dever de regular	559

1.3	A autorregulação	559
1.4	O fomento como técnica regulatória	561
2.	Bibliografia	561
CAPÍTULO 3 – MECANISMOS REGULATÓRIOS – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		575
1.	Mecanismos regulatórios.....	575
1.1	Instrumentos regulatórios baseados na autoridade.....	576
1.1.1	A regulação normativa.....	578
1.1.2	A regulação fiscalizatória.....	582
1.1.3	A regulação sancionadora	584
1.1.4	A regulação adjudicatória.....	587
1.2	Instrumentos regulatórios baseados no consenso	588
1.2.1	Função regulatória de recomendação das agências reguladoras ...	588
1.2.2	Função arbitral das agências reguladoras.....	589
1.2.3	Os acordos regulatórios	590
2.	Bibliografia	592
CAPÍTULO 4 – A ESPECIALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO EM SUBSISTEMAS – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		607
1.	A especialização da regulação em subsistemas	607
1.1	A tendência de especialização da regulação em subsistemas	608
1.2	Implicações da regulação setorial.....	610
1.2.1	Particularização da dinâmica regulatória setorial.....	611
1.2.2	Criação de estruturas regulatórias específicas	612
1.2.3	Finalidades públicas setoriais.....	613
1.3	O papel da regulação no equilíbrio interno ao subsistema	614
1.4	Relação entre regulação setorial e as demais normas jurídicas	615
2.	Bibliografia	618
CAPÍTULO 5 – LIMITES À ABRANGÊNCIA E À INTENSIDADE DA REGULAÇÃO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		631
1.	Limites à abrangência e à intensidade da regulação	631
1.1	A proporcionalidade e a necessária relação entre regulação e finalidades públicas	632

1.1.1	Pluralidade de finalidades públicas e discricionariedade na determinação dos fins.....	633
1.1.2	Regulação e políticas públicas	635
1.2	Compreensão das escolhas regulatórias	636
1.2.1	A análise de impacto regulatório	638
1.2.1.1	A análise de custo-benefício.....	642
1.2.1.2	A análise de custo-efetividade.....	642
1.2.1.3	A análise de multicritérios.....	643
1.2.2	Escolha dos instrumentos regulatórios.....	643
1.3	A atividade de planejamento na regulação	646
1.4	O papel da motivação na tomada de decisão regulatória	649
2.	Bibliografia.....	651

CAPÍTULO 6 – GOVERNANÇA PÚBLICA NA REGULAÇÃO – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

1.	Governança pública na regulação.....	665
1.1	Participação administrativa.....	666
1.1.1	Audiências e consultas públicas	669
1.1.2	Dinâmica de diálogo na participação administrativa e vício de motivação	671
1.2	Transparência administrativa	674
1.3	Coordenação entre os setores regulados.....	675
1.4	Controle da regulação	677
1.4.1	Controle interno.....	679
1.4.2	Controle externo	681
2.	Bibliografia.....	685

CAPÍTULO 7 – ESTRUTURAÇÃO E REGULAÇÃO SETORIAL – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

1.	Estruturação e regulação setorial.....	699
1.1	O modelo de “agências reguladoras”	700
1.2	Anatel e o setor de telecomunicações.....	701
1.3	Aneel e o setor de energia elétrica.....	704
1.4	ANP e o setor de petróleo e gás natural	707

1.5	ANTT, Antaq e o setor de transportes	709
1.6	ANA e o setor de recursos hídricos	712
1.7	Anvisa e o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária	714
1.8	O setor de saneamento básico.....	715
2.	Bibliografia	717
	OUTRAS OBRAS DOS AUTORES	731