

§ 1.º. Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2.º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3.º. A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

Já escrevemos sobre a matéria o seguinte:

"Intérpretes existem que vislumbram na Constituição Federal áreas próprias de atuação do Estado e outras de atuação privada, lembrando o disposto no art. 8.º, XV da EC 1/69, assim redigido: "Art. 8.º. Compete à União: (...) XV. explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; e d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território".

"A evidência, o dispositivo, a nosso ver, antes consagra que contraria a preferência privatizista, visto que admite a autorização e concessão. Vale dizer, se o segmento privado tiver condições de explorar, as normas de regência do art. 170 exigirão que a concessão ou autorização sejam concedidas, restando a exploração direta apenas para a impossibilidade de os segmentos privados explorarem a respectiva atividade.

"Como os dispositivos constitucionais têm que ser interpretados harmonicamente, em rigor não há alternativa exegética científica distinta daquela que ora apresentamos" (Caderno n. 4 de Direito Econômico, Disciplina Jurídica do Capital e do Trabalho, 1986, Ed. CEJUP/CEEU, pp. 101-2).

13. Comentamos a jurisprudência do STF nos termos seguintes:

"Um terceiro aspecto diz respeito ao conceito de segurança nacional, que só pode ser aquele, menos amplo, albergado por decisão pretoriana e assim expresso por seu relator, Min. Aliomar Baleeiro (DOU de 28.6.68, p. 2.460, RE-62.751): "O conceito de segurança nacional não é indefinido e vago e nem aberto ao discricionarismo do Presidente ou do Congresso. Segurança Nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, das instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial, próximo ou sensato", e não o de amplitude infinita, consagrado pela Escola Superior de Guerra, o qual está assim descrito: "o grau relativo de garantia, que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito de antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais" (Revista Brasileira de Estudos Políticos, 21/79).

Pelas referidas exposições, percebe-se, à saciedade, que a conformação conceitual da lei maior terá que ser, necessariamente, jurídica, como preceitua Aliomar Baleeiro e não política, como enuncia a Escola Superior de Guerra" (Curso de Direito Empresarial, Ed. CEJUP/IASP, pp. 18-19).

14. Tratamos da matéria no Capítulo IV do nosso livro *Direito Tributário Interpretado* (Ed. CEJUP, 1985, pp. 101-125), intitulado "O princípio constitucional da irretroatividade normaliva".

15. O art. 153 § 3.º da EC 1/69 tem o seguinte discurso: "§ 3.º. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

PARECERES

CONCORRÊNCIA PÚBLICA — REVOGAÇÃO *

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela ora recorrida contra o Chefe de Departamento de Engenharia e Comunicações do Exército, que procedeu à revogação da concorrência pública antes da homologação. O MM. Juiz de 1.º grau denegou a segurança (fls. 163/173).

2. Apreciando a apelação interposta, a E. 3.ª Turma do TFR deu-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator, Min. Carlos Madeira, *in verbis*:

"Rememorem-se os fatos.

"A Comissão de Licitações, devidamente designada pela Comissão Regional de Obras da 2.ª Região Militar, convocou licitantes para a obra de construção de um novo hospital, inserindo no edital o critério de julgamento das propostas (subitens 15.6 a 15.6.4). Eis o que se lê nesses dispositivos:

"15.6 O critério de julgamento das propostas é o indicado a seguir:

"15.6.1 Será eliminada toda firma cuja proposta supere em 10% o preço-base da CRO/2.

"15.6.2 Será calculada a média aritmética entre o preço-base da CRO/2 e os valores das propostas não eliminadas de acordo com o item 15.6.1.

$$M = \frac{P + PB}{n + 1}$$

Onde:

M = média

P = somatório dos valores das propostas não eliminadas de acordo com o item 15.6.1;

n = n.º de propostas não eliminadas pelo critério enunciado no item 15.6.1;

PB = preço-base da CRO/2, no valor de Cr\$ 3.100.000.000,00.

"15.6.3 Será eliminada a firma cuja proposta for inferior a 90% da média calculada de acordo com o item 15.6.2.

"15.6.4 Será considerada vencedora e a esta adjudicada a execução dos serviços, a firma que oferecer o menor preço global observando o item 13.4.2, para execução de todas as obras e serviços objeto deste edital e que não tenha sido eliminada segundo os itens 15.6.1 e 15.6.3".

"Havia, assim, um preço-base, com teto além do qual só se admitiam os valores até 10%. Havia uma média entre o preço-base e os valores das propostas não eliminadas, aquém da qual só se admitia um decesso até 10%.

Esse critério não foi impugnado pelas firmas licitantes, antes do julgamento. Foi-o depois, pela firma que apresentou proposta de valor inferior ao mínimo estabelecido. A impugnação, evidentemente, foi quanto à legalidade do critério de julgamento. É o que esclarece a autoridade impetrada:

"Observa-se que a legislação vigente (art. 133, *caput*) permite a escolha da proposta que não seja de menor preço. Por outro lado, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, encontra-se a exigência de que seja justificada a escolha da proposta que ofereça vantagem de outra ordem ao serviço público.

* RE 107.552-0 — DF — 3.ª T. — j. 24.2.85 — rel. Min. Francisco Rezek — recorrente União Federal — recorrido Sondec S/A Engenharia e Com.

"Como se vê dos dispositivos regulamentares acima transcritos, a Comissão de Licitação da CRO/2 não apresentou justificativas plausíveis, pois desclassificou a firma que apresentou menor preço simplesmente pelo critério do preço médio. A diferença entre a proposta da firma vencedora na licitação e da que ofereceu o "menor preço" é de aproximadamente Cr\$ 200.000.000,00. Nessa diferença de preço estará o prejuízo que o critério do preço médio adotado acarretará para o erário da União.

"No julgamento do recurso interposto pela Construtora BETER não foi considerado ilegal o edital e sim inoportuno para a Administração, tanto é verdade que não houve adjudicação para a firma recorrente e, sim, abertura de uma nova licitação, com critério de julgamento que não venha prejudicar interesses da Administração e nem aos licitantes."

"A autoridade impetrada, como se vê, não considerou ilegal o edital — (leia-se: o critério estabelecido no edital) — mas inoportuno, pois o critério adotado acarretaria prejuízos à Administração e aos licitantes. Esta é a causa da revogação.

"Mas se não é ilegal o critério adotado, não cabia anular a concorrência. Muito menos revogar por motivo de oportunidade. "A revogação — é ainda Hely Lopes Meirelles quem diz — decorre de uma conveniência administrativa superveniente, de não mais realizar o objeto da licitação, ou de realizá-lo de maneira diversa do pedido no edital; a anulação resulta da verificação de uma ilegalidade no procedimento licitatório". (Licitação e Contrato Administrativo, 5.ª ed., p. 148). E adiante: "É erro manifesto considerar-se a revogação ou a anulação da licitação como atos discricionários da Administração, pois ambos são vinculados aos motivos e pressupostos legais que o consagram. Na revogação, apenas a valoração do interesse público, da conveniência administrativa ou da oportunidade da execução do objeto da licitação é que fica ao alvedrio da Administração; na anulação, nada resta à Administração senão verificar e declarar a ocorrência de ilegalidade. Mas é preciso que aqueles ou estes motivos existam efetivamente e sejam indicados na decisão revocatória ou anulatória para que se legitime a revogação ou a anulação". (Ob. e loc. cit.).

"Como se vê, o ilustre autor paulista filia-se à doutrina que assenta o poder de revogar na conveniência administrativa superveniente, que é a mais corrente na teoria dos atos administrativos. Sobre a evolução dessa doutrina, assim escreve Massimo Severo Giannini:

"La dottrina, inizialmente, ricevendo la revoca dai meno recenti ordinamenti, cerco di darle una fisionomia consona ai principi dello Stato di diritto, ed elaborò la teoria dello *jus potendi*. L'amministrazione pubblica — si diceva — in quanto addetta alla cura di un interesse pubblico e in nome di questo, ha un diritto potestativo (o una potestà) di disvolere, *melius re perpensa*: l'errore, si diceva, dell' autorità, potrebbe altrimenti produrre conseguenze perniciose. Il fondamento di tale potere si individuava nel carattere unilaterale del provvedimento, e si richiava da alcuni il *contrarius consensus* della tradizione privatistica, come istituto analogo o analogico.

"La giurisprudenza non ha mai accettato questa concezione della revoca, ritenendo che essa aprisse la strada all'arbitrio dell'amministrazione, ed ha contrapposto una propria concezione, che è stata poi elaborata come "teoria della sopravvenienza". Nella sua sostanza essa si può così compendiare: il provvedimento amministrativo legittimo, opportuno, regolare, costituisce il modo de cura ottimale del pubblico interesse, nel momento in cui il provvedimento stesso è stato adottato. Può però accadere che successivamente si avverino fatti per cui il provvedimento adottato cessi di essere il modo ottimale di cura dell'interesse pubblico; se ha una "sopravvenienza" (o "fatto sopravvenuto", secondo altro modo di dire) che dà all'amministrazione un potere di revocare provvedimento. Con le precisioni che tra poco faremo, è questa oggi la teoria più accettata". (Diritto Amministrativo, Milão, 1970, pp. 1.079/1.080).

"Cabe ainda salientar que a revogação tem sempre causa no objeto da licitação, não na forma por que esta se processa. A Administração pode revogar a licitação, se não tem mais interesse em realizar a obra ou contratar serviços (juízo de oportunidade) ou resolveu empreendê-la em outros moldes ou obtê-los de modo diferente (juízo de conveniência). Identifica-se aí o interesse da Administração, superveniente à realização da licitação.

"No caso presente, porém, a causa não se refere ao objeto da licitação, tanto que a decisão atacada determinou a reabertura da concorrência para a mesma obra. A causa se refere ao critério de julgamento das propostas, que teria ensejado a exclusão da licitante que ofereceu preço mais baixo. Seria causa de anulabilidade do ato não de revogação. Ao que se extrai das informações, porém, a autoridade impetrada não quis anular a concorrência, mesmo podendo fazê-lo, pois havia recurso da firma vencedora. E não quis anular porque não lhe pareceu ilegal o critério adotado no edital; pareceu-lhe inoportuno.

"Ora, se o critério é legal, não há cuidar de inoportunidade, que é juízo da Administração apenas quanto ao objeto da licitação.

"De outra parte, e sem desmerecer os fundamentos do parecer de Hely Lopes Meirelles a propósito do critério do preço médio, tenho que o critério adotado no edital não é esse, e sim o do preço-base. É o próprio Professor paulista quem define a concorrência de preço-base: "é aquela em que a Administração fixa um preço inicial e estabelece o limite de variação admissível acima e abaixo daquele preço. As propostas que ultrapassarem o limite permitido serão desclassificadas, procedendo-se à escolha dentre as que se contiverem na faixa de oscilação admitida. Esse tipo de concorrência é pouco praticado entre nós, embora ofereça a vantagem de evitar propostas de preços exorbitantes ou irrisórios, uns e outros inaceitáveis pela Administração. Mas é necessário que o edital com a variação de 10% para mais, ou de 10% para menos da média aritmética entre o do preço-base, seja realmente a mais vantajosa para o serviço público". (Licitação e Contrato Administrativo, 5.ª ed., Ed. RT, p. 67).

"Que se contém no edital? O preço-base de três bilhões e cem milhões de cruzeiros, com a variação de 10% para mais, ou de 10% para menos da média aritmética entre o preço-base e os valores das propostas não eliminadas. Trata-se de um critério objetivo de variação em torno do preço-base.

"O chamado critério de preço médio não tem relação alguma com o preço-base: consiste na média aritmética dos preços ofertados pelos licitantes, vencendo aquele que a atinja ou mais se aproxime dela. Não foi esse o critério para fixar o preço mais baixo, em relação ao preço-base.

"Com razão, a autoridade impetrada não anulou a concorrência, pois não há ilegalidade no critério adotado. Mas agiu ilegalmente ao revogar o que só podia ser revogado por outros motivos.

"Há um dado de fato, que é do mais alto relevo, pois afasta qualquer imputação de ilegalidade do critério de variação para menos do preço-base estabelecido: é que esse preço foi fixado em três bilhões e cem milhões de cruzeiros e o preço proposto pela firma desclassificada era de Cr\$ 2.563.056.995,82, vale dizer, abaixo Cr\$ 536.943.004,18 do preço-base, ou seja, mais de 20% de variação para menos. Tanto significa que a proposta eliminada não correspondia ao mínimo de exequibilidade que a concorrência de preço-base pressupõe.

"A sentença se arima em que a Administração pode revogar a licitação, e a autoridade impetrada assim procedeu porque tinha o dever de fazê-lo, para evitar grave lesão aos interesses da Administração. A Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, secunda tal entendimento, citando o verbete 473 da Súmula do STF, *in verbis*:

"A Administração pode anular os seus próprios atos, quando evitados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

"Não há dúvida, pois, quanto ao poder de revogar seus próprios atos, que tem a Administração. E no caso, ainda não homologada a licitação, podia esta ser revogada, mas por causa adequada ao exercício do poder revocatório. É que, nessa fase, havia apenas uma situação jurídica entre a impetrante e o órgão promotivo da concorrência.

"Roubier denomina essa situação jurídica como "situation réactionnel", na qual a ordem jurídica procede por via de reação ao encontro de atos ou de fatos de particulares. Diz o mestre de Lyon:

"Telle est encore la situation qui trouve sa sanction dans les actions en nullité ou rescision d'un acte juridique. La non-observation des conditions de validité posées par la loi à la confection de cet acte aura pour sanction une action en nullité ou en rescision, c'est-à-dire une action qui n'entraîne aucunement dans les vues de l'auteur (ou des auteurs) de l'acte juridique. Ici encore cette action n'est pas fondée sur la violation d'un droit antérieur, elle est fondée sur une infraction à un devoir, le devoir d'observer les conditions légales de validité de l'acte posées par la loi". (Droits Subjectifs et Situations Juridiques, Paris, 1963, pp. 74 e 75).

"Se o ato revocatório não obedeceu às condições legais para sua validade, desfazendo a licitação depois de julgada, por motivo não pertinente, prejudicando interesses decorrentes da situação jurídica criada com o julgamento, há ilegalidade flagrante, que gera direito líquido e certo à validação da concorrência, nos termos em que foi realizada. O direito líquido e certo não decorre estritamente da lei, mas da violação de deveres da Administração para com os administrados, com os quais cria situações jurídicas. É que a atividade

da Administração, como dizia Fritz Fleiner, "não tem por finalidade procurar a certeza jurídica, mas atender a um resultado material útil para o Estado, nos limites do Direito." (*Droit Administratif Allemand*, p. 125). Se o resultado pretendido com a revogação da concorrência excede os limites do Direito, há justa pretensão à reposição do que se realizou conforme o edital, que é a lei do certame. E, no caso, aqueles limites foram ultrapassados inclusive pelo excesso de poder com que se houve a eminente autoridade impetrada.

"Dou provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança, nos termos da impetração." (fls. 330-337)

3. O Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal concedeu a suspensão da decisão concessiva do mandado de segurança (fls. 322-323).

4. Irresignada, manifestou a União Federal o apelo extremo ao abrigo das alíneas "a" e "d" do permissivo constitucional, sustentado, em síntese, que:

a) inexistindo qualquer direito subjetivo do licitante vencedor antes da adjudicação, não há como caracterizar a existência de direito líquido e certo que possa amparar o mandamus, nos termos do art. 153, § 21, da Constituição;

b) o ato de revogação não padece de vício de incompetência, porquanto praticado por autoridade a quem estava subordinado o Diretor de Obras Militares, responsável pela eventual homologação da licitação (Dec. lei 200/67, art. 138);

c) a revogação do procedimento licitatório insere-se no âmbito da competência discricionária da Administração, não configurando a sua prática qualquer ilegalidade;

d) o ato revocatório, na espécie, fundou-se no interesse público, uma vez que, mantida a proposta vencedora, ter-se-ia prejuízo de monta;

e) ao consagrar a impossibilidade de revogação do procedimento licitatório, o v. aresto recorrido afrontou a orientação consagrada na Súmula 473, do Excelso Pretório, dissentindo igualmente do entendimento constante do AgRg 91.568-SP, rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 3.6.83;

f) o v. aresto está em divergência igualmente com decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. 107.679, RT 205/170-2, e pelo Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, no Ag. 22.473, RF 226/173.

5. O recurso foi inadmitido, mas o provimento de agravo ensejou a subida ao Pretório Excelso, para melhor exame.

6. O apelo merece prosperar.

7. Vale observar, de imediato, que, não obstante a orientação preconizada por Celso Agrícola Barbi no sentido de que o mandado de segurança poderia servir à tutela de interesses legítimos ("Perspectivas do Mandado de Segurança", RDA 75/435 e 436; Idem, *Do Mandado de Segurança*, 1980, p. 89-92), o entendimento amplamente majoritário na doutrina é no sentido de que o mandado de segurança protege tão-somente direito subjetivo próprio do impetrante (Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, 1954, p. 86 e 87; Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 1982, pp. 10, 25 e 84; Alfredo Buzaid, "Direito subjetivo e ação" (Parecer) RT 347/40-50; Celso Ribeiro Bastos, *Do Mandado de Segurança*, 1980, pp. 124 e 125). E, nesse sentido, afigura-se preciso o magistério de Hely Lopes, ao afirmar que "direito individual para fins de mandado de segurança é o que pertence a quem o invoca e não apenas à sua categoria, corporação ou associação de classe. É direito próprio do impetrante. Somente este direito legitima a impetração" (ob. cit., p. 10). E, mais adiante, ressalta o emérito administrativista a distinção entre o mandado de segurança e a ação popular nos seguintes termos, *in verbis*: "(...) lembramos que ação popular é inconfundível com o mandado de segurança e colima fins diversos, razão pela qual tais remédios judiciais não podem ser usados indistintamente (STF, Súmula 101). Cada um tem objetivo próprio e específico: o mandado de segurança se presta a invalidar atos de autoridade ofensivos de direito individual, líquido e certo; a ação popular destina-se à anulação de atos ilegítimos e lesivos do patrimônio público. Por aquele se defende direito próprio; por esta se protege o interesse da comunidade, ou como modernamente se diz, os interesses difusos da sociedade." (Ob. cit., p. 84)

8. A jurisprudência do Excelso Pretório, desde as primeiras decisões proferidas em mandado de segurança, vem afirmando que o writ destina-se exclusivamente à defesa de direitos subjetivos. Já no MS 4, de 18.10.34, Rel. Min. Eduardo Espinola, deixara assente a Excelsa Corte que, "se o objeto do mandado de segurança não é o direito próprio subjetivo do impetrante, ameaçado ou violado por ato do Poder Executivo, mas a nulidade do ato que beneficiou outro e cujo direito se pretende não seja reconhecido, não importando, porém, essa nulidade, em assegurar ao requerente o direito ao cargo, o caso

não é de mandado de segurança" (Arch. Judiciário 40/501). Posteriormente, no MS 1.000, de 28.9.49, o STF considerou cabível o mandado de segurança tão-somente para a defesa de um direito subjetivo (Jardel Noronha e Odaléa Martins, *Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, 1969, vol. 6, p. 80/92).

9. Tal entendimento foi reiterado no MS 5.347, Rel. Min. Luiz Gallotti, RTJ 6/400, no MS 8.595, Rel. Min. Villas Boas, RTJ 21/47, no RMS 17.076, Rel. Min. Victor Nunes, RTJ 44/571 e RE 72.034, Rel. Min. Luiz Gallotti, RTJ 59/599. Recentemente, nos MS 20.291, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ 105/48, MS 20.359, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 107/45, e no MS 20.420, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 110/1.026, e no MS 20.332, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 111/184, reafirmou-se a orientação esposada, ficando assente, no último precedente, que "o mandado de segurança destina-se a proteger direito subjetivo próprio do impetrante, não mero interesse" (RTJ 111/193). Idêntica posição consta de voto proferido pelo Min. Francisco Rezek no RE 103.299-RJ (julgamento ainda inconcluso), (DJ 1.8.85) e do MS 20.533, Rel. Min. Djaci Falcão (DJ 22.11.85).

10. Destarte, não obstante as eventuais dificuldades na perfeita caracterização do direito subjetivo, fica evidente que tal categoria não se confunde com outras situações ou interesses. A propósito, já anotara Jhering com precisão que: "Tous les intérêts ne réclament point la protection juridique: il en est qu'elle ne peut atteindre. Il y a plus: toute loi qui protège notre intérêt ne nous confère pas un droit. Telle loi, par exemple, qui, dans l'intérêt de certaines industries, établit des droits protecteurs, profite aux fabricants, les protège, mais ne leur donne aucun droit. Comment expliquer ce fait? C'est qu'il n'y a ici qu'une action reflexe juridique; c'est qu'il s'agit d'un rapport qui présente sans doute la plus grande analogie avec le droit, mais qu'il en faut bien soigneusement distinguer. L'Etat, en réalité, établit la loi fiscale dans son intérêt, mais cet intérêt de l'état concorde ici avec celui des fabricants. Il en est de même du cas où quelqu'un lègue une dot à sa nièce en vue de son futur mariage; il y a communauté d'intérêts entre la légataire et son mari, mais celui-ci n'acquiert aucun droit au paiement du legs. Les fabricants non plus n'ont pas un droit à l'exécution de la loi douanière; l'application de celle-ci ne dépend en aucune manière de leur volonté, ce sont les autorités compétentes qui en décident. Les choses ne sont pas autres lorsqu'il s'agit des lois administratives et criminelles; elles nous protègent, mais non dans la forme d'un droit qui nous appartient en propre. (L'Esprit du Droit Romain, 1888, vol. IV, p. 339/340)

11. Daí distinguir a doutrina os direitos subjetivos propriamente ditos dos direitos reflexos (*Reflexrechte*) que aproveitam eventualmente ao particular em virtude da aplicação da lei. Em sua monumental monografia sobre os direitos públicos subjetivos, reconhece Jellinek que, se o critério formal de distinção entre direito subjetivo e direito reflexo não oferece maiores dificuldades, tendo em vista a outorga de proteção judiciária ao direito subjetivo, o critério material ou substancial não é isento de dúvidas, uma vez exigir a identificação de um interesse individual reconhecido expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico (*Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, trad. ital., Milão, 1912, p. 79/80). Nessa linha de raciocínio, ensina Fleiner, que: "Le législateur qui veut faire bénéficier les citoyens de prestations étatiques a le choix deux procédés: ou bien il peut remettre la réalisation de ses prescriptions exclusivement aux autorités et ne donner au citoyen à leur égard que la faculté générale de demander qu'elles appliquent les lois édictées en sa faveur demande d'exécution de la loi (*Gesetzesvollziehungsanspruch*), demande de satisfaction d'intérêts (*Interessenbefriedigungsanspruch*); ou bien une loi déterminée peut accorder à chaque citoyen des droits concrets, exactement définis aux prestations diverses prévues en sa faveur dans la loi, de sorte que, lorsqu'il fait valoir ces différentes demandes, celui qui en est investi est à l'égard de l'autorité obligée d'appliquer la loi, dans la situation d'un créancier en face de son débiteur. Dans le premier cas, les dispositions de la loi contiennent uniquement des normes de droit objectif; elles sont adressées à l'autorité et le citoyen ne profite du résultat matériel de chacune des dispositions que par un effet reflexe de l'application de la loi; on appelle cela, inexactement, des droits réflexes" (*Reflexrecht*). Dans le second cas, au contraire, le citoyen possède un droit public subjectif à telle ou telle prestation étatique.

"Les deux formes ne sont cependant pas des principes législatifs que s'excluent l'autre. Le législateur décide librement s'il veut établir l'obligation de l'administration publique à certaines prestations uniquement en adressant des ordres juridiques objectifs aux autorités ou en reconnaissant des droits subjectifs aux citoyens". (*Droit Administratif Allemand*, trad. française, 1933, pp. 111-12).

12. Mais recentemente, tem-se atribuído ênfase especial à distinção entre o direito subjetivo e o chamado interesse legítimo, observando-se que, enquanto o primeiro constitui situação jurídica caracterizada por uma garantia legislativa de utilidade substancial e direta para o titular, o interesse legítimo configura situação marcada por uma garantia instrumental da legalidade do comportamento administrativo (E in base a siffatte considerazioni che possiamo definire il diritto soggettivo come categoria unitaria, come una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da una garanzia legislativa di una utilità sostanziale e diretta per il soggetto titolare." (...)) "Insostanza, se noi vogliamo dar una definizione oggettiva della situazione di interesse legítimo, contrapponendola a quella di diritto soggettivo, dobbiamo dire che si tratta della situazione caratterizzata dalla garanzia di una utilità strumentale alla legalità del comportamento amministrativo; se noi invece vogliamo porre l'accento sul lato soggettivo della nozione di interesse legítimo dobbiamo dire che interesse legítimo (inteso come riflesso soggettivo della garanzia e del comportamento amministrativo)" (Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, Milão, 1971, vol. II, p. 537 e 547; Cf. também Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, 1954, pp. 183-201).

13. Estando assente que o mandato de segurança destina-se única e exclusivamente à proteção de direito subjetivo e que este não se confunde com outras situações ou interesses, ainda que legítimos, cumpre examinar a posição jurídica do licitante classificado em primeiro lugar, em face da revogação ou do anulamento da licitação, antes da respectiva homologação.

14. Parece evidente que a situação jurídica do licitante é análoga à do candidato aprovado em concurso público, tal como se vê no exemplo figurado por Alessi para caracterizar o interesse legítimo: "Tale situazione si presenta, ad es., nel caso delle norme che impongono all'amministrazione di seguire una determinata procedura per l'espletamento dei pubblici concorsi per l'assunzione di impiegati ovvero per l'ottenimento di concessioni, appalti, e simili: il vincolo non assicura affatto l'utilità sostanziale diretta che è innegabilmente rappresentata dall'effettivo conseguimento della nomina, della concessione, rispettivamente, o dell'appalto. Il vincolo assicura soltanto l'osservanza di una determinata procedura, di un determinato comportamento, idonei, secondo il legislatore, alla miglior realizzazione dell'interesse pubblico a che il migliore dei concorrenti risulti vincitore del concorso. Sì che la garanzia offerta al singolo concorrente dal vincolo non è affatto garanzia di una utilità sostanziale immediata, ma semplicemente garanzia di legalità del comportamento amministrativo e pertanto garanzia di aderenza del comportamento stesso all'interesse pubblico ipotizzato dalla norma; garanzia, pertanto di una utilità semplicemente strumentale nel senso che dalla assicurata legalità del comportamento amministrativo il singolo può eventualmente sperare — ove si trovi effettivamente nelle condizioni da realizzare, attraverso la sua vittoria, l'interesse pubblico — di ottenere anche la realizzazione del suo interesse sostanziale: dal comportamento legale degli organi amministrativi nelle operazioni di concorso il candidato può sperare di risultarne vincitore ove effettivamente egli sia il migliore o tra i migliori nel numero dei posti messi a concorso." (Ob. cit., pp. 544-5)

15. Se a simples classificação no procedimento licitatório não outorga ao concorrente, antes da adjudicação, qualquer utilidade substancial e direta, como se pode cogitar da eventual configuração, na espécie, do direito subjetivo? Afigura-se evidente que, antes de concluída a licitação, inexistente direito subjetivo passível de ser lesado, podendo o ente público revogá-la, por razão de conveniência. É o que se depreende do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

"Por motivo de conveniência ou oportunidade o Poder Público pode revogar a licitação e por motivo de legitimidade deve anular a licitação viciada. Em um e outro caso é obrigatório que fundamento o ato extintivo.

"A revogação pode ser feita a qualquer tempo antes de travado o vínculo consensual relativo ao objeto licitado. O mesmo se passa com a anulação. Esta pode cifrar-se aos atos ou à fase viciada, sem prejudicar os estádios antecedentes que se hajam desenvolvido com lisura. Não se anula mais que o necessário para expungir os vícios e restaurar a legitimidade ferida. O ato invalidado não acarreta para a Administração nenhuma obrigação de indenizar." (Licitação, 1980, p. 86)

Desse entendimento não parece divergir Hely Lopes Meirelles como se constata na seguinte passagem, *in verbis*: "Anula-se o que é ilegítimo; revoga-se o que é legítimo, mas inconveniente ou inoportuno. Os poderes de revogação e de anulação administrativa são inerentes à Administração Pública, constem ou não constem da lei. Quando o Dec.-lei 200/67

referiu-se ao poder de anulação (art. 138), deveria ter mencionado, também, o de revogação; mas a omissão não exclui tal poder, que é insito e irretirável da Administração Pública. Pois não seria concebível que o poder público fosse obrigado a manter o que é contra o interesse público. Na inconveniência do ato administrativo é que está o fundamento para a sua revogação." ("Licitação e Contratos Administrativos", RDA 105/24).

É nesse sentido igualmente a lição de Régis Fernandes de Oliveira, *in verbis*: "Se a lei não obsta expressamente a revogação, a autoridade administrativa que decide instaurar o procedimento licitatório mantém, nas relações seqüenciais, a competência de reapreciar os atos praticados pela Comissão. A qualquer tempo pode, pois, retirar os efeitos validamente produzidos pelo ato emanado da Comissão de Julgamento. Se se cuidar de ato vinculado, há óbice à revogação.

Pouco importa que algum dos licitantes tenha apresentado proposta compatível, séria e concreta, já tendo, inclusive, o ato de adjudicação. Se sobrevém desinteresse da Administração na celebração do contrato, pode ela desistir, sem que surja correlato direito de exigir a continuidade da licitação ou da entrega do objeto do contrato." (Licitação, 1981, p. 86)

16. Também no STF é firme o entendimento nesse sentido.

No RE 84.396, Rel. Min. Cordeiro Guerra deixou assente a Excelsa Corte a possibilidade de se proceder à revogação ou à anulação do procedimento licitatório, como se depreende dos fundamentos resumidos na ementa do Acórdão, *in verbis*:

"A adjudicação por si só não defere o direito do licitante à homologação, que pode ser negada pela administração por motivo de ilegalidade do procedimento ou conveniência de interesse público, em despacho fundamentado.

"Faculdade reconhecida à administração de corrigir os próprios atos quando eivados de ilegalidade ou carentes de utilidade para o serviço público.

"Segurança denegada.

"Recurso extraordinário não conhecido." (RTJ 79/322)

E, como apontado pela recorrente, tal orientação foi reiterada no AgRg 91.568-1/SP, Rel. Min. Alfredo Buzaid.

17. A E. Corte a quo não passaram despercebidas as dificuldades que envolviam a hipótese em apreço. Daí ter observado o eminente Relator, em seu voto, que, não estando homologada a licitação, podia esta ser revogada, uma vez que entre a impetrante e o órgão promovente da concorrência havia apenas uma situação jurídica que se podia chamar "situation réactionel!" (fls. 335-6). Como tal situação veio a converter-se em direito subjetivo?

Explicita-o a v. decisão recorrida:

"Não há dúvida, pois, quanto ao poder de revogar seus próprios atos, que tem a Administração. E no caso, ainda não homologada a licitação, podia esta ser revogada, mas por causa adequada ao exercício do poder revocatório. É que, nessa fase, havia apenas uma situação jurídica entre a impetrante e o órgão promovente da concorrência.

"Roubier denomina essa situação jurídica como "situation réactionel", na qual a ordem jurídica procede por via de reação ao encontro de atos ou de fatos de particulares. Diz o Mestre de Lyon: "Telle est encore la situation qui trouve sa sanction dans les actions en nullité ou rescision d'un acte juridique. La non-observation des conditions de validité posées par la loi à la confection de cet acte aura pour sanction une action en nullité ou en rescision, c'est-à-dire une action qui n'entraîne aucunement dans les vues de l'auteur (ou des auteurs) de l'acte juridique. Ici encore cette action n'est pas fondée sur la violation d'un droit antérieur, elle est fondée sur une infraction à un devoir, le devoir d'observer les conditions légales de validité de l'acte posées vers les conditions légales de validité de l'acte posées par la loi". (Droits Subjectifs et Situations Juridiques, Paris, 1963, pp. 74-5).

"Se o ato revocatório não obedeceu às condições legais para sua validade, desfazendo a licitação depois de julgada, por motivo não pertinente, prejudicando interesses decorrentes da situação jurídica criada com o julgamento, há ilegalidade flagrante, que gera direito líquido e certo à validação da concorrência, nos termos em que foi realizada. O direito líquido e certo não decorre estritamente da lei, mas da violação de deveres da Administração para com os administrados, com os quais cria situações jurídicas." (fls. 335/336)

18. Ora, sequer a concepção relativa às "situations réactionelles", sustentada por Roubier, pode emprestar fundamento à conclusão do v. aresto recorrido. Como se sabe, o insigne jurista propôs a distinção das situações jurídicas em situations réactionelles e situations institutionelles. As situations institutionelles são aquelas disciplinadas pelo orde-

namento, que define igualmente as conseqüências jurídicas que delas decorrem. Ao revés, as "situations réactionnelles" não estão previamente estabelecidas, decorrendo propriamente de uma reação da ordem jurídica a um fato ou ato contrário não a um direito subjetivo. As conseqüências jurídicas dimanadas não traduzem a vontade do autor do ato ou do fato. É o que ocorre nas ações fundadas em um delito ou quase-delito, nas ações de enriquecimento sem causa e nas ações que têm por objeto a nulidade ou a rescisão de um ato jurídico. Em tais casos, as ações não se fundam na violação de um direito anterior, mas na infração de um dever (cf. Roubier, *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris, 1963, pp. 73-5).

19. Todavia, a simples ilegalidade objetiva não enseja o surgimento de qualquer direito. E a contrariedade a algum interesse, ou a frustração de determinada expectativa não pode ser equiparada à lesão de um direito subjetivo. (Cf. José Carlos Barbosa Moreira, "A legitimação para a defesa dos 'interesses difusos' no Direito Brasileiro" *Ajuris*, 32/88-9; Alfredo Buzaid, Parecer cit., RT 347/40-50; v. também voto do Min. Francisco Rezek, no RE 103.299).

20. E o magistério de Roubier, à evidência, não autoriza o entendimento perfilhado pela v. decisão recorrida. Sem dúvida, qualquer ilegalidade na prática de ato administrativo pode acarretar a sua anulação. Disso não há resultar, porém, o reconhecimento de direito não configurado previamente.

21. No caso dos autos, o ato revocatório foi editado, após o julgamento das propostas. Antes, portanto, da pretendida adjudicação. A simples verificação desse fato está a demonstrar que, ainda que se pudesse admitir a sua ilegalidade (porquanto fundado em inconveniência originária (fls. 332-334), não se haveria de reconhecer à impetrante o direito à adjudicação. A eliminação do ato eivado de vício propiciaria tão-somente o retorno ao *statu quo ante*. Disso não poderia resultar evidentemente o direito à adjudicação. E, inexistindo na espécie o aludido direito à adjudicação, flagrante se afigura a inidoneidade do mandado de segurança. Evidente, se a desconstituição do ato impugnado não poderia atribuir à impetrante a titularidade da pretendida situação, inequívoca a inadequação do writ. Foi o que deixou assente o Min. Xavier de Albuquerque no RE 91.130, *in verbis*:

"(...) parece-me, também, que deve preponderar, na deliberação do Tribunal, o fundamento do acórdão recorrido de que o ato impugnado não lesou direito que pertencesse à recorrente. Isso é fundamental à recorrente. Isso é fundamental. Se ela quisesse e pudesse atacar o ato impugnado por via de ação popular, não precisaria mostrar titularidade alguma. Qualquer cidadão poderia fazê-lo. Mas, se ela pede mandado de segurança, só pode exercitar essa ação se mostrar que o ato impugnado viola direito seu, e que o irá retomar quando for desconstituído esse mesmo ato.

"O Tribunal a quo disse que, se for desconstituído o ato atacado, nem por isso ela terá direito à substituição na serventia. Logo, negou-lhe o interesse, que é consubstancial, no caso, à legitimação *ad causam*. Pode ser que o acórdão não haja primado por apuro técnico, ao elaborar sua parte dispositiva, mas, no meu entendimento, foi essa a consideração prevalecente na estrutura lógica do julgado." (RTJ 95/403)

22. Vê-se, assim, que, se a situação da impetrante não podia configurar direito subjetivo a adjudicação, manifesta a inadequação a da via mandamental e inarredável o reconhecimento da afronta ao art. 153, § 21, da Constituição. Existe, pois, fundamento suficiente para que se proveja o recurso ao abrigo da alínea "a" do permissivo constitucional (CPC, art. 267, IV e § 3.º).

23. Não colhe igualmente o argumento em que se arrimou o v. aresto recorrido para infirmar a legalidade do ato revocatório. Não é apenas o fato superveniente que legitima a revogação, como parece ter entendido a Egrégia Corte a quo.

A faculdade de revogar os atos administrativos decorre do próprio poder genérico de agir da administração (Súmula 473), e, como meio de autotutela, "è basatta ugualmente sopra un nuovo apprezzamento dei fatti e del pubblico interesse, ma tale apprezzamento vale a giustificare la revoca solo quando la differenza, fra ciò che fu fatto e ciò che sarebbe stato opportuno fare, è così rilevante da costituire un vizio del provvedimento." (Zanobini, ob. cit., p. 325)

Também Alessi coloca ênfase na existência da *attuale inopportunità* da situação adveniente do provimento, afigurando-se-lhe irrelevante o momento de sua verificação. É o que se constata na seguinte passagem, *in verbis*:

"A dire il vero, nella prima edizione di questa opera avevo accolto l'opinione che fosse da ritenersi annullamento e non revoca l'eliminazione d'ufficio del provvedimento per vizio di merito (originario), nella considerazione che per la valida esistenza si richiedesse

una aderenza piena, capillare, all'interesse pubblico: seguivo, con ciò, l'affermazione da me fatta nella prima edizione della mia *Revoca degli atti amministrativi*. (1942).

Successivamente invece (v. 1a. 2.ª ediz., 1956) dopo aver meglio vagliati tutti gli elementi della situazione, sono venuto nella contraria opinione, nella considerazione di elementi allora non tenuti presenti.

Bisogna invero considerare che la inopportunità (anche iniziale) di un provvedimento, si risolve in definitiva necessariamente nelle inopportunità dei suoi effetti si che il vizio di merito si risolve in definitiva in una *necessità di modificare ulteriormente* il rapporto sorto dall'atto inopportuno, nel senso di ripristinare la situazione giuridica antecedente. É solo per un errore di prospettiva que noi riteniamo che l'amministrazione possa sentire l'esigenza di reagire, togliendolo di mezzo, contro un provvedimento viziato in merito: in realtà essa sente semplicemente la esigenza di reagire contro la inopportunità attuale della situazione sorta dal provvedimento viziato in merito: nè potrebbe essere diversamente, in quanto che l'interesse che l'amministrazione pubblica deve porre a criterio delle sue azioni, non è l'interesse che passato ma bensí l'interesse attuale: il che d'altra parte risponde ad una esigenza più generale: si agisce per realizzare un interesse attuale, non già per un interesse passato, in quanto tale! (*Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1960, pp. 391 e 392; Conf. também Miguel Reale, "Revogação e Anulamento do Ato Administrativo", 1980, pp. 83-86).

24. Esta orientação vem corroborar o magistério inexcédível de Fleiner, *in verbis*: "A atividade da administração não tem por finalidade procurar a certeza jurídica — esta é missão da sentença civil — mas de alcançar um resultado material útil para o Estado nos limites de Direito. Da mesma forma que o particular na gestão de seus negócios adapta suas disposições a seus interesses cambiantes, também a Administração deve poder atender suas novas necessidades. Aquilo que é hoje favorável ao interesse geral, pode não sê-lo pouco tempo depois, porque as circunstâncias sofreram alteração nesse ínterim. Mas as idéias sobre as exigências do interesse do Estado podem também evoluir, de sorte que a autoridade não poderá manter hoje o mesmo ponto de vista no qual se inspirou para editar determinado ato. Se a autoridade estivesse vinculada a suas resoluções, não poderia se afastar delas quando o interesse público exigisse que outra medida fosse adotada. Todavia, uma situação contrária ao interesse público não pode subsistir sequer por um dia. Por essa razão, a autoridade administrativa não pode estar vinculada a suas decisões como um Tribunal a seus julgados" (ob. cit., pp. 125 e 126).

25. Colocada a questão nesses termos, parece claro que o controle judicial do ato revocatório há de se fazer quanto à existência ou não de interesse público para a sua edição. O fato de a inconveniência ou da inoportunidade decorrer de critério adotado pela própria administração não constitui qualquer obstáculo à edição de providência em sentido contrário.

26. No caso dos autos, o ato revocatório fundou-se na constatação de que "os termos do Edital, embora não manifestamente ilegais, acarretaram a desclassificação da proposta de menor preço (...)" o que não se mostrava conveniente ao interesse público.

E, nas informações, a autoridade coatora observou que: "... a legislação vigente (art. 133, *caput*) permite a escolha da proposta que não seja de menor preço. Por outro lado, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, encontra-se a exigência de que seja justificada a escolha da proposta que ofereça vantagem de outra ordem ao serviço público.

Como se vê dos dispositivos regulamentares acima transcritos, a Comissão de Licitação da CRO/2 não apresentou justificativas plausíveis, pois desclassificou a firma que apresentou menor preço simplesmente pelo critério do preço médio. A diferença entre a proposta da firma vencedora na licitação e da que ofereceu o "menor preço" é de aproximadamente Cr\$ 200.000.000,00. Nessa diferença de preço estará o prejuízo que o critério do preço médio adotado acarretará para o erário da União.

No julgamento do recurso interposto pela Construtora BETER não foi considerado ilegal o edital e sim inoportuno para a Administração, tanto é verdade que não houve adjudicação para firma recorrente e, sim abertura de uma nova licitação, com critério de julgamento que não venha prejudicar interesses da Administração e nem aos licitantes" (fls. 149 e 150).

27. A simples constatação de que a proposta melhor classificada era excessivamente onerosa para Administração seria suficiente para justificar a revogação do procedimento com fundamento na conveniência da Administração. Nem poderia o judiciário invadir a seara da discricionariedade para infirmar esse juízo de conveniência, impondo ao ente

estatal a obrigação de adjudicar a obra e de contratar com licitante que apresentou proposta manifestamente inconveniente ao interesse público. Portanto, não parece subsistir dúvida que a v. decisão recorrida divergiu frontalmente do entendimento constante da Súmula 473 do Excelso Pretório.

28. Em verdade, como decorre das próprias razões apresentadas, a Administração teve dúvida quanto à liceidade do critério de preço adotado, preferindo, por isso, proceder à revogação do procedimento licitatório. Evidentemente, tal perplexidade nada apresenta de inusitado, originando-se da própria dificuldade para traçar uma distinção segura entre o vício de mérito e o vício de legitimidade. É o que preleciona Miguel Reale, in verbis:

"Em verdade, se a lei é inseparável e incompreensível sem o fim que nela se expressa, e que é a sua razão de ser, só há fidelidade à lei em havendo fidelidade aos seus objetivos reais, dessa correspondência resultando a legitimidade do ato: feitas as contas, o vício de mérito se resolve em vício de legitimidade, toda vez que o ato administrativo conflite com a finalidade que razoavelmente se possa considerar inerente à norma legal. Quando a Administração, no exercício de suas atribuições, desvia o ato de seus fins reais, a nulidade se insere em seu procedimento, revestido então de mera legitimidade aparente.

"Desse modo, se uma norma legal abre um leque de possibilidades à ação do administrador, cabe-lhe optar segundo motivos de conveniência ou de oportunidade, exercendo um juízo de mérito, que é sempre um juízo subordinado a um complexo de circunstâncias fático-axiológicas, e suscetível de contrastação segundo juízos de "razoabilidade".

"Se, ao efetuar a escolha por determinada via, a Administração excede os horizontes da legalidade, seu ato deixa de ser legítimo, por ter, concomitantemente, deixado de ser legal: nessa hipótese, o vício aparente de mérito é, a bem ver, vício de legalidade ou de legitimidade, como tal anulável por decisão administrativa ou judicial, esta só ocorrendo na hipótese de lesão de situações jurídicas constituídas ou em vias de constituir-se, quando já haja, em suma, a "atualidade de um interesse legítimo".

"Não me parece, por conseguinte, aconselhável dizer-se, como é de uso freqüente, ser lícito à Administração revogar sempre atos próprios por "vício de mérito": na realidade, deve anulá-los, com efeitos pretéritos *ex tunc*, por seu vício congênito, nos casos apontados, ainda que empregue, inadequadamente, o termo revogar" (Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, 1980, pp. 84 e 85).

29. Portanto, ainda que a autoridade administrativa, na hipótese dos autos, devesse ter procedido à anulação da licitação (em lugar da revogação), não poderia a Eg. Corte a quo, sob esse fundamento, dar pela invalidade do ato, para conceder a segurança e determinar a adjudicação da obra à recorrida (Súmula 473).

30. Nessas condições, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso extraordinário.

PARECERES

CONCESSÃO E PERMISSÃO DE TRANSPORTE URBANO — TARIFAS CAIXA ÚNICA

GELSON AMARO DE SOUZA

Advogado em Presidente Prudente/SP

CONSULTA

Preocupada com as novas medidas tomadas pela Prefeitura Municipal de Campinas-SP, e que estão prestes a serem em prática o sistema de caixa única entre as permissionárias do Serviço Público de Transportes Urbanos, sob a denominação de "Câmara de Compensação Tarifária", a empresa Viação Santa Catarina Ltda., consulta-nos sob os seguintes pontos:

1. Sendo a consulente permissionária de tais serviços por contrato (termo) firmado em 26.2.82, está ela obrigada a se sujeitar ao novo regime implantado pela câmara de compensação?

2. É cabível medida judicial para evitar que se concretize as medidas almejadas pela Prefeitura de Campinas? Qual ou quais?

PARECER

Antes de responder aos quesitos diretamente, vamos traçar uma pequena digressão, para esclarecer o que é serviço público, e como este pode ser delegado aos particulares e os efeitos entre direitos e obrigações oriundo dessas delegações, para melhor situarmos o problema.

1. Serviço público

Consoante ensinamento de J. Cretella Júnior, "A expressão "serviço público", se bem que considerada relevante no campo do Direito Administrativo, é das mais difíceis de ser definida. No entanto, é indispensável procurar alcançar a noção de serviço público, de importância fundamental no campo do Direito Administrativo" (Dicionário de Direito Administrativo, p. 487).

Apesar de não ser unívoco o termo "serviço público", esse se apresenta sob o signo da equivocidade, levando mesmo, inúmeros autores, nacionais e estrangeiros a desacreditar nessa terminologia, como muito bem afirmou Jêze, a despeito do pessimismo de alguns autores, o problema é antes de tudo de adequação e de justa posição, e ainda como ensinou Cretella Júnior, aliados ao positivismo jurídico existente.

Qualquer noção de serviço público que venha desacompanhado do texto normativo que assim o afetou, não corresponde ao verdadeiro serviço público dentro do prisma do Direito.

Melhor se têm conceituado o serviço público, como sendo "toda atividade que a pessoa jurídica de direito público exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas, mediante procedimentos peculiares ao Direito Público" (Cretella Jr., ob. cit., p. 490). Mas a essa locução, necessário que se acrescenta "sempre que previsto em lei". Sem lei que prevê não existe serviço público.

O serviço de transporte urbano é serviço público, prevista essa afetação pelo art. 44 do CNT.

Sendo o transporte urbano, serviço público, vamos a seguir demonstrar como ele pode ser delegado ao particular.