



# **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**



**José Maria Pinheiro Madeira**

# **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**TOMO I**

**11ª Edição**

Data de fechamento: 15 de janeiro de 2010



© 2010, Elsevier Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998.

Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida, sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

*Editoração Eletrônica:* SBNigri Artes e Textos Ltda.

*Copidesque:* Maria da Glória Silva de Carvalho

*Revisão Gráfica:* Vânia Coutinho Santiago / Marcelo Dias Almada

Elsevier Editora Ltda.

Conhecimento sem Fronteiras

Rua Sete de Setembro, 111 – 16º andar

20050-006 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – Brasil

Rua Quintana, 753 – 8º andar

04569-011 – Brooklin – São Paulo – SP – Brasil

Serviço de Atendimento ao Cliente

0800-0265340

sac@elsevier.com.br

ISBN 978-85-352-3805-1

**Nota:** Muito zelo e técnica foram empregados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de digitação, impressão ou dúvida conceitual. Em qualquer das hipóteses, solicitamos a comunicação ao nosso Serviço de Atendimento ao Cliente, para que possamos esclarecer ou encaminhar a questão.

Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens, originados do uso desta publicação.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

---

M153a  
11.ed.  
v.1

Madeira, José Maria Pinheiro  
Administração pública, tomo I / José Maria Pinheiro Madeira. – 11 ed.  
atual. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Inclui bibliografia  
ISBN 978-85-352-3805-1

1. Administração pública – Brasil. 2. Direito administrativo – Brasil.  
I. Título.

09-5621.

CDU: 342.9(81)

---

## Sentença de vida

---

Sem dúvida, a vida traz no seu cerne espécie de sentença prolatada por Deus.

Os processualistas costumam dizer que a sentença é declaratória quando declara um direito. É constitutiva quando constitui um direito, e é condenatória quando impõe uma obrigação.

Na realidade, toda e qualquer sentença tem um desses conteúdos de maior evidência, subsistindo os demais em grau menor.

A sentença da vida não foge à regra: é declaratória por declarar que o indivíduo nasce para servir. É constitutiva por constituir o próprio direito à vida, e é condenatória por conter pena divina: comerás o pão com o suor do teu rosto.

*(autor desconhecido)*

# Homenagem

---

*Maria Célia Feital do Carmo,*

Foi num dia de agosto que seus olhos fecharam. E que a dor que parecia sem remédio se instalou dentro de nós. Sua presença se mantém ao nosso lado. E nos leva no caudal da existência e nos dá forças para lutar e sonhos para sonhar.

Há sempre na vida um momento trágico, porém belo. Para nós, foi exatamente esse. Trágico pelo sofrimento que nos abatia. Belo pela certeza de que existe a eternidade se desdobrando na lembrança e se renovando na saudade.

Ficará na nossa memória sua inesquecível figura.

## Dedicatória

---

Ao Professor **José dos Santos Carvalho Filho**, valoroso expoente da Ciência Jurídica contemporânea.

À Desembargadora **Leticia de Faria Sardas**, em todo seu conteúdo humano e espiritual.

Aos Desembargadores do TJ do Rio de Janeiro, **André Gustavo Corrêa de Andrade, Antonio Saldanha Palheiro, Gilberto Pereira Rêgo, Carlos Santos de Oliveira, Cherubin Helcias Schwartz Junior, Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, Mário Guimarães Neto, Sérgio Cavalieri Filho**, exemplos de vida, de persistência, de tenacidade, de generosidade, de contemporização e, sobretudo, de amor, porque somente a conjugação desses sentimentos, aliada à compreensão, à polidez, é capaz de conduzir ao êxito, onde somente predomine a alegria do cumprimento de uma missão.

Ao Juiz **Werson Franco Pereira Rêgo** – de quem recebi sólidos ensinamentos, principalmente no campo da convivência humana.

Ao Professor **Luiz Oliveira C. Jungstedt**, pela colaboração imprescindível na cessão dos gráficos – resumo, e aos professores Mauro Dias, Leandro Velloso, coordenadores da PUC/RJ.

**Ao Desembargador Murilo Andrade de Carvalho**

Sob a comoção, ainda, de seu falecimento recente, cujos sábios conselhos tanto contribuíram para ampliar, melhorar o presente trabalho e cujo exemplo, de vida santa e perfeita, para edificação nossa, tão profundamente se agravou em nosso afeto. A força de seu caráter, a grandeza de sua personalidade, a sua luminosidade, a sua beleza interior fizeram de você uma pessoa INESQUECÍVEL.

## O Autor

---

### **José Maria Pinheiro Madeira**

Mestre em Direito do Estado, doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, doutor em Ciência Política e Administração Pública e pós-graduado no exterior. Foi Procurador do Legislativo (aposentado). É parecerista muito requisitado na área do Direito Administrativo. Integrou diversas bancas de Concurso Público. Membro Integrante da Banca Examinadora de Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro de diversas associações de cultura jurídica, no Brasil e no exterior. Professor Emérito da Universidade da Filadélfia. Professor-palestrante da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – Emerj. Professor Coordenador de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Professor integrante do Corpo Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes, da Universidade Gama Filho e da Universidade Federal Fluminense. Membro Titular do Instituto Ibero-Americano de Direito Público. Membro Efetivo do Instituto Internacional de Direito Administrativo. Presidente da Comissão Nacional de Direito Administrativo.

É autor dos livros *Administração Pública – Tomo I* (10ª edição); *Administração Pública – Tomo II* (11ª edição); *Servidor público na atualidade* (8ª edição); *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos Interpretados pelos Tribunais*; *A questão jurídica-social da propriedade e de sua perda pela desapropriação* (esgotado), *Casos concretos de direito administrativo*; *Estatuto da Cidade – Lei nº 10.157 – Comentários*; *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa* (esgotado); *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal* (esgotado); *Desapropriação, institutos afins* (esgotado); *Exame de Ordem – Segunda Fase – Direito Administrativo* (4ª edição).

Colaborador das seguintes publicações jurídicas: Revista Pró-Ciência, Revista Ibero-Americana de Direito Público, Revista Forense, Revista Fórum, Revista da EMERJ, ADV Advocacia Dinâmica, e Revista de Informação Legislativa.

## Nota à 11ª edição

---

A grande procura que este livro tem despertado na comunidade jurídica, a sucessivas edições, em menos de dois anos, ratifica a responsabilidade e a honestidade intelectual.

Trata-se de obra de grande atualidade. É destinada ao esclarecimento e à orientação dos que anseiam por ensinamentos, sobretudo práticos. Portanto, uma obra que visa capacitar o teórico e a sobrevivência da prática.

O autor teve o máximo cuidado em usar uma linguagem simples de modo a permitir uma assimilação rápida, adotando uma sistemática de desenvolvimento gradual, sem fracionamento do raciocínio.

Todos os capítulos foram revisados, em função das atuais decisões dos nossos Tribunais, das normas administrativas recentes e Emendas à Constituição Federal, bem como do advento da Lei Complementar nº 123: instituiu o Estatuto Nacional à Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; Lei nº 11.481: dispõe sobre Terras Públicas, determinaram modificações e acréscimos substanciais a esta décima edição. A tarefa de atualização foi integralmente cumprida, mas sem prejuízo à estrutura original, conservando, no entanto, o espírito, a estrutura e a visão dos institutos que caracterizam a obra, desde a sua elaboração. Portanto, continua sua essência prática e funcional.

Como magistralmente frisa o ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Des. Sérgio Cavalieri Filho, podemos dizer, igualmente, que o Direito – para nós – é instrumento de trabalho, e não tertúlia acadêmica. É, simultaneamente, teoria, prática, realidade e vivência. A prática é a alma do Direito. Concentra-se em questões doutrinárias e evolui para os problemas de ordem prática, tecendo uma análise crítica da doutrina e da jurisprudência existentes sobre este tema que suscita tantas controvérsias.

Neste trabalho se conjugam os termos do binômio teoria *versus* casos concretos, os quais são estribados em casos que acontecem no dia a dia, sem perder de vista, por um único instante, o sentido, a utilidade, a razão de ser dos estudos teóricos. Prática nada mais é que a aplicação de conhecimento teórico. A teoria é a alma, a prática, o corpo. Ambas são elementos que se integram para formar um todo, o qual permite o exercício do pesquisador com êxito. Esta é uma verdade incontestável. Graças a isto a leitura destas práticas é palpitante, cheia de vida, rica em advertências, descarnando as controvérsias entre tendências doutrinárias e noticiando a orientação jurisprudencial ilustrativa dos vários subtópicos focalizados.

O presente livro não perde tempo com dissertações inúteis, destinadas a exibir erudição ou a engordar o seu volume. Cada tópico recebe o tratamento justo, com a extensão necessária. É simples manual, mero instrumento de utilização imediata na busca de solução para os casos de maior frequência.

Procurou o autor contribuir com um estudo doutrinário, prático e didático, dotado de coerência e funcionalidade que deu conteúdo a esse nosso estudo.

Em seu livro, após uma análise dos Princípios, adentra os Poderes da Administração Pública e, de forma mais eficaz, enfoca a teoria do ato administrativo, com maestria, finalizando com Licitação e Contratos e Bens Públicos.

Foram adicionados, através de uma seleção rígida e cuidadosa, acórdãos e jurisprudências recentes, com o objetivo de consolidar os entendimentos dinâmicos e atuais, mostrando amplidões de maneira prática, dinâmica e atraente.

Manda-nos os ditames de nossa consciência, num preito de gratidão, agradecer aos juristas consagrados, aos desembargadores dos nossos Tribunais e aos membros do Ministério Público pelas citações e referências extraídas do nosso livro. Isso nos envia, encoraja e incentiva a novas pesquisas.

Sensibilizados, agradecemos aos Professores Humberto Theodoro Júnior, Celso Antônio Bandeira de Mello, Jessé Torres, Luís Roberto Barroso, José dos Santos Carvalho Filho, o Ministro Marco Aurélio pela generosidade dos elogios. Em especial ao Ministro Marco Aurélio, do STF, pela indicação da obra junto à biblioteca do Supremo Tribunal Federal.

O autor dispensa apresentação. É exímio parecerista, hoje, muito requisitado. Mestre incomparável, consagrado, orna a melhor estirpe dos modernos juristas nacionais, mercê de invejável talento, primorosa cultura, respeitado pelos seus pares e idolatrado pelos seus alunos da Emerj, da Escola do Ministério Público e da Universidade Estácio de Sá.

Auguramos, assim, a obra tenha uma acolhida desejável, e que seus frutos se enriqueçam e se propaguem.

Jansen Amadeu do Carmo Madeira  
Juiz de Direito do TJ/RJ



## Prefácio

---

Com grande satisfação recebi o convite do Professor José Maria Pinheiro Madeira, para prefaciар o seu brilhante trabalho, que recebe o título de *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*.

O presente estudo, da lavra do ilustrado Mestre em Direito do Estado e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, Professor de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá, Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos, Professor dos Cursos de Licitações e Contratos Administrativos do Tribunal Regional Federal, Professor da Fundação Getúlio Vargas e Professor do Cepad, demonstra toda a atualidade e evolução do Direito Público, que como todo ramo da ciência não é estático, evoluindo a cada dia.

Trata-se, portanto, de cuidadosa análise científica dos temas envolvidos, na qual o autor praticamente esgota os diversos desdobramentos do Direito que envolve a Administração Pública como um todo, sem se descuidar dos componentes novos.

A obra está totalmente atualizada, contendo as modificações introduzidas por todas as Emendas Constitucionais. Foram feitas atualizações ante a incomensurável produção acadêmica e normativa mais recente.

O autor procurou desenvolver um estudo que não se limitasse apenas a reproduzir dados ou à mera preocupação teórica, sem visão de qualquer alcance prático. Então, todo o enfoque procura valorizar as posições consolidadas da doutrina e das mais atuais jurisprudências. E ao perceber divergências na matéria, o autor indicou qual deveria ser a linha de raciocínio a ser adotada, em consonância com as mais recentes decisões do STJ e do STF. Portanto, foram adicionados, através de uma seleção rígida e cuidadosa, acórdãos e jurisprudências recentíssimas, com o objetivo de consolidar os entendimentos dinâmicos e atuais, mostrando amplitudes de maneira prática e atraente.

Constitui estudo e pesquisa úteis a todos os cultores do Direito, tais como: juizes, advogados, administradores, estudantes, procuradores, promotores e estudiosos de questões jurídicas.

Por certo que neste campo do Direito existem grandes administrativistas, com obras ricas e profundas. Todavia, tanto o subscritor do presente trabalho quanto o conteúdo do mesmo se engajam nesta gloriosa jornada do “palco do saber”, onde a Administração Pública Direta e Indireta são tratadas como devem ser, ou seja, em todas as suas vertentes, para que o leitor possa extrair as respostas certas e necessárias de suas dúvidas.

Não se descuidou o Professor Madeira de abordar também os princípios expressos e implícitos da Administração Pública, facilitando sobremaneira o estudante na busca de um perfeito aprendizado.

Os fatos, atos administrativos, licitações e contratos também são tratados com precisão cirúrgica, onde o autor demonstra todo o enredo legal que deve nortear o administrador público, quando, em nome da Administração, pratica atos para movimentar a máquina estatal.

Com certeza, a impressão de todos quantos se dediquem à área do Direito Público, ou do Direito em geral, será a mesma que tive ao terminar a leitura da obra: a de que não só pela importância dos temas nela examinados, como pela visão crítica e moderna do autor, não pode a obra do Prof. Madeira deixar de ser fonte de consulta quando tivermos que enfrentar o desafio das intrincadas questões que ladeiam o Direito Administrativo.

O Professor Madeira, ilustre administrativista, com o presente livro, consolida o seu nome, definitivamente, no cenário jurídico, pois apresenta ótima fonte de consulta, com respostas rápidas e eficazes.

*Rogério Vieira de Carvalho*  
Desembargador Federal do TRF- 2ª Região

## Capítulo 1

---

### Princípios da Administração Pública

#### Introdução

Toda sociedade é regida por determinados valores que lhe são inerentes. A *visão de mundo* e o *ethos*<sup>1</sup> constituem-se nos fundamentos basilares que se refletem em sua manifestação num determinado momento histórico e contexto sociocultural.

A sociedade, diferentemente da comunidade, de formação espontânea – regida pelo Direito Natural – tem formação voluntária, regida pelo Direito Positivo. A vontade refletida, produto do pensamento lógico, domina a ideia de finalidade – princípio teleológico – formal e institucional. Estruturada por um poder dominante, é regida por um contrato, cujas leis encontram sua plenitude nos fins sociais. Assim, interpretar uma lei importa em compreendê-la em seu contexto social, considerando-se precipuamente sua finalidade social. Cabe ao hermenêuta contemporâneo identificar a finalidade da lei, levando em conta a *estrutura de suas significações particulares* em sua natureza dialética entre o *todo da lei* e as *partes* em que se visa a seus artigos e preceitos, à *luz dos objetivos visados*. Portanto, a compreensão da lei refere-se sempre à *interpretação teleológica*.

Para que exista uma sociedade, é fundamental que haja uma comunhão de valores regida pelo *ethos* e a *visão de mundo*, pois estes lhe darão o arcabouço, permitindo-lhe a manifestação. Os valores, portanto, são construções que devem ser vistas por meio do confronto das partes com o todo e vice-versa – indivíduo/sociedade

de e lei/partes (artigos e preceitos) – e deverão ser entendidos dentro de uma visão dialética, com objetivos bem definidos, propiciando-lhes o esclarecimento recíproco, como é comum no estudo de qualquer estrutura social. Cabe ao Direito a administração e operacionalização desses valores. O Direito, em seu propósito de realizar a justiça, buscará operacionalizar esses valores. A partir daí, surge o ordenamento jurídico como um conjunto de normas que expressam os valores da sociedade.

Os princípios jurídicos representam os valores materiais eleitos pela própria sociedade como justiça; e é a partir desses valores que esses princípios se erigem. Ronald Dworkin os define como um *standard*, que há de ser observado por ser uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.<sup>2</sup>

O Direito, em sua essência, é um poder moral, isto é, um poder que se baseia na razão e na lei moral. Opõe-se, assim, ao poder físico, que se baseia na força. *A força, certamente, pode ser justa, mas não é o Direito*. A justiça consiste na vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe é devido.<sup>3</sup>

Direito e dever estão ligados pela moralidade. Enquanto o direito é um poder moral, o dever é uma obrigação moral de fazer ou não fazer alguma coisa. A essência do dever é uma necessidade moral de tal ordem que a vontade não pode fugir a ele sem perturbar a ordem da razão, ou violar o direito de outrem. Portanto, a justiça funciona como corolário entre o direito e o dever.

Como proposições primárias do direito, esses preceitos estão vinculados aos valores fundantes da sociedade, que exprimem o que por ela foi eleito como sendo o justo.

Neste sentido, nos ensina Zagrebelsky:

*Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de “positivizar” lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber; la determinación de la justicia y de los derechos*

---

<sup>1</sup> GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Koogan S.A., 2005, p. 144. “Na discussão antropológica recente, os aspectos morais (e estéticos) de uma dada cultura, os elementos valorativos, foram resumidos sob o termo *ethos*, enquanto os aspectos cognitivos, existenciais foram designados pelo termo *visão de mundo*. O *ethos* de um povo é o tom, o caráter e a qualidade de sua vida, seu estilo moral e estético, e sua disposição é a atitude subjacente em relação a ele mesmo e ao seu mundo que a vida reflete. A visão de mundo que esse povo tem é o quadro que elabora das coisas como elas são na simples realidade, seu conceito da natureza, de si mesmo, da sociedade.”

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en sereo*. Tradução espanhola do original *Taking Rights Seriously*. Barcelona, 2006.

<sup>3</sup> JOLIVET, Régis observa: “A justiça supõe, pois, duas condições necessárias: A distinção de pessoas em que existem correlativamente um direito e um dever de justiça; A especificação de um objeto, que pertence a uma delas e que deve ser respeitado, devolvido ou restabelecido em sua integridade pela outra” (*Curso de filosofia*. Tradução de Eduardo Prado de Mendonça. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1991, p. 394).

*humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia – como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del jusnaturalismo – su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas.*<sup>4</sup>

Os princípios constitucionais traduzem os direitos do homem e os grandes princípios de justiça. Eles impõem ao legislador, à jurisprudência, à administração e aos particulares a interpretação do Direito de acordo com os valores por eles espelhados.

Em virtude de sua generalidade e caráter *prima facie*, os princípios obrigam a adequação das normas secundárias e das condutas aos valores que incorporam. As regras jurídicas estabelecem o dever ser, ou seja, regulam especificamente o comportamento e a conduta social; dizem-nos como devemos agir em determinadas situações específicas, por elas próprias previstas. Já os princípios estabelecem direções em que deveriam situar-se as normas. Assim, cabe aos princípios, enquanto proposições fundamentais, orientar concretamente o Direito, qualificando as normas dentro de determinados padrões axiológicos.

Sobre o papel dos princípios no ordenamento jurídico, Zagrebelsky nos ensina:

*La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición jurídica conformes con él (al legislador, a la administración, a los particulares y, en general, a los interpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería*

*colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.*<sup>5</sup>

É oportuna a transcrição, nesse passo, da magistral lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem “não há ciência sem princípios, fundando-se toda a construção científica em proposições abstratas que são introduzidas de um conjunto de normas”.

## 1. O Direito como regras e princípios

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro ali-cerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere à técnica e lhe dá sentido harmônico.

*Celso Antônio Bandeira de Mello*

Para Carlos Ari Sunfeld, o ordenamento jurídico é composto por duas espécies de normas – *regras e princípios* –, afirmando que a enunciação dos princípios que compõem o sistema tem, em primeiro lugar, a função de auxiliar o ato de conhecimento jurídico, pois são verdadeiramente normas jurídicas, devendo ser tomadas em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos. Conclui, então, que:

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior às das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas.<sup>6</sup>

Em termos didáticos, o autor supramencionado ainda evidencia a aplicação dos princípios no Direito, cumprindo *duas funções: interpretação das regras e colmatação de lacunas (integração)*. Quanto à primeira, diz o seguinte:

a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restritiva que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva,

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Traduzido por Marina Grecón. Madri: Trotta, 2005, p. 114.

<sup>5</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 118.

<sup>6</sup> SUNFELD, Carlos Ari *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio.

Quanto à segunda, diz que “na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios”, descartando a possibilidade da aplicação das regras de forma isolada, podendo apenas fazê-la ao Direito, como um todo, de forma una.

Ainda de acordo com esse mesmo autor, “existem princípios implícitos e expressos no ordenamento”. Ou seja, esses princípios estão profundamente inseridos no sistema jurídico, e não fora dele. Para ele, “os princípios implícitos são sacados do ordenamento, e não nele inseridos. Ambos têm igual importância e são verdadeiras normas jurídicas”.

As regras e os princípios são caracterizados dentro do conceito de norma jurídica. A distinção entre um e outro é uma distinção entre dois tipos de normas. Ambos dizem o que deve ser, ainda que tenham por base razões muito diferentes.

A principal diferença entre *regras e princípios* reside em que os *princípios impõem a realização de algo na maior medida possível*, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Fazendo uso de uma expressão de Alexy, os princípios são *mandados de otimização* que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas. Os princípios e regras opostos irão determinar o âmbito das possibilidades jurídicas. Já as regras somente podem ou não ser cumpridas; contêm determinações no âmbito do fático e do juridicamente possível. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige.

Outro ponto muito claro para a distinção entre regras e princípios é quanto à ocorrência de uma colisão de princípios ou um conflito de regras. Quando ocorre um conflito de regras, este só poderá ser solucionado, ou introduzindo-se em uma das regras uma cláusula de exceção para eliminar o conflito, ou declarando inválida pelo menos uma das regras. Não podem existir duas regras jurídicas que impõem dois juízos concretos de dever contraditórios e que sejam ao mesmo tempo válidas. Para Dworkin, as normas (regras) são aplicadas diretamente. Há casos em que a regra pode ter exceções, devendo-se, nesses casos, listá-las uma a uma – pois é teoricamente possível enumerá-las em enunciado normativo – e, quanto mais listarmos, mais completa será a proposição.

Por exemplo, se uma norma (regra) afirma que um testamento para ser válido deverá ser assinado por três testemunhas, não poderá ser válido um testamento assinado por duas. Se houver exceções a esta norma (regra), elas deverão ser listadas no próprio corpo do enunciado normativo, o que é, ao menos, teoricamente possível. Assim, uma das exceções para a presente norma poderia ser: “O testamento deve ser assinado por três testemunhas. Se o testador estiver hospitalizado, em estado grave de saúde, o testamento deve ser assinado por duas testemunhas.” Agora, se outra norma prescrever que o testamento deve ser assinado por cinco testemunhas, uma das duas normas será inválida.

As colisões entre princípios são solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando um princípio entra em colisão com o outro, significa que um deles deverá ceder ao outro, ou seja, ante a determinadas circunstâncias, um dos princípios irá preceder ao outro, o que não significa que um deles será declarado inválido ou que se introduzirá uma cláusula de exceção, mas, simplesmente que, perante a determinadas circunstâncias aplicar-se-á um princípio, quando forem outras as condições, será outro o princípio a ser aplicado. O conflito entre regras ocorre na dimensão da validade; a colisão entre princípios se dá na dimensão do peso, uma vez que só podem entrar em colisão princípios válidos.

Um exemplo de colisão de princípios dado por Alexy, trata-se de um programa de televisão (ZDF) que projetava a emissão de um documentário: *O assassinato de soldados em Lebach*. Este documentário informaria sobre o crime de quatro soldados do grupo de guarda de um depósito de munições do Exército Federal perto de Lebach que foram assassinados enquanto dormiam. Os assassinos tinham por objetivo o roubo de armas com as quais se pensava realizar outros atos delitivos. Uma pessoa que havia sido condenada por cumplicidade nesse crime, e que estava para abandonar a prisão, entendeu que a emissão desse documentário, em que era expressamente mencionada e aparecia fotografada, violava seu direito fundamental, sobretudo porque comprometeria a sua ressocialização. Aqui se verifica um conflito entre a proteção da personalidade e da liberdade de informação. Esse conflito não será solucionado declarando-se inválido um dos princípios, mas por meio de uma *ponderação*. Uma vez que não há uma precedência básica entre eles, nenhum deles possui uma precedência absoluta. O Tribunal Constitucional alemão decidiu no sentido de que a repetição de uma informação sobre um delito grave que não responde mais a interesses atuais de informação, e que põe em perigo a

ressocialização do autor, possui precedência à proteção da personalidade ante à liberdade de informação e que esta, nesse caso, está proibida.

Os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Um determinado princípio pode valer para um caso concreto diante de determinadas circunstâncias e para outro caso não. Quando um princípio não prevalecer para um determinado caso, não significa que não pertença ao sistema jurídico, porque num outro caso, quando inexisterem tais considerações contrárias, ou quando estas não tiverem o mesmo peso, esse princípio poderá ser decisivo. Caso totalmente distinto é o das regras, que contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas. Essa determinação somente não será aplicada quando se verificarem impossibilidades jurídicas ou fácticas, que podem conduzir à sua invalidez. Se não ocorrer tal caso, aplica-se exatamente o que diz a regra.

Nesse sentido, esclarece Alexy:

*Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.*

*Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.<sup>7</sup>*

Para se aplicar os princípios jurídicos a um caso concreto, torna-se necessário fazer-se uma *ponderação dos interesses em jogo*. Devem-se analisar os valores que cada princípio representa, as condicionantes de fato que lhe permeiam e buscar a solução por meio da ponderação realizada pelo intérprete. Em virtude de que os princípios não nos fornecem respostas prontas, a responsabilidade dos juristas diante da concretização da

justiça vê-se ampliada, pois se valoriza o seu potencial argumentativo.

Zagrebelsky acrescenta a necessidade da “razoabilidade” na realização dos princípios:

*En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina “razonabilidad”: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la “prudencia” en la tratamiento del derecho.*

*Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que pueden reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la “clave” para resolver todo problema jurídico, como si tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho... supone que hay que poner en marcha procedimientos leales, transparentes y responsables que permitan confrontar los principios en juego y que hay que seleccionar una “clase jurídica” (en los órganos legislativos, judiciales y forenses, administrativos, etc.) capaz de representar principios y no sólo desnudos intereses o meras técnicas. Éstas son las condiciones para el triunfo de la prudencia en el derecho.<sup>8</sup>*

Cabe acentuar que, a partir da preponderância dos princípios jurídicos, os operadores do Direito devem agir atendendo à *razoabilidade*, que significa nada mais que prudência e bom senso. Ao mesmo tempo em que se concede um maior espaço de liberdade e argumentação ao jurista, exige-se deste que aja com responsabilidade na luta pelo maior objetivo e razão de ser do Direito – a concretização da justiça.

Averbe-se, por mais, que os *princípios* encarnam a síntese dos *principais valores de uma sociedade*, os valores de uma ordem jurídica, sendo oportuna a colocação feita pelo professor Miguel Reale ao proferir:

Os princípios consistem em enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para elaboração de novas normas.

Então, recapitulando, princípios são ideias reitoras, são *mandamentos* abstratos que dão harmonia, unidade, ao sistema, que estabelecem, como no caso dos princípios constitucionais, as opções ideológicas fundamentais de uma determinada Constituição.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2005.

<sup>8</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 118.

Portanto, não se nega aos princípios a sua força normativa. Embora eles tenham um maior grau de abstração, possuem a função, exatamente, de dar coerência, de ser o fio condutor que estabelece uma lógica do sistema. Então, os *princípios suprem lacunas*, auxiliam na solução de conflitos aparentes de normas constitucionais; enfim, são uma espécie dentro do gênero normas jurídicas, como bem assim são as regras, embora estas estabeleçam um fazer ou não fazer, tenham um maior nível de concreção, uma maior densidade do que os princípios, que têm um caráter mais aberto.

Uma diferença essencial é quando se vai solucionar um conflito aparente entre princípios, quando este será sempre resolvido no campo do valor, quer dizer, vai ser aferido, no caso concreto, qual o princípio que tem o maior peso e, a partir daí, vai-se aplicar aquele princípio, sem cogitar de invalidar outro. É o que acontece com os direitos fundamentais, que têm natureza de princípio. No caso das regras isso não corre, é tudo ou nada, ou elas são aplicadas ou não aplicadas. Então, o conflito aparente de regras se soluciona pelo critério temporal ou hierárquico, ou seja, quando se verifica uma incompatibilidade total entre duas regras, a única solução a que se pode chegar é que uma é inválida, que uma foi revogada pela outra.

Assim, a solução do conflito aparente entre regras se dá no plano da validade, ao passo que a solução de conflito aparente entre princípios se dá no plano do valor.

A respeito da distinção entre regras e princípios, há certo debate entre autores, visto que, para alguns, a única diferença existente entre ambos estaria no grau de abstração, não haveria diferença qualitativa entre eles. Outra corrente, porém, cuja concepção é chamada de concepção forte de princípios, defende que a diferença é, sim, de natureza qualitativa. Ocorre que existe não apenas uma diferença de abstração, mas *também* uma diferença qualitativa, sendo esta concepção a que prevalece.

Conforme se vê, podem-se distinguir princípios de regras a partir de uma série de critérios, aqui se apresentando uma delas, adotada por Joaquim José Gomes Canotilho:

- a) **pelo grau de abstração:** embora não seja o único, é ele um critério primordial, isto é, os princípios são mais abertos, estão em uma dimensão mais abstrata do que as regras, eles não disciplinam situações jurídicas concretas, mas sim veiculam

proposições que são aplicadas a uma infinidade de situações e, por isso, diz-se que eles são dotados de um maior grau de abstração;

- b) **pelo grau de determinabilidade:** está relacionado ao grau de abstração, pois os princípios são mais vagos do que as regras; eles não se referem, de forma determinada, a situações concretas, significando dizer que a diferença de grau de determinabilidade está ligada à abstração. Então, os princípios, para serem aplicáveis, vão carecer de uma mediação concretizadora pelo legislador, pelo Judiciário ou, eventualmente, até pelo Executivo, na execução de uma política pública, ou seja, demanda um mediador, um intérprete que vai concretizar, que vai trazer aquele princípio de um plano abstrato para um plano concreto, pois são desprovidos de densidade semântica; é a expressão que se usa. Quando se fala de densidade semântica, está se falando, exatamente, do grau de determinabilidade. As regras têm maior densidade semântica do que os princípios.

Como exemplo, levanta-se a questão da relevância e urgência das medidas provisórias, que são conceitos vagos, indeterminados. Acontece que o fato deles serem conceitos desprovidos de semântica não quer dizer, necessariamente, que sejam eles desprovidos de significado, que seja impossível determinar, em certas circunstâncias, se existe ou não urgência e relevância. Isto porque, mesmo sendo vagos e indeterminados, estes conceitos têm um conteúdo mínimo de significado, só que ele se apresenta mais aberto, abarcando um maior número de situações, ficando sujeito, portanto, a uma maior descrição. Porém, mesmo figurando como conceitos indeterminados, há necessidade de se fazer uma ponderação, um balanceamento de valores, uma vez que eles têm um conteúdo mínimo, mas que não pode ser afastado. Conforme afirma Mauro Roberto Gomes de Mattos, “eles deverão ser interpretados e seguidos fielmente, sob pena de subversão da boa ordem legal, [...]”;<sup>9</sup>

- c) **pela fundamentalidade:** tomados, aqui, num sentido de importância mesmo, os princípios a possuem na medida em que são eles que estruturam o sistema, daí Celso Antônio Bandeira de Mello dizer que o princípio é, por definição, mandamento nuclear do sistema. São eles os verda-

<sup>9</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei nº 8.429/1992*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 67.

deiros alicerces que dão sustentação, coerência, lógica ao sistema jurídico. É nesse sentido que se fala que os princípios têm caráter de fundamentabilidade, porque são eles estruturantes;

- d) **pela proximidade da ideia de direito:** essa proximidade da ideia de direito está relacionada com o fato de que os princípios estão radicados na concepção de justiça, quer dizer, eles têm, na finalidade, de ser aplicados em favor da justiça. Por serem abstratos, permitem uma ponderação que, em última análise, significa a aplicação de valores de justiça;
- e) **pela natureza normogenética:** é essa natureza, justamente, o fato de que os princípios constituem a base do sistema jurídico, possuindo várias finalidades, como: dar harmonia ao sistema; servem na solução do conflito aparente entre normas constitucionais, ou seja, são mediadores na solução desses conflitos; servem, também, como informadores da produção jurídica. As leis, então, vão ser produzidas com fundamento nos princípios que estão estabelecidos na Constituição. Já as regras estão, normalmente, radicadas num determinado princípio; são elas especificações de um determinado princípio.<sup>10</sup>

Contudo, há de se destacar que nem todos os princípios estão expressos na Constituição, existindo outros tantos que nela estão diluídos, implicitamente; são decorrências lógicas de outros princípios, e da própria ideia de Constituição, por serem fundamentais para sua aplicação, como, dentre outros: o princípio da supremacia da *Lex Mater* – construção lógica que se estabeleceu para preservá-la; o princípio da razoabilidade/proporcionalidade – aquele implícito decorrente do devido processo legal; o princípio da segurança fiscal – um desdobramento que evoluiu do princípio da segurança jurídica, que é voltado principalmente à segurança da propriedade e ao respeito às cláusulas contratuais; o princípio da interpretação conforme a Constituição – ligado a outro, também

implícito, que é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis; isto é, havendo normas com várias interpretações possíveis, umas compatíveis e outras não com o Texto Maior, dar-se-á a interpretação que for compatível a ele, para preservar a constitucionalidade da norma; trata-se de princípios que estão implícitos na lei, são normas principiológicas que não necessitam estar expressamente nela escritos para existirem, bastando, apenas, serem identificados pela doutrina dominante, assim afirmando Joaquim Castro Aguiar: “Os princípios não necessitam ser formulados positivamente para que tenham existência como categoria jurídica. Quando positivados chamam-se normas princípios.”<sup>11</sup>

Ocorre que, por ter o vocábulo *princípio* diferentes significados, apesar de todos estarem interligados, sempre relacionados a ponto de partida (origem, começo, postulado, base, teorema, dogma etc.), a uma proposição diretiva, eles podem ser classificados sob vários critérios, dos quais o mais comum é quanto ao seu grau de abrangência, pautado na hierarquização de princípios, assim o fazendo doutrinadores como J.J. Canotilho, que os classifica em quatro categorias:

- a) **princípios jurídicos fundamentais:** são aplicados antes mesmo de se aplicar a Constituição; identifica-se com o que chamamos de *princípios gerais do Direito*, dando-se como exemplo o princípio da segurança jurídica;
- b) **princípios políticos constitucionalmente conformadores:** seriam as opções políticas nucleares, as mais importantes que estão consagradas na Constituição, como, por exemplo, a forma e sistema de governo, princípio democrático, princípio do pluralismo político, que, se suprimidos da Constituição, na verdade, aniquilariam o texto constitucional, descaracterizando-o;
- c) **princípios constitucionais impositivos:** são aqueles que determinam tarefas e estabelecem finalidades; são programáticos e estabelecem ações do Estado, ligados à ideia da Constituição dirigente;

<sup>10</sup> Na visão de Canotilho: “Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 545). No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. refundida, ampl. e atual. até a Emenda Constitucional nº 45, de 19/12/2002, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 818).

<sup>11</sup> AGUIAR, Joaquim Castro. *Competência e autonomia dos Municípios na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

- d) *princípios de garantia*: dentro da ideia de maior ou menor abstração, são os que têm maior densidade do que, por exemplo, os princípios políticos constitucionalmente conformadores. São eles que estabelecem, diretamente, certas garantias e direitos, não necessitando de intermediação legislativa para lograrem concretização, dando-se como exemplo: o princípio da presunção de inocência; o princípio da legalidade estrita, em matéria penal e tributária; o princípio do juiz natural; as garantias processuais gerais estabelecidas na Constituição, como o contraditório e o devido processo legal.

Deixando sua contribuição, Luís Roberto Barroso também classifica os princípios com base na sua amplitude, de acordo com a esfera de sua aplicação, pois, para este autor, não existe hierarquia jurídica em princípios constitucionais e normas constitucionais, embora possa se falar que existe certa hierarquia axiológica, valorativa; quer dizer, certos princípios têm um poder de penetração, de aplicação, na ordem jurídica, maior do que outros, como, por exemplo, o princípio republicano, que é aquele que vai permear toda a ordem jurídica; ele é bem amplo. Outros, porém, são princípios restritos a determinados setores da ordem jurídica, como o da livre iniciativa, que é setorial, e está restrito à ordem econômica. E é com base nessa amplitude que o autor faz a seguinte classificação:

- a) *Princípios fundamentais*: constituem as decisões políticas estruturais do Estado; são as matrizes de todas as outras normas constitucionais. Então, seria de acordo com esses princípios que se faz a opção política, como, por exemplo, entre Estado unitário e federação, entre república e monarquia, cabendo observar que a classificação de Barroso está mais ligada ao grau de abrangência, ao passo que a classificação de Canotilho faz referência também ao grau de conteúdo.

Exemplo, diz o art. 1º da Constituição que a “*a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento [...]*”, nele podem ser identificados o princípio republicano, que seria fundamental; o princípio do Estado Democrático de Direito; o princípio da separação dos poderes (art. 2º); o princípio presidencialista (art. 73); o princípio do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV).

Observa-se que a noção de Estado Democrático de Direito é uma especificação, em perspectiva histórica, da noção de Estado de Direito, que significa, em linhas bem gerais, a submissão de todos à ordem jurídica, inclusi-

ve do próprio Estado, ou seja, mesmo o Estado, que é produtor das normas jurídicas, está submetido à ordem jurídica.

Contudo, essa noção de Estado de Direito traz, em si, um caráter de limitação à atuação estatal, mas ela não é suficiente. O Estado nazista, por exemplo, era um Estado de Direito, onde existia uma ordem jurídica a ser observada. A partir daí é que se evoluiu para a noção de Estado Democrático de Direito, que está relacionado à submissão à ordem jurídica, mas que tem, em si, a ideia de um requisito para a produção dessas normas jurídicas, que seria o estabelecimento de procedimentos democráticos para a elaboração dessas normas, também democráticas quanto ao conteúdo, que permitam a efetivação e continuidade da democracia.

- b) *Princípios gerais*: embora não integrem esse núcleo de opção política fundamental do Estado, eles dão importantes especificações desses princípios fundamentais; isto é, têm um menor grau de abstração, são decorrências lógicas dos princípios fundamentais, como, por exemplo, o princípio da legalidade, que é o geral que radica a ideia de Estado Democrático de Direito.

Os princípios gerais são normas que veiculam proposições um pouco menos abstratas do que os fundamentais, mas que estão diretamente ligados a eles, do ponto de vista lógico; são normas que detalham os princípios fundamentais, mas que ainda são bastante abstratas, por isso são chamadas de princípios.

Cotejando-se a classificação adotada por Barroso com a de Canotilho, verifica-se que os princípios gerais equivaleriam aos princípios de garantia. Exemplos: o princípio da legalidade (art. 5º, II); o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*); o princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV); irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI), dentre outros.

- c) *Princípios setoriais*: estão restritos a certos setores da Constituição, a exemplo dos princípios da ordem econômica (art. 170), da ordem social (art. 193), e a certas esferas normativas, como os princípios da Administração Pública (art. 37). São informadores de certas esferas constitucionais, como o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, que é uma especificação do princípio da legalidade que tem aplicação na esfera tributária; o princípio da anterioridade que, na verdade, é uma forma de irretroatividade qualificada, uma especificação do princípio geral da irretroatividade das leis, mas trazida à esfera tributária com uma conotação específica;



o princípio do concurso público; o princípio da imparcialidade dos juízes, dentre outros.

## 2. Os princípios constitucionais da Administração Pública

A interpretação dos princípios constitucionais pela autoridade administrativa deve ser feita com a maior precisão possível, sem que ela seja desintegrada do contexto legal [...], pois o legislador constituinte exprime a sua vontade através das normas e princípios contidos na Lex Legum. A Constituição vale como um todo lógico e não apenas por algumas das suas componentes, permitindo construções completas e não de meros conceitos individualizados.

Mauro Roberto Gomes de Mattos

A maior parte dos princípios do Direito Administrativo encontra-se positivado, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal. Possuem eficácia jurídica direta e imediata e exercem a função de diretrizes superiores do sistema, vinculando a atuação dos operadores jurídicos na aplicação das normas ao respeito dos mesmos. Funcionam como diretrizes superiores do sistema, objetivando a correção das graves distorções que ocorrem no âmbito da Administração Pública, que impedem o efetivo exercício da cidadania.

O sistema constitucional do Direito Administrativo funciona como uma rede hierarquizada de princípios, regras e valores, que exige não mais o mero respeito à legalidade estrita, mas vincula a interpretação de todos os atos administrativos a respeito desses princípios. A função administrativa encontra-se subordinada às finalidades constitucionais e deve pautar as suas tarefas administrativas no sentido de conferir uma maior concretude aos princípios e regras constitucionais, uma vez que estes não figuram como enunciados meramente retóricos e distantes da realidade, mas possuem plena juridicidade.

Antes de procedermos à análise de cada um dos princípios que regem o Direito Administrativo, cabe novamente acentuar que tais princípios se constituem mutuamente e não se excluem, não sendo jamais eliminados do ordenamento jurídico, destacando-se, ainda, que sua função programática é que fornece as diretrizes situadas no ápice do sistema a serem seguidas por todos os aplicadores do Direito.

Convém observar, contudo, que, por ser o Direito Administrativo um ramo relativamente novo e de elaboração

pretoriana, é auxiliado pelas bem qualificadas interpretações doutrinárias, que não só procuram consolidar seus institutos, mas também contribuir, didaticamente, ao classificar seus princípios informadores, como assim o faz Diogenes Gasparini,<sup>12</sup> para quem os princípios podem ser *onivalentes, plurivalentes e monovalentes*.

Os princípios onivalentes são os que valem para qualquer ciência, a exemplo do princípio de não contradição, ou seja, duas proposições não podem ser, simultaneamente, verdadeiras e falsas. Os plurivalentes, por sua vez, são aqueles comuns a um grupo de ciências, como, por exemplo, o princípio da causalidade, que informa as ciências naturais: à causa corresponde um dado efeito. Já os monovalentes são aqueles aplicáveis a uma única ciência, a exemplo do princípio da legalidade para o Direito. Seguindo essa classificação, Gasparini ainda divide os princípios monovalentes em gerais e específicos: os *gerais* seriam aqueles que só valem para um ramo de uma determinada ciência, como é o princípio da supremacia do interesse público (no embate entre o interesse público e o privado há de prevalecer o público), que só é aplicável ao Direito Público; os *específicos* são os que valem só para uma parte de um ramo de certa ciência, nos moldes do princípio da continuidade do serviço público, só válido para o Direito Administrativo.

Embora essa classificação apresente variações, há unicidade para o fato de que “não se pode encontrar qualquer instituto do Direito Administrativo que não seja informado pelos respectivos princípios”,<sup>13</sup> como observa José dos Santos Carvalho Filho, citando Cretella Júnior, uma vez que os princípios se revelam as diretrizes fundamentais da Administração, cuja conduta só poderá ser considerada válida se estiver com eles compatível.

Para Edmir Netto de Araújo,<sup>14</sup> por exemplo, os dois princípios fundamentais que decorrem da bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade (expressamente mencionado na Constituição, art. 5º, II) e da supremacia do interesse público sobre o particular (relaciona-se com a noção de potestade pública), de onde se construiriam todos os demais.

Convém repisar que o fato de a Constituição Federal ter dedicado um capítulo exclusivo à Administração Pública – Capítulo VII do Título III –, nele deixando expressos, no *caput* do art. 37, alguns princípios básicos a serem

<sup>12</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

<sup>13</sup> CRETELLA JÚNIOR considera os princípios aplicados ao Direito Administrativo como setoriais, para distingui-los dos gerais. *Apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

<sup>14</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

observados por todos os seus agentes de qualquer dos entes federativos, isso não significa que outros não estejam implícitos, reconhecidos e aceitos pelos publicistas.<sup>15</sup>

Será a partir desses entendimentos e tomando como suporte a Lei nº 9.784, em seu art. 2º – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal e traz os seguintes princípios do Direito Administrativo –, que passamos a analisar, em seguida: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, interesse público, eficiência, segurança jurídica (está altamente em moda).

## 2.1. Princípio da legalidade e da submissão da Administração Pública ao Direito

Devemos ser escravos das leis, a fim de que possamos ser livres.

Cícero

Dada a velocidade de transformação da sociedade, sobretudo nesse tempo em que vivemos, os conceitos clássicos do Direito são constantemente questionados. Esse contexto de mudanças torna-se propício ao surgimento de questões, tais como, o enfraquecimento do princípio da legalidade e o surgimento do *lobby*.

Estaremos, nesse item, percorrendo acerca do princípio da legalidade, desde sua origem histórica, seu conceito, sua situação atual e sua posição em relação ao *lobby*, expondo, assim, os efeitos positivos e negativos que este pode causar ao princípio da legalidade – nascido com o Estado de Direito e uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais.

### 2.1.1. Histórico

O princípio da legalidade é fruto da separação clássica de funções elaborada pelo filósofo francês Montesquieu.<sup>16</sup> Essa divisão institui três poderes distintos, cabendo a cada um deles uma das funções do Estado, isto é, a Administração fica a cargo do Poder Executivo, poder incumbido de executar as leis; a legislação é atribuição do Poder Legislativo, que deve elaborar as normas; e, por fim, cabe ao Poder Judiciário zelar para o cumprimento da ordem jurídica, a jurisdição.

A origem do princípio remonta à Magna Carta de 1215, documento imposto pelos barões ingleses que se preocuparam em limitar o poder do rei João Sem Terra. Seu sentido histórico decorreu da necessidade de se subordinar o governante, irresponsável no auge do Absolutismo, ao ordenamento jurídico, eliminando-se favoritismos e desejos pessoais. Substituiu-se a vontade individual do monarca pela geral, materializada na lei, elaborada pelos representantes do povo, na condução dos negócios públicos.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o princípio da legalidade aparece expressamente enunciado, sendo visto não mais como um meio de limitar o arbítrio do monarca, mas sim como um meio de eliminá-lo, uma vez que este deveria se submeter tão somente às normas elaboradas pelo Legislativo, o que eliminaria a obrigatoriedade de suas ordens (do Chefe do Executivo) enquanto não amparadas na lei.

No século XVIII, acreditava-se que os legisladores, por meio da “reta razão”,<sup>17</sup> descobririam os fundamentos do Direito Natural<sup>18</sup> e, a partir destes, elaborariam as leis positivas (Pufendorf). Assim, obrigatoriamente,

<sup>15</sup> Com o mesmo pensamento, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 85-86. Os princípios básicos da Administração Pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. As cinco primeiras estão expressamente previstas no art. 37, *caput*, da CF de 1988; e as demais, embora não mencionadas, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumeradas pelo art. 2º da Lei federal nº 9.784, de 29/12/1999. Essa mesma norma diz que a Administração Pública deve obedecer aos princípios acima referidos.

<sup>16</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>17</sup> JOLIVET, *op. cit.*, p. 389. “A ordem da reta razão. Todo dever concreto, isto é, que concerne a um caso particular, é um *juízo prático moral*, formulado como conclusão de um raciocínio baseado num princípio geral da lei natural ou positiva e que impõe uma obrigação. Este raciocínio pode ser simplesmente implícito, e ele o é, normalmente, nos casos em que a aplicação da lei moral ao caso concreto se faz sem dificuldade. Pode-se, por conseguinte, definir o dever como a *obrigação moral de fazer ou não fazer alguma coisa*.”

<sup>18</sup> JAPIASSU, Hilton. *Dicionário básico de filosofia*. 2ª ed., rev. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 74. “Direito Natural: aquele que resulta da natureza mesma do homem, superior a toda convenção ou legislação positiva, sendo inalienável. “Aquilo que se convencionou chamar de teoria do direito natural, ao lado do direito real, isto é, positivo, criado pelos homens e, por conseguinte, variável, um direito ideal, natural, imutável, que ela identifica como justiça [...]; ela considera a *natureza* como fonte de onde emanam as normas do direito ideal e justo. A natureza, a saber, a natureza em geral ou a natureza do homem em particular, desempenha o papel de autoridade normativa, isto é, formadora de normas” (Hans Kelsen). Assim, para os teóricos do Direito Natural, o Direito é o conjunto das leis necessárias, universais e imutáveis, deduzidas pela razão das coisas e que serviria de fundamento do Direito Positivo.

a legislação estaria de acordo com a natureza das coisas e, conseqüentemente, se confundiria com a justiça, ou seja, com o bem comum.

### 2.1.2. Conceito

O princípio da legalidade representa noção capital do Estado de Direito, sendo *bússola* norteadora da Administração Pública. Agasalha-o a nossa lei básica em vários dispositivos. Primeiramente, no art. 5º, II, ao dizer que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Noutro passo, eleva-o como ponto cardeal da Administração Pública no art. 37, *caput*, estando igualmente presente no art. 84, IV, *in fine*, ao condicionar o atributo regulamentar do Poder Executivo.<sup>19</sup>

Para que possamos entender esse princípio, devemos saber o significado de *lei*, já que ela é posta como elemento determinante da conduta humana. Entretanto, uma definição cabal do que seja lei é uma tarefa impossível, uma vez que depende de uma pergunta anterior, também sem resposta: O que é o direito? A matéria é inexaurível, dada a limitação do homem, mas é possível nos aproximarmos muito de um conceito razoável para compreendermos melhor essa importante realidade, quando diz Japiassu que, “em sentido geral, lei é a expressão de uma relação causal de caráter necessário, que se estabelece entre dois eventos ou fenômenos”.<sup>20</sup>

De Miguel Seabra Fagundes obtém-se que lei, no sentido formal, é “o ato jurídico emanado do Estado com caráter de norma geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva”.<sup>21</sup>

Para José Afonso da Silva, lei é a “expressão da vontade geral que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição”.<sup>22</sup>

Já a definição clássica de Montesquieu diz que “as leis, em seu sentido mais amplo, são relações necessárias, derivadas da natureza das coisas; e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis”.

Podemos dizer, ainda, que a lei é um instrumento da busca do bem comum, sendo este entendido, como ensina Miguel Reale, um processo incessante de composição de valores e interesses, tendo como base ou como fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica.<sup>23</sup>

A legalidade, como princípio da Administração (art. 37, *caput*, da CF), está sujeita aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.<sup>24</sup> A Administração Pública está adstrita ao cumprimento do princípio da legalidade, e não à sua vontade pessoal, não podendo, por exemplo, conceder benefícios e vantagens aos servidores senão na forma prevista em lei. Em contrapartida, em nível estadual, pelo simples fato de um funcionário público ter se aposentado, sem ter uma licença-prêmio não gozada, nem contada em dobro e averbada ao seu tempo de serviço para fins de aposentadoria, não lhe tira o direito de vê-la convertida em pecúnia, só assim ocorrendo em caso de falecimento do próprio – hipótese em que o valor é creditado em favor dos beneficiários da pensão, encontrando-se essa matéria já pacificada em nossos tribunais, até porque a Administração Pública é que não pode usufruir os recursos que são pertencentes aos seus servidores.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública, e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrevogáveis pelos agentes pú-

<sup>19</sup> JAPIASSU, *ibidem*, p. 148, a respeito do tema, temos o seguinte conceito: Legalidade (lat. *Medieval legalitas*) 1. Característica daquilo que está de acordo com a lei, ou que é regido por leis. 2. Observância exterior às leis, sem que isso corresponda a uma convicção ou a um respeito interno às mesmas. “Se a vontade se determina conforme a lei moral, mas não por respeito à lei, o ato terá legalidade, mas não moralidade” (Kant).

<sup>20</sup> JAPIASSU, *op. cit.*, p. 148.

<sup>21</sup> *Apud* SANTO, Leonardo Motta Espírito. Direito Administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (coord.). *Curso prático de Direito Administrativo*. 32. ed., rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 52). São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

<sup>23</sup> REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 6. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>24</sup> A EC 3201 permite ao Presidente da República expedir decretos autônomos somente nas hipóteses previstas no art. 84, VI, da Constituição. Pela dicção do aludido artigo, compete privativamente ao Chefe do Executivo dispor sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

blicos. Além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativas para dar plena legitimidade a sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativa no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública.

### 2.1.3. Situação atual

Aquele ato normativo que se enquadrasse na definição anterior não só seria uma lei, como também seria uma lei perfeita, uma vez que tanto materialmente, como expressão da vontade geral, quanto formalmente, enquanto elaborado dentro do devido procedimento legislativo, se caracterizaria como lei. No entanto, nós sabemos que essas “leis perfeitas” são uma “espécie rara”, uma das razões para o enfraquecimento do princípio da legalidade. Dentre as razões responsáveis por tal fenômeno, podemos destacar três, como veremos a seguir.

A primeira razão se deve ao aumento da atividade normativa por parte do Poder Executivo. O mundo moderno apresenta situações que exigem soluções demasiadamente rápidas da administração, impedindo que estas questões fiquem sujeitas ao procedimento legislativo ordinário, dada a morosidade natural e necessária deste. Isso faz com que, no caso brasileiro, o governo use e abuse das medidas provisórias e de suas constantes reedições (art. 62 da CF).

Ocorre que o princípio da legalidade não se coaduna com a edição de medidas provisórias com inobservância dos pressupostos constitucionais (relevância e urgência – art. 62 da CF). Há, por parte do governo, uma abusividade em relação à edição dessas medidas, o que gera uma hiperinflação normativa, que viola o próprio princípio da legalidade. Por isso a atividade da Administração Pública ser uma atividade apolítica, cuja carga política é prevista na própria lei que o Poder Legislativo elaborou para sua atividade. E é isso o princípio da legalidade.

No que tange à matéria, cabe um pequeno apêndice, acrescido com base na palestra do ministro Moreira Alves para os integrantes do Grupo de Direito Privado (em 19/10/1996): o instituto foi extraído do Direito italiano – *provvedimenti provvisori* – com o intuito de substituir o decreto-lei. Na Itália, entretanto, dado o regime parlamentarista, o gabinete tem responsabilidade política sobre o ato. Assim, quando este é derrubado pelo parlamento, geralmente cai também o gabinete. No Brasil, como temos o presidencialismo, o presidente pode edi-

tar quantas medidas quiser e, caso elas sejam derrubadas, ele não é diretamente responsabilizado.

A segunda razão reflete o distanciamento entre os parlamentares e a população, fruto de um descrédito generalizado em relação à classe política brasileira, que nunca foi vista com bons olhos pela população, pelo contrário, sempre foi identificada como um *conjunto de senhores* que, para não dizer outra coisa, são, no mínimo, de honestidade duvidosa. Uma piada do século XIX ilustra bem tal visão. Quando a corte portuguesa veio para o Brasil, em 1808, trazendo mais de mil pessoas, havia a necessidade de casas e prédios para a instalação da nobreza, o que levou D. João VI a desapropriar diversas construções no Rio de Janeiro. Os prédios desapropriados eram identificados com as iniciais “PR” pintadas à sua entrada. Oficialmente “PR” significava “Príncipe Regente”, mas, no dizer popular, e nos jornais da época, existiam pelo menos dois significados diferentes: Prédio Roubado, ou ainda Ponha-se na Rua.

O desinteresse pela política que o descrédito causa na população faz com que os cidadãos pouco se importem com a atividade política e, de certa forma, que a atividade política pouco se importe com os cidadãos, a não ser, é claro, no período eleitoral. Como as pessoas não pressionam seus representantes, esses não se preocupam em fazer valer seu poder legiferante perante o Executivo, que passa a ser o verdadeiro órgão legislador.

A terceira razão trata da questão “legalidade *versus* legitimidade”. Não tardou para que a identificação do justo com o legal acabasse, e se percebesse quão facilmente as leis podem ser injustas. As ditaduras têm suas leis, têm o chamado princípio da legalidade extraordinária, em que o último elemento que pode ser vislumbrado é o da justiça. A legalidade e a legitimidade não podem identificar-se senão quando a legalidade seja a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana.

### 2.1.4. Lobby e sua relação com o princípio da legalidade<sup>25</sup>

Antes de relacionarmos o *lobby* com o princípio da legalidade, convém esclarecermos o sentido da expressão, que deve ser entendida como a legítima defesa de interesses legítimos, perante os poderes públicos, de forma lícita e transparente, pelos mais variados grupos de interesse da sociedade. Essa defesa pode se dar das mais diversas maneiras, dentre as quais:

- reuniões com autoridades públicas a fim de divulgar informações necessárias ao correto entendimento das diversas matérias;

<sup>25</sup> *Apud* RODRIGUES, Augusto César Silva. O enfraquecimento do princípio da legalidade. Disponível em: <http://www.members.tripod.com/mbulgueroni>.

- participação em audiências públicas perante comissões do Legislativo e agências governamentais;
- auxílio aos parlamentares e demais autoridades públicas na redação de projetos de lei e regulamentos, além de lhes oferecer assistência e consultoria em matérias técnicas e jurídicas;
- apresentação de pareceres jurídicos ao Poder Judiciário, destacando argumentos que auxiliem nas decisões judiciais em casos particulares sobre a análise dos tribunais.
- Praticado dessa forma, o *lobby* é saudável para o fortalecimento do Estado de Direito e do princípio da legalidade, uma vez que, com a aproximação da sociedade civil à elaboração legislativa, levará a um maior comprometimento da mesma com as leis, e vice-versa, de tal forma que o descrédito popular em relação aos políticos diminuiria, assim como a legitimidade das normas aumentaria, uma vez que estas estariam mais intimamente ligadas ao bem comum.

Inegavelmente, para que a coletividade pudesse usar, gozar e dispor de sua propriedade, com absoluta segurança e paz, um instrumento mais potentado que possuíam, eram estabelecidas pela sociedade a que pertenciam.

Entretanto, o *lobby* no Brasil não é regulamentado e a sociedade civil brasileira ainda está a caminho da organização. Assim, não vivemos o *lobby*, propriamente dito, mas um jogo de pressões por parte de setores da sociedade, desde a Fiesp ao MST, que buscam colocar seus desejos particulares sobre os reais interesses da sociedade, levando-nos a um círculo vicioso em que o descrédito para com a classe política aumenta, e a legitimidade das leis diminui, já que estas não refletem os interesses da população.

Dessa forma, o princípio da legalidade, como tantos outros expressos no art. 5º da CF, está enfraquecido e precisa ser revitalizado. Isso, no entanto, não é tarefa fácil, pelo contrário, é um difícil trabalho que envolve vontade política e participação popular, bem como o estudo das dimensões dos enunciados estruturadores dos sistemas constitucionais.

*Lobbying is the skill of communicating your views to those who make decisions. The Parliamentarians are the decision makers for a country or state and they are lobbied by people all the time. Mostly those who lobby governments are those who make money out of government decisions.*<sup>26</sup>

Apesar de não haver regulamentação para o *lobby*, há um dispositivo no Regimento da Câmara que admite o registro de representação corporativa de nível superior, ou seja, confederações, havendo 62 registradas. Há também quatro projetos em tramitação, dentre eles o mais importante, do ex-deputado, ex-senador, ex-vice-presidente Marco Maciel, que tramita desde 1990.

A vontade política diz respeito à necessidade dos parlamentares em fazer valer o seu poder legiferante e, entre outras coisas, na regulamentação do *lobby*, como forma de realçar a legitimidade das leis. A participação popular está intimamente ligada às cobranças que a população pode e deve fazer de seus representantes, exigindo do Legislativo o cumprimento de sua missão legiferante, e por meio da organização da sociedade, da formação de grupos de pressão, realmente legítimos, algo que ainda é incipiente em nosso país.

Sobre o princípio da legalidade, então, podemos concluir que ele nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, uma vez que a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício dos mesmos.

O princípio da legalidade é, portanto, o princípio capital no Direito Administrativo, o mais importante do regime jurídico-administrativo, porque a lei é sua única fonte primária, ficando toda a atividade administrativa sujeita aos seus mandamentos, deles não se podendo afastar, sob pena de ofensa ao próprio princípio da legalidade. Ele representa, para a Administração Pública, exatamente o inverso do que diz o art. 5º, II, da Constituição Federal, em relação ao direito de liberdade dos indivíduos em face do Estado, ou seja, a Administração só pode fazer ou deixar de fazer algo se houver expressa previsão legal, e dentro de seu limite, resguardando, assim, a segurança jurídica, a isonomia e o princípio democrático.

Recentemente, por ofensa ao art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal, o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio Grande do Sul, de iniciativa parlamentar, que instituía o Museu Gaúcho, por ser uma norma exclusiva de iniciativa do Chefe do Executivo, sendo, inclusive, indelegável.<sup>27</sup>

Destarte, qualquer ação estatal, sem o correspondente amparo legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação, pois a eficácia de

<sup>26</sup> "Lobby é a habilidade de comunicar opiniões àqueles que tomam decisões. Os parlamentares são aqueles que tomam decisões em nome de um país, ou estado, e são alvo de lobby contínuo. A maior parte daqueles que fazem lobby junto ao governo são aqueles que lucram com as decisões governamentais." Trecho do texto "Getting the government you want through lobbying". Disponível em: <http://www.essere.com.br>.

<sup>27</sup> STF, ADI 2302, INF. 416.

toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei, o que significa dizer que, na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal, e só é permitido fazer o que a lei autoriza. Assim sendo, desde que haja previsão legal, pode a Administração Pública, por exemplo, recolher todos os loucos que estão andando na rua e interná-los em hospitais públicos.

Entretanto, em outras situações, como aquela em que certa Secretaria de Estado resolve renovar sua frota de veículos usados, dando-os como parte de pagamento dos automóveis zero quilômetro, o administrador não pode desempenhar o papel de empresário, ou seja, está ele impedido de fazer esse tipo de negócio. Isso porque a Administração, obrigatoriamente, terá que realizar o procedimento licitatório, visando a vender os veículos velhos, até porque não há, na lei de licitação (Lei nº 8.666/1993), artigo algum autorizando a junção da venda e compra simultaneamente, nela não prescrevendo esse tipo de jogada (princípio da legalidade estrita). Como o administrador só pode fazer aquilo que estiver previsto em lei, logo, estará ele se desviando do princípio da legalidade, caso assim proceda.

Observamos, também, que o princípio da legalidade tem conteúdo *objetivo e subjetivo*, ou seja, na *legalidade objetiva* a Administração Pública tem obrigação de ser coerente com a lei, o que implica sentido objetivo, independentemente de lesão a outro direito para que seja considerado ilegal. Apenas pelo fato de desatender a lei, já é ilegal, ferindo o interesse público, mesmo que não lese direito de alguém. Por exemplo, um excelente promotor de justiça, mas cujo diploma de bacharel seja falsificado, será afastado, independentemente de sempre ter exercido corretamente a função. Em relação a seus atos, tais como prender criminosos, estes não serão soltos devido ao interesse público. Nesse caso, será nomeado outro promotor para ratificar (ou não) seus atos. Então, pela legalidade objetiva, a Administração Pública independe de qualquer lesão subjetiva a direito ou interesse para desfazer o ato. A simples desconformidade desse ato com o texto legal já faz o ato perder interesse público, mesmo que o ato não esteja causando lesão.

Já a *legalidade subjetiva* é o que a Administração Pública exerce quando há lesão de um direito individual. Nesse caso, o indivíduo se dirige à Administração Pública, provocando a autotutela. A vantagem é que não precisa ir ao Judiciário. Esse indivíduo estará exercendo seu *direito de petição*, garantido pelo art. 5º, XXXIV, do texto constitucional. Trata-se, então, do controle subjetivo da ilegalidade que, além de estar em desconformidade com a lei, ainda causa lesão a direito.

A submissão da Administração Pública não é apenas à lei em sentido estrito, mas à legalidade entendida

também como um conjunto de princípios em sintonia com a teleologia constitucional. Segundo Juarez Freitas, pensar o Direito simplesmente como um conjunto de normas seria subestimar, de forma danosa, a complexidade e riqueza do fenômeno jurídico-administrativo.

Em nossa Constituição encontramos o princípio da legalidade estabelecido nos seguintes artigos:

- art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – onde se exige do administrador público fazer apenas o que a lei e o Direito permitirem ou obrigarem;
- art. 5º, IX e XI: estão relacionados ao princípio da liberdade democrática e ao da proteção da dignidade da pessoa humana, e impõem limites à atividade estatal;
- art. 5º, LXIX: refere-se ao mandado de segurança;
- art. 37, *caput*: estabelece os princípios aos quais a Administração Pública deve obediência – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;
- art. 37, VII: no caso da definição dos limites do direito de greve a ser exercitado pelo servidor público civil;
- art. 37, XIX e XX: impõem uma restrição à discricionariedade, através da exigência constitucional de que somente por lei específica possam ser criadas empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias ou fundações públicas, assim como a criação de subsidiárias;
- art. 70: disciplina sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, mediante controle externo e por intermédio do sistema de controle interno de cada poder;
- art. 84, IV: quando trata da competência do Presidente da República para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
- art. 186: ao tratar de dar eficácia plena a dispositivos, como os que definem a função social da propriedade.

Nesse sentido, a Administração necessita de lei para atuar, ela não pode emitir um ato e dizer, concretamente, que o interesse público está sendo ferido. Se não há lei, não vai poder atuar. O Poder Judiciário vai proibir isso por ilegalidade, por inexistência de lei que o permita.

Não passa disso o princípio da legalidade; ele se submete à Administração de ofício, não sendo necessária a provocação de qualquer interessado para mostrar a ela a inexistência de lei, posto que ela tem a obrigação de conhecê-la. E, exatamente pela atuação fora do limite da lei, é que veremos casos de abuso de autoridade, vício do elemento competência.

Nesse caso, é importante darmos uma lida – com olhos de Direito Administrativo – na Lei nº 4.898/1965,

nos tipos de abuso de autoridade. Seu art. 4º configura, diante do princípio da legalidade, o extravasamento do elemento competência de determinados agentes públicos, claro que não em todos os tipos, mas em geral os tipos mostram isso, tanto que o art. 9º diz que o lesado pelo crime de abuso de autoridade pode promover a responsabilidade administrativa de quem praticou esse crime, independente da responsabilidade penal, que também constituirá um ilícito administrativo.

Por fim, é importante frisar que o *Estado de Direito* está ligado à *legalidade* e o *Estado democrático*, à *legitimidade*, ou seja, deve-se respeitar o limite do razoável. Hipoteticamente, o prefeito resolve desapropriar visando a construir aeroporto para discos voadores a fim de incentivar o turismo. A Lei Geral da Desapropriação prevê a desapropriação para construção de pista de pouso. Mas, no caso hipotético, o ato é legal, não sendo legítimo, por ter ferido a razoabilidade.

O Brasil adotou o princípio da jurisdição una ou única, de acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e, sendo assim, não há falar em coisa julgada administrativamente. A denominada coisa julgada administrativa, na verdade, é apenas uma preclusão de efeitos entre as partes, sem o alcance da coisa julgada judicial. Por isso não atinge nem afeta situações ou direito de terceiros que não participaram do procedimento administrativo, limitando os seus efeitos ao caso apreciado. Logo, coisa julgada só se faz materialmente e formalmente no judiciário.

Os institutos diferenciam-se pois a coisa julgada administrativa assume sentido diferente da coisa julgada judicial, primeiramente porque a coisa julgada é a própria função jurisdicional do Estado, através da qual sua prestação torna-se irretratável quando definitivamente entregue.

O Poder Judiciário, quando no exercício de sua função, atua como terceiro estranho à lide, formando uma relação de três lados, na qual envolve, ainda, o autor e o réu. O Juiz, assim, não é parte na relação a ser decidida. A função é imparcial e, quando da produção da coisa julgada, é definitiva.

Conforme lição de Hely Lopes Meirelles, a denominada coisa julgada administrativa é, na verdade, apenas uma preclusão de efeitos internos, não tendo o alcance da coisa julgada judicial pois o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário.<sup>28</sup>

Sendo assim, a coisa julgada administrativa significa a situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não pode mais sofrer alteração na via administrativa.

Há algumas discussões interessantes que tangem o tema, como a possibilidade de a Fazenda Pública acionar o Poder Judiciário para reverter decisões administrativas que lhe foram desfavoráveis.

Grande parte da doutrina defende posição no sentido de que as decisões administrativas em matéria tributária vinculam a Administração Pública quando opostas aos interesses da Fazenda, por esta ter se dado através de seus instrumentos institucionais.<sup>29</sup>

Eduardo Botallo, argumenta que:

“as decisões administrativas em matéria tributária se apresentam, assim, em relação aos contribuintes, com feições distintas daquelas de que se revestem perante a própria Administração. No que diz respeito aos primeiros, tais decisões são sempre passíveis de revisão perante o Judiciário, quanto a esta, ao contrário (...), tais decisões são definitivas na medida em que geram, em benefício dos contribuintes, direitos subjetivos”.

<sup>28</sup> O autor acrescenta ainda que falta ao ato administrativo aquilo que os publicistas norte-americanos chamam *the final enforcing power* e que pode ser traduzido como poder conclusivo da justiça comum. É importante que não se confunda ato jurisdicional com ato judicial. Jurisdição é a atividade de dizer o direito, de decidir sua esfera de competência. Tanto decide o Judiciário como o Executivo e até o Legislativo, quando interpretam a lei. Portanto, todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de decidir com força de coisa julgada, definitiva e irreformável por via recursal ou por lei subsequente. Há, desta forma, coisa julgada administrativa e judicial, inconfundíveis entre si.

Citando Araújo Falcão, o autor faz a seguinte observação: “mesmo aqueles que sustentam a teoria chamada *coisa julgada administrativa* reconhecem que, efetivamente, não se trata, quer pela sua natureza, quer pela intensidade de seus efeitos, de *res judicata* propriamente dita, senão de um efeito semelhante ao da preclusão, e que se conceituaria, quando ocorresse, sob o nome da *irretratabilidade*”.

De fato, como explica o professor, o que acontece nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a *irretratabilidade* do ato perante a própria Administração. É sua imodificabilidade na via administrativa com fim de estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público. Essa imodificabilidade não é efeito da coisa julgada administrativa, mas é consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial.

<sup>29</sup> Dados extraídos do site [www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br).

Desta forma, esta corrente admite para tais casos a chamada coisa julgada administrativa em matéria fiscal. Este posicionamento é, porém, questionado por aqueles que entendem que a Carta Magna autoriza a postulação ao Poder Judiciário contra qualquer ato jurídico praticado por autoridade administrativa.

Fundamentam-se, ainda, tais doutrinadores em que a posterior apreciação pelo Poder Judiciário das decisões tomadas pela Administração é uma decorrência lógica da separação dos Poderes, cabendo à função jurisdicional controlar e revisar, em caráter definitivo, os atos e decisões da Administração, independentemente de terem estes sido favoráveis ou não à Fazenda Pública. Os órgãos administrativos julgadores decidem conforme a legalidade, mas no Ordenamento Jurídico brasileiro não há qualquer hipótese concreta de coisa julgada no âmbito administrativo.

Assim é que, para Rubens Gomes de Souza, cabe ao Poder Executivo reabrir o debate na esfera judicial, “a quem compete a última palavra na preservação da plenitude da Ordem Jurídica”, fazendo-se necessário, para tal, apresentar o erro de direito na decisão da Administração.

Em contrapartida, o entendimento de José Eduardo Soares de Melo é de que não pode ir a Fazenda à juízo requerer a anulação da decisão que lhe foi contrária vez que se trata de matéria vinculada que não pode ficar adstrita à conveniência do Poder Executivo, constituindo-se violação ao princípio da moralidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, pelo fato de que desprestigiaria a legitimidade do Processo Administrativo.

Na mesma linha, Sacha Calmon Navarro Coelho entende que ninguém pode ir a juízo contra ato próprio por falta de interesse de agir. Afirma, assim, que “a decisão administrativa definitiva, contra a Fazenda Pública extingue a obrigação tributária. Argumenta, por fim, que “inexiste no direito brasileiro ação anulatória de ato administrativo formalmente válido praticado pela Administração sendo ela própria autora”.

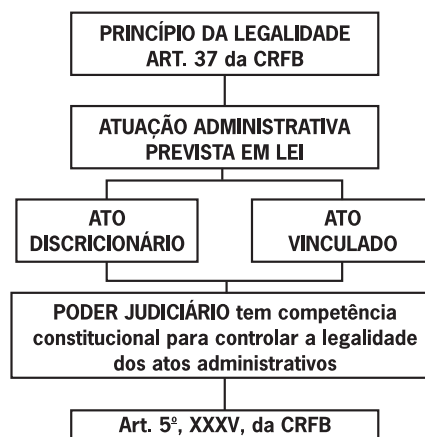
Plínio José Marafon defende a impossibilidade, alegando que, a contrário senso, estar-se-ia atribuindo ao Judiciário o poder de lançar o tributo, posto que o lançamento original já teria sido cancelado pela autoridade administrativa competente para tal, segundo art. 142 do CTN.

Favorável à possibilidade de a Fazenda Pública ir à juízo para requerer anulação de decisão administrativa, Dirceu Antonio Pastorello entende que o recurso é válido quando: houver manifesta ilegalidade no julgamento;

for proferida decisão contra orientação uniforme, mansa e pacífica do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; houver prova robusta de desvios éticos de comportamento dos julgadores que tenham influído na desoneração do contribuinte (Fernando Facury Scaff e Helenilson Cunha Pontes também possuem tal entendimento).

Marco Aurélio Greco e Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho entendem que se houver total independência e desvinculação entre os órgãos da Administração Pública e as chefias dos órgãos públicos, com a impossibilidade ou falta de previsão legal de recursos hierárquicos, nesse caso poderia a Fazenda Pública ingressar no Poder Judiciário para pleitear a anulação da decisão administrativa contra ela proferida. Caso contrário, quando decisões de órgãos administrativos estão sujeitas à revisão das altas autoridade do Poder Executivo (Presidente da República, Governador, Prefeito, Ministro ou Secretário de Estado etc.) por via de recurso hierárquico ou avocatória, não estaria presente o interesse processual de a Fazenda ir a juízo.

#### Esquema:



## 2.2. Princípio da impessoalidade

Por outro lado, para que haja a verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.

*José dos Santos Carvalho Filho*



O princípio da impessoalidade visa a dar tratamento igual aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica.

O que quer dizer *impessoalidade*? Justamente a característica de não pertencer a uma pessoa em particular, ou seja, aquilo que não pode ser aplicado, especialmente, a pessoas determinadas; é uma característica genérica da coisa que não pertence a pessoa alguma, e é isso que a atividade da Administração Pública deve fazer: destinar-se a todos os administrados, à sociedade em geral, sem determinação ou discriminação de qualquer natureza, até mesmo por força do princípio da isonomia, não cabendo sua atividade, portanto, beneficiar esta ou aquela pessoa ou empresa.

Logo, para que haja verdadeira impessoalidade, é dever da Administração atender exclusivamente ao interesse público, sua finalidade direta e primeira. É isso que diz o princípio da impessoalidade.

Destarte, o princípio da impessoalidade nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, pois impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal, e o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica, expressa ou virtualmente, como objetivo do ato, de forma impessoal. A partir do momento que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros, embora possa, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo, vedando a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob forma de desvio de finalidade.<sup>30</sup>

Nesse diapasão, destacamos o caso do agente político que, no último ano de seu mandato, sem a devida autorização legal, permitiu o uso de bens imóveis públicos, beneficiando algumas entidades e vários particulares, que lá construíram suas sedes e inúmeras moradias, não levando em conta que tais áreas seriam destinadas, futuramente, à construção de postos de saúde, hospitais e escolas, o que

inviabilizou, conseqüentemente, tais empreendimentos de interesse público. A conduta desse agente, sem dúvida, revelou a inobservância dos princípios da legalidade, impessoalidade, finalidade, moralidade e da supremacia do interesse público, sendo suficiente para caracterizar desvio de finalidade, além de improbidade administrativa, pelo inegável prejuízo ao erário que veio aquela irregularidade a causar. Com efeito, essa conduta privilegiou apenas uma parcela reduzida de pessoas em detrimento do interesse público maior, ou seja, é manifesto o desvio de finalidade na medida em que buscou, mediante ato administrativo (decreto), fazer entrega de bens públicos por tempo indeterminado e gratuitamente, sem que houvesse qualquer resquício de interesse público.

Assim, repisando o assunto, o princípio da impessoalidade determina que a única motivação primária da atividade administrativa é o interesse público, definido em lei, o qual, para atender à coletividade, e não a uma pessoa determinada ou a um grupo específico, obriga a Administração a tratar igualitariamente todos os indivíduos com os quais se relacione. Pode-se dizer, então, que o princípio em destaque é a clarificação do princípio constitucional da isonomia, embora implícito, até porque, se “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), também o são perante a Administração Pública (art. 3º da Lei nº 8.666/1993). Dessa forma, têm-se como exemplos de sua materialização, dentre outros, a necessidade de concurso público para a escolha de servidores e empregados públicos (art. 37, II, da Constituição Federal), assim como a exigência de licitação para a escolha das pessoas que irão celebrar contratos com a Administração Pública (art. 37, XXI, do texto constitucional), valendo acrescentar, também, os casos precatórios, pois não se pode escolher a quem pagar.

Em síntese, não se pode *favorecer* ou *prejudicar* uma determinada pessoa por critérios subjetivos. Se o critério for objetivo, isso naturalmente pode ocorrer, não acarretando violação ao princípio da impessoalidade.

Um exemplo típico está contido no art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, que veda a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável”. Por tal razão, o Supremo Tribunal Federal vetou uma lei estadual, por exigir que a empresa para participar do certame licitatório, deveria ter sua sede no Estado contratante.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> “Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Caráter sigiloso da entrevista. Art. 37 da Constituição Federal de 1998, princípio da impessoalidade. Violação. Viola o princípio da impessoalidade a avaliação psicológica de candidato a concurso público realizada em caráter subjetivo e sigiloso, sujeita única e exclusivamente ao arbítrio do examinador.” (STJ, REsp 27865/DF, Rel. Min. William Patterson)

<sup>31</sup> STF, ADI 3.583.

Não é admissível a escolha de critério arbitrário, visando beneficiar algum fornecedor ou fabricante. É indispensável o interesse público, pois é este que vai indicar ou não a necessidade de fazer menção à aludida exigência. Deve-se evitar, em razão do princípio da isonomia, base do procedimento licitatório, a frustração do caráter competitivo. Na medida do possível, deve a Administração Pública manter o maior universo de interessados.

Se qualquer das vedações previstas for ignorada e o procedimento licitatório for maculado, dever-se-á apurar a responsabilidade do agente administrativo que poderá sofrer sanções administrativas e penais.

O Administrador Público que não procede à averiguação de responsabilidade passa à condição de conivente, ficando suscetível de enquadramento no delito de prevaricação, conforme previsão do art. 319 do Código Penal:

*“Art. 319 – Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”*

Também o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, conforme abaixo transcrito, dispõe sobre a responsabilidade do Estado pelos atos praticados por seus agentes:

*“Art. 37 (...)*

*(...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.*

Em homenagem ao princípio da impessoalidade, as questões de concursos públicos sendo anuladas em virtude de estarem incorretas as suas formulações, causando a alteração de notas e, via de consequência, na classificação dos candidatos, tais questões anuladas vão atingir indiscriminadamente todos os participantes, alterando a nota para todos os participantes.

Equivocado seria o entendimento da Administração Pública se anulasse determinada questão e somente considerasse o equívoco em benefício do candidato que a tivesse reclamado. Portanto, verificado o erro na formulação das questões, a Administração as corrigiu, pois, caso contrário, seria legitimar o equívoco e possibilitar que os candidatos com menor conhecimento fossem aprovados em detrimento de outros, mais aptos e mais preparados.

Em sendo assim, obviamente que, atribuindo a pontuação exclusivamente ao reclamante, estariam sendo feridos os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Importante também é ressaltar que o princípio da impessoalidade se encontra demonstrado internamente, ou seja, na própria gestão administrativa, quando o art. 37, § 1º, da CF/1988, dispõe que atos de propaganda oficial de governo, como programas, obras, serviços e campanhas devem ter *caráter educativo, informativo ou de orientação social*, mas que dessa publicidade não podem constar *nomes dos governantes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal*, podendo ser colocado, quando muito, por exemplo, “obra patrocinada pelo governo do estado”, donde se conclui que, além de legal e moral, o ato administrativo deve ser também impessoal, sendo vedada, portanto, a publicidade por parte da entidade pública que implique promoção pessoal de autoridades ou servidores.

Logo, o administrador não poderá se *autopromover* com seus atos, mesmo em caráter educativo, informativo.

O art. 37, § 1º, biparte-se: a) “a publicidade dos programas devem ter caráter educativo”; b) “não podendo constar nome/símbolo/imagens”. Isso é uma proibição porque a Constituição entendeu que incluir nomes/símbolos/imagens não é nada educativo. Há uma presunção da Constituição nesse sentido, pois o ato é do Estado e não de um determinado governo. Estado é diferente de governo. O Estado tem força permanente; o governo é algo passageiro. Então, se o ato de inauguração, por exemplo, de prédio ou ponte, é ato do Estado e não do governo, como é que se pode admitir que o governo se promova? O governo tem a força de meramente gerir o patrimônio público e não de se autopromover.<sup>32</sup>

Dessa maneira, toda quebra desse princípio significará um *desvio de finalidade*, que se verifica quando o agente pratica o ato visando a um fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (art. 2º, parágrafo único, alínea e, da Lei nº 4.717/1965), ou seja, embora o interesse pessoal seja legítimo, o interesse público prevalece. Como exemplo, temos o caso do sujeito idoso, míope, que requer porte de arma por medo de ser assaltado, uma vez que sua atividade é de risco. Seu interesse é legítimo, mas não preenche os requisitos para porte de arma, que defende o interesse público, pois seria arriscado um sujeito míope e sem prática portar uma arma. Se preenchesse os

<sup>32</sup> “Ação popular. Utilização slogan. “União por Eldorado” símbolo do arco-íris estilizado às expensas do erário público. Marca personalizada do ex-prefeito enquanto candidato. Impessoalidade da marca da Administração. Sentença de procedência mantida. Recursos não providos.” (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, A. Civ. nº 200.305-5/9-00. Eldorado Paulista/SP, Rel. Des. Peiretti de Godoy)”

requisitos, teria o porte, pois seu interesse seria coerente com o interesse público.

Mais outro exemplo é a desapropriação, que só pode ter por intenção o atendimento do interesse público, ou seja, não pode ser por motivos pessoais, como vingança. Se isso ficar provado, o decreto expropriatório é nulo. A predestinação caracteriza o desvio de finalidade em matéria de desapropriação.

Na essência, o princípio da impessoalidade significa o tratamento que a Administração Pública deve proporcionar a todos os cidadãos, abolida qualquer concessão de privilégio a quem quer que seja.

**Importante:** a responsabilidade do Estado pela prática de ato lícito tem como fundamento o princípio da impessoalidade; o ato lícito poderia recair de forma desigual para a coletividade, a exemplo do Município do Rio de Janeiro, que resolve transformar várias ruas do centro em calçadas, cujos pedestres ficariam felizes; porém, o mesmo não aconteceria com os proprietários de postos de gasolina, edifícios-garagem etc. O ato do Município seria lícito, mas ferindo a impessoalidade, trazendo um tratamento anormal para poucos em prol de toda a coletividade. Seria uma responsabilidade do Estado pela prática de ato ilícito.

Outro exemplo típico seria a criação, por lei, de áreas de proteção ambiental em que o proprietário não pode mais explorá-las. Embora seja ato lícito, o Estado será responsabilizado por sua prática, pois a impessoalidade foi ferida. Nesse sentido, aliás, já há inúmeras jurisprudências do STJ favoráveis aos proprietários, sendo conveniente acrescentar que o mesmo tratamento se dá com o instituto do tombamento, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal decidido, por inúmeras vezes, que, se o tombamento gerar o esvaziamento econômico da propriedade, haverá direito à indenização.

O princípio da impessoalidade, por outro lado, admite atenuações; por exemplo, a possibilidade de im-

posição de limite de idade e sexo, para concorrer a concurso público, é sempre tormentosa. Não se havendo de ignorar, como regra, que os cargos públicos são acessíveis àqueles que preencham os requisitos estabelecidos em lei (CF, art. 37, I). O tema, realmente, está a merecer reflexão, tal como vem sendo tratado. De um lado, destaque-se a regra do art. 7º, XXX, da CF, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 3º (redação da EC 19/98), que veda qualquer tipo de discriminação por motivo de idade, no processo de admissão a cargo ou emprego público, muito embora possa a lei estabelecer critérios diferenciados quando a natureza do cargo o exigir.

Daí caminharem juntas, doutrina e jurisprudência, firmando como princípio o critério da razoabilidade objetiva, isto é, se razoável a limitação de idade para o provimento do cargo, considerando as suas necessidades e peculiaridades, o limite exigido pode ser tolerado. Caso contrário, não.

Existe concurso, como para acesso a carreira militar, em que a limitação de idade estabelecida em lei mostra-se razoável, em função das peculiaridades da atividade militar, especialmente a exigência de vigor físico diferenciado.

Portanto, não pode o concurso público para o cargo de motorista, por exemplo, estabelecer limite de idade desnecessariamente. O limite mínimo de idade imposto por lei para ingresso em cargo público justifica-se apenas se a natureza das atribuições do cargo a ser preenchido impuser tal exigência.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram-se no sentido da adoção do princípio da razoabilidade, levada em consideração a natureza do cargo pretendido, a situação do candidato e a sua faixa etária.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> É legítimo o Estado limitar a idade para ingresso na carreira militar, pela natureza da função e as atividades a serem desempenhadas, previstas nas normas estaduais e sem restrições constitucionais. Isso foi o que entendeu a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Mato Grosso ao negar o pedido de um homem de 28 anos para prestar a prova do Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso, que se limitava a candidatos com até 25 anos.

O Estado entrou com agravo no TJ-MT contestando a liminar que permitia a inscrição de um homem de 28 anos, ultrapassando o limite permitido. Argumentou que o requisito limitador da idade para o concurso estaria de acordo com a Constituição Federal. Segundo o desembargador Guiomar Teodoro Borges, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do TJ-MT dispõe que a lei ordinária pode, desde que pautada no princípio da razoabilidade, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, empregos e cargos públicos. Borges deu destaque à Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a licitude do limite de idade quando for justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Para ele, as regras prevista na legislação em questão se enquadram nos limites razoáveis. Ele também apontou o art. 11 da Lei Complementar 231/2005 — Estatuto dos Militares do Estado de Mato Grosso — que estabelece como “requisitos para ingresso nas carreiras militares: (...) II — estar, no mínimo, com dezoito e, no máximo, com vinte e cinco anos”.

É constitucional impor limite máximo de idade em concurso público. O entendimento é do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Os ministros declararam inconstitucional dispositivo da Constituição do Piauí que proíbe limitar a idade para quem quer prestar concurso público no Estado.

Outro exemplo de restrição ao mencionado princípio seria a nomeação para cargo de confiança. Os cargos de provimento em comissão são aqueles de ocupação transitória. Os seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante, por isso são também chamados de *cargos de confiança*.

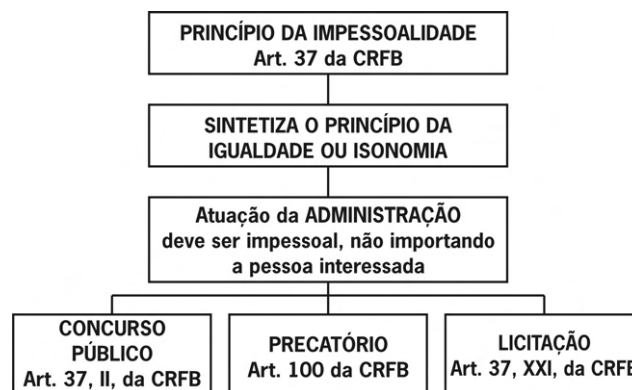
A nomeação do agente para o cargo em comissão independe de aprovação prévia em concurso público, embora se possam fazer, por lei, outras exigências, tais como idade mínima (como ocorre com os Ministros de Estado, que devem ter mais de vinte e um anos), pleno exercício dos direitos políticos, quitação com as obrigações militares e eleitorais, aptidão física e mental para as atribuições do cargo, nível de escolaridade necessária ao exercício do cargo, entre outros.

A remoção do servidor, apresentadas nos incisos do parágrafo único do art. 36, Lei nº 8.112/1990, as modalidades de remoção variam entre si em função dos motivos que as ensejam, isto é, são determinadas pelo interesse da Administração, não constituindo-se hipótese de se dar como medida punitiva, sob pena de nulidade do ato administrativo. Trata-se, portanto, de mais um exemplo ilustrativo em que o princípio da impessoalidade não foi ferido.

Aspecto interessante acerca deste regime jurídico é que o instituto da remoção evidencia a natureza eminentemente administrativa, que enfatiza a noção hierárquica na sua operação. Isto porque os agentes administrativos, servidores federais, estaduais, distritais ou municipais, devem obediência às determinações da administração superior, não gozando da garantia jurí-

dica da inamovibilidade, própria dos agentes políticos, ou seja, das autoridades públicas, que são removidas por razões e procedimentos distintos daqueles operados para os agentes administrativos subalternos. Portanto, não há falar em desvio de poder quando uma remoção *ex officio* de um servidor público é realizada em razão da conveniência da Administração Pública, ressalvando-se, contudo, que o servidor público tem o direito de não ser removido em período eleitoral.

Esquema:



### 2.3. Princípio da moralidade e da probidade administrativa

O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo, mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse público.

Gildásio A. Mendes Filho e  
William Douglas R. dos Santos

A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo governador do estado. A ação atacava o art. 54, inciso VI da Carta piauiense que, segundo alega o governador, viola seu poder de iniciativa, ao vedar a fixação de limites para o provimento de cargos, empregos e funções públicas.

De acordo com a proposta, a Constituição Federal (art. 37, inciso I) reserva à lei ordinária, de iniciativa privativa do governador, a disposição sobre requisito como a idade para o preenchimento de cargos, empregos e funções públicas.

A relatora, ministra Ellen Gracie, citou que outros dois julgados da Corte (ADIs 243 e 1.165) se assemelham ao caso. "Em ambos os precedentes o Supremo asseverou que os estados-membros exercitam seu poder constituinte na estrita observância dos princípios e limitações impostos pela Constituição Federal", disse a ministra.

Segundo ela, o Supremo constatou, ainda, que as normas, ao vedar a estipulação de um limite máximo de idade para ingresso no serviço público, refletiram a pretensão das assembleias envolvidas de legislar sobre o provimento dos cargos públicos. O Tribunal, conforme Ellen Gracie, concluiu ter havido uma indevida intervenção por parte dos legislativos locais, uma vez que pelo disposto no art. 61, § 1º, inciso II, alínea "c", da CF, a iniciativa de leis que disponham sobre servidores públicos, tanto no âmbito da União quanto dos Estados, é da competência do Poder Executivo.

A ministra se manifestou pela procedência da ADI, entendendo que na hipótese há a mesma inconstitucionalidade formal reconhecida nos precedentes mencionados. "Note-se que os precedentes apontados, os dispositivos declarados inconstitucionais também estavam imediatamente precedidos de advertência quanto à inafastável submissão da administração ao princípio da legalidade e nem por isso deixou esta Corte de considerar que os preceitos atacados, indo mais além, cercearam a atividade legislativa concernente ao provimento de cargos na qual deve ser respeitada a iniciativa do chefe do Executivo", disse.

Assim, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 54, inciso VI da Constituição do Piauí, vencido o ministro Marco Aurélio.

### 2.3.1. Introdução

Moral, como se sabe, é algo mais fácil de ser sentido do que propriamente definido. Trata-se de conceito eminentemente variável, que sofre acréscimos, ajustes e supressões conforme os critérios de ordem sociológica vigentes no meio em que se desenvolve sua análise, que variam de acordo com os costumes e padrões de conduta delimitadores da ética que alicerçam um determinado grupo social, e que se adaptam com o passar do tempo. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal, apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção.<sup>34, 35</sup>

Com o evoluir das relações sociais e a paulatina harmonização dos interesses dos agrupamentos humanos, foi inevitável a formulação de conceitos abstratos, os quais condensaram, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência social, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribuiu para a manutenção do bem-estar geral. A moral representa o elemento aglutinador de tais concepções, podendo ser concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o Bem e o Mal.<sup>36</sup>

A partir dos sentimentos auferidos no campo moral, é possível delinear e nortear a regra de direito. Com a moral, tornou-se possível identificar e proteger os que estão de boa-fé e, na outra vertente, castigar os que agem com malícia, perseguindo a fraude. Apesar disto, observa-se que nem sempre a moral se exterioriza como mero elemento que serve de introdução da ciência jurídica. Não raras vezes, a regra moral penetra no mundo jurídico e, com o auxílio do poder de coerção estatal, torna-se uma regra obrigatória de conduta. Nas palavras de Georges Ripert:

O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa; o dever de prestar assistência ao próximo poderá chegar à consagração legal?<sup>37</sup>

Por certo, uma resposta positiva a esse questionamento, pouco a pouco, vai se delineando, podendo-se mencionar, à guisa de ilustração, o preceito constitucional que impõe à sociedade o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação etc. (art. 227, *caput*, CF/1988). Não seria esse um caminho adequado a uma larga interpenetração da moral na regra de Direito e, consequentemente, uma forma de construir “uma sociedade livre, justa e solidária”, conforme preconiza o art. 3º, I, da Constituição?

<sup>34</sup> Oportuna a observação de Lucas Rocha Furtado: “Este contexto mudou quando o Conselho Nacional da Justiça, por meio da Resolução nº 7/2005, vedou a nomeação de parentes para cargo em comissão em todo o Poder Judiciário – inclusive no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados em que, salvo honrosas e raras exceções, em razão da ausência de lei proibitiva, imperava o nepotismo –, e o STF, ao apreciar a ADIn nº 3.617/DF, julgou legítima mencionada resolução independentemente de expressa previsão em lei. Deve ser mencionado que tão ou mais reprovável que a nomeação direta de parentes são as operações (casadas), tão comuns no serviço público e, infelizmente em tribunais judiciários. Nessas operações, para fugir aos mecanismos de fiscalização, o dirigente nomeia parente de dirigente de outro órgão, e vice-versa. Em boa hora, a Resolução nº 7/2005 do CNJ igualmente vedou essa possibilidade (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 104).

<sup>35</sup> No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União Acórdão nº 586/2005, Plenário: deliberação que negou provimento a agravo interposto contra medida cautelar que suspendeu pagamento de pensão instituída por avó em favor do neto. Trecho do Voto condutor: “A busca da guarda de netos, menores de 21 anos, por avós, sequiosos de prolongar a percepção do benefício econômico-financeiro, configurado nas pensões pelas respectivas famílias, ostenta evidente conteúdo antissocial, nitidamente ofensivo ao *princípio da moralidade administrativa*. Entendo, pois, absolutamente dissonante com os princípios que orientam o ordenamento jurídico, bem como com suas regras básicas, o comportamento consistente na obtenção judicial da guarda de menores por avós, com o objetivo final de deixar-lhes a pensão. Nesses termos, saliento que a pensão não é herança, dela discrepando tanto na definição legal, como nos objetivos que alberga.”

<sup>36</sup> As relações do Direito com a moral são tão antigas quanto polêmicas, noticiando Diogo Figueiredo Moreira Neto que: “O estudo dessas relações, desde logo encontramos o magno problema da distinção entre os dois campos, da Moral e do Direito, e, destacadamente, duas geniais formulações: primeiro, no início do século XVIII, de Cristian Thommasius, e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant. Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: a Moral (caracterizada pela ideia do *honestum*), a Política (caracterizada pela ideia do *decorum*) e o Direito (caracterizado pela ideia do *iustum*), para demonstrar que os deveres morais são do ‘foro interno’ e insusceptíveis, portanto, à coerção, enquanto os deveres jurídicos são externos e, por isso, coercíveis. Immanuel Kant, sem, de todo, abandonar essa linha, ao dividir a metafísica dos costumes em dois campos, distinguiu o da *teoria do direito* e o da *teoria da virtude* (Moral); as regras morais visam a garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao passo que as regras jurídicas asseguram-lhes a liberdade externa na convivência social” (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 190, p. 1-44, out./dez. 2002).

<sup>37</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 3ª ed., Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2004, p. 24.

A presença da moral sempre se fará sentir na regra de Direito, quer seja quando toma a própria forma desta, quer seja quando fornece o colorido da realidade social que haverá de ser regida pela norma de conduta, permitindo a sua integração e a consecução do tão sonhado ideal de justiça. Em que pese inexistir uma superposição total entre a regra de direito e a regra moral, em essência, não há uma diferença de domínio, de natureza e de fim entre elas; nem pode existir, porque o Direito deve realizar a justiça, e a ideia de justo é uma ideia moral.<sup>38</sup>

Identificada a existência de um regramento moral e outro jurídico, a observância deste será tanto mais forte quanto for sua superfície de coincidência com os padrões de moralidade do grupo que haverá de ser por ele regido. Correspondendo ao ideal moral, a norma será respeitada de forma voluntária, tendo-se um reduzido número de irresignações. Colidindo com os padrões de moralidade, haverá grande resistência na sua observância,<sup>39</sup> o que comprometerá os próprios fins almejados com a sua edição, culminando com uma instabilidade social – situação que persistirá até que a norma consiga subjugar os ideais preexistentes, vindo a criar outros à sua imagem e semelhança.

### 2.3.2. Histórico

Desde a Antiguidade, os povos já se preocupavam com a existência da moralidade no trato da coisa pública.

No decorrer da história, essa preocupação apenas evidenciou-se, posto que, como assevera Cláudio Ari Mello, “a ampliação das zonas de liberdade de ação do Poder Público produziram diversos problemas, [...]”,<sup>40</sup> dentre eles uma propensão a atuações desprovidas de honestidade.

Inicialmente com a teoria do exercício abusivo dos direitos e, posteriormente, com as doutrinas que impunham vedações ao enriquecimento ilícito e legitimavam a obrigação natural, sempre se buscou envolver a regra jurídica em uma atmosfera axiológica própria das regras de coexistência humana.<sup>41</sup>

O impacto inicial dessa nova variante, que orientaria e condicionaria a aplicação da regra jurídica, foi pouco a pouco diluído, resultando em uma ampla compreensão de sua importância, o que terminou por fazer com que a regra moral migrasse para outros ramos do Direito, em especial para o Direito Público.

Apesar de se encontrar, já no Direito romano, “a interseção da moral no Direito em termos de aplicação”,<sup>42</sup> que se deu por meio da doutrina do abuso do direito,<sup>43</sup> na esfera do Direito Público, a moralidade veio a se instalar muito tempo depois, apenas no começo do século XX, em 1914, com as anotações feitas por Maurice Harriou acerca do pronunciamento do Conselho de Estado francês, cúpula do sistema do contencioso administrativo desse país, no caso Gommel.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 27. Citando a lição de Gény Ripert aponta o jurista uma diferença de caráter entre a regra moral e a regra jurídica: “a regra moral torna-se regra jurídica graças a uma injunção mais energética e a uma sanção exterior necessária para o fim a atingir”.

<sup>39</sup> COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 73-74. Em sua obra, o filósofo externa toda sua visão sobre justiça, assim dizendo, entre outras coisas, que “quando a lei é injusta, é justo combatê-la – e pode ser justo, às vezes, violá-la. [...] Sócrates, condenado injustamente, recusou a salvação que lhe propunham pela fuga, preferindo morrer respeitando as leis, dizia ele, a viver transgredindo-as. Era levar longe demais o amor à justiça, parece-me, ou antes, confundi-la erroneamente com a legalidade. [...] Lei é lei, dizia eu, seja justa ou não; nenhuma democracia, nenhuma república seria possível se apenas obedecêssemos às leis que aprovamos. Sim. Mas nenhuma seria aceitável se fosse necessário, por obediência, renunciar à justiça ou tolerar o intolerável. Questão de grau, que não se pode resolver de uma vez por todas. É o domínio da casuística, exatamente no bom sentido do termo. Às vezes é necessário entrar na luta clandestina, às vezes obedecer ou desobedecer tranquilamente. O desejável é, evidentemente, que leis e justiça caminhem no mesmo sentido, e é nisso que cada um, enquanto cidadão, tem a obrigação moral de se empenhar”.

<sup>40</sup> MELLO, Cláudio Ari. Improbidade Administrativa – Considerações sobre a Lei nº 8.429/1992. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, nº. 11, p. 49-62, abr./jun. 2004, p. 50.

<sup>41</sup> RIPERT, *op. cit.*, p. 74. A partir da análise da jurisprudência francesa do início do século XX, o autor elenca os seguintes mandamentos de preservação da moral: “não disporás da vida, do corpo e da liberdade do teu próximo para fins inúteis; tu próprio respeitarás a tua vida e o teu corpo; não procurarás tirar proveito do teu deboche ou de outrem; não enriquecerás injustamente pelo jogo ou pelo azar, por astúcia ou pela força ou por embuste, mesmo quando este não seja punível; não farás por interesse o que deves fazer por dever; não estipularás remuneração por atos que não devam ser pagos; não obterás por dinheiro uma impunidade culpável”.

<sup>42</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 190, p. 1-44, out./dez. 2004, p. 4.

<sup>43</sup> BRANDÃO, Antônio José. “Moralidade administrativa”. *Boletim de Direito Administrativo*, fev. 2002, p. 63. O autor assevera que “a doutrina do exercício abusivo dos direitos representa a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico”.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 64. Consoante apregoa o autor, a partir dessas anotações, Harriou “desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da ‘boa administração’, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da ‘moralidade administrativa’”.

Nota-se, porém, que a moralidade administrativa teve seu ingresso na esfera jusadministrativa, vinculada à noção de desvio de poder, já que o legalismo que imperava à época optou por camuflar o conteúdo do elemento moralidade administrativa dentro da violação da finalidade do ato.

Alguns autores ressaltam que, mesmo antes de 1914, mais precisamente em 1910, Hariou já havia feito referência à moralidade administrativa na primeira edição de sua obra *Principes de Droit Public (Princípios de Direito Público)*, quando discorreu: “Assim, o Poder Público constitui a armadura moral da Administração Pública. E, aliás, deve-se notar que todo controle organizado em nome da moralidade administrativa sobre os atos administrativos deve partir da noção de poder.”<sup>45</sup>

A noção de moralidade formulada por esse autor francês, não muito bem explicitada nessa pioneira experiência, foi ganhando clareza e expressividade com as edições que seguiram, passando a ser conceituada, mais tarde, como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.<sup>46</sup> No entanto, foi apenas em 1927 que Hariou conceituaria de forma exemplar a moralidade administrativa.<sup>47</sup>

Ante tais ensinamentos, conclui-se que o legado deixado pelo mestre francês foi fundamental, não só no intuito de dar à moralidade a importância que lhe é necessária, mas, principalmente, ressaltar que o seu conceito ultrapassa os limites da legalidade. Não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público. A norma, instituída pelo órgão que detenha tal prerrogativa, delimita as atribuições dos agentes públicos e estatui os meios a serem

por eles utilizados para o alcance de determinados fins, denotando seu caráter funcional, como ideia de obra a realizar.

Entretanto, apesar de todo o exposto, a doutrina ainda continua bastante tímida ao discorrer sobre o tema, nem sempre reservando à moralidade a importância a que faz jus. É o exemplo do Direito francês, que vem abandonando a noção de moralidade administrativa para utilizar preponderantemente a expressão *desvio de poder*,<sup>48</sup> que, por consistir numa hipótese de ilegalidade, está mais facilmente sujeita ao controle judicial. Nesse contexto, a imoralidade seria, tão somente, uma espécie de ilegalidade, a ilegalidade referente aos fins dos atos administrativos.

No Brasil, muitos são os autores que seguem a tendência francesa, entendendo que o controle da moralidade administrativa estaria vinculado ao próprio controle da legalidade e contrariando, dessa forma, o disposto na Constituição Federal de 1988, que conferiu aos dois elementos o mesmo nível hierárquico.<sup>49</sup> Ocorre que outros autores entendem, mais acertadamente, que, com a vigência da atual Constituição, a moralidade administrativa recebeu a possibilidade de ser tutelada de forma autônoma e, por conseguinte, mais eficaz, sendo fiscalizada pela sociedade, inclusive através do Poder Judiciário, revelando, dessa forma, “um reconhecimento da insuficiência do paradigma do princípio da legalidade para um controle efetivo da legitimidade de funções públicas”.<sup>50</sup>

### 2.3.3. Moral comum e moral administrativa

De forma correlata à moral comum, o princípio da moralidade administrativa também exige que o administrador observe determinados valores, os quais assumem certa especificidade em razão da própria

<sup>45</sup> Apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, p. 6.

<sup>46</sup> Apud ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 189.

<sup>47</sup> Sua existência provém de tudo que possuindo uma conduta prática, forçosamente, a distinção do bem e do mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo em que aquela do justo e injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonrável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é frequentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso de poder, graças à qual são anulados muitos atos da Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder. Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, 2006, p. 48.

<sup>48</sup> Cf. LOPES, Maurício Antonio. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31.

<sup>49</sup> DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 208-223, jan./mar. 2004, p. 212-213. Ao analisar o tema, o autor resalta que “a Administração Pública não está somente sujeita à lei. O seu atuar encontra-se subordinado aos motivos e aos modos de agir, pelo que inexistente liberdade de agir. Deve, assim, vincular a gestão administrativa aos anseios e às necessidades do administrado, mesmo que atue, por autorização legal, como senhor da conveniência e da oportunidade. Qualquer excesso a tais limites implica adentrar na violação do princípio da moralidade administrativa sempre exigindo uma correta atividade”.

<sup>50</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*, p. 50.

natureza de sua atividade. Enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre os membros de determinada coletividade, possuindo maior generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetro os valores subjacentes à atividade estatal.

Mas, com base no conceito deixado por Hariou, Welter, em sua monografia – *Le Controle Juridictionel de la Moralité Administrative* (O Controle Jurisdicional da Moralidade Administrativa) –, elaborou uma noção mais clara de moralidade:

A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração; ou seja, pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.<sup>51</sup>

Dessa forma, resta imprescindível, para uma melhor compreensão da moralidade administrativa, a sua distinção com a moral comum.

Analisando o conceito de Welter, nota-se que a noção de moralidade administrativa está vinculada ao termo “boa administração” e, portanto, terá um caráter finalista, uma vez que, para a realização desta última, o que se leva em conta é a conduta externa do administrador, o resultado por ele produzido. A atuação do administrador, para não configurar violação à moralidade administrativa, deverá, assim, pautar-se sempre no fim desejado pela Administração Pública, qual seja, o bem comum.

Ao passo que a moralidade administrativa pode ser considerada moral específica da Administração, voltada para os resultados concretizadores da finalidade pública, a moral comum tem como característica a generalidade, que José Augusto Delgado considera:

[...] traço marcante diferenciador da moralidade administrativa. Esta, ao contrário da moralidade comum, implica, tão somente, a necessidade que os atos externos e públicos dos agentes detentores de poder e de atribuições sejam praticados de acordo com as exigências da moral e dos bons costumes, visando uma boa administração.<sup>52</sup>

Mas para que se possa falar em boa administração, no entender de Antônio José Brandão, é preciso que esteja presente:

[...] o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente – para o bem, entenda-se –, nas situações concretas trazidas pelo quotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são.<sup>53</sup>

Partindo-se da premissa de que o alicerce ético do bom administrador é extraído do próprio ordenamento jurídico, é possível dizer que o princípio da moralidade administrativa atua como um verdadeiro mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards* que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos.

Talvez seja por esse motivo que a jurisprudência pátria, ao fundamentar suas decisões com base no princípio da moralidade administrativa, normalmente o faz em conjunto com outro princípio dotado de maior especificidade para o caso concreto, como, por exemplo: moralidade e impessoalidade, moralidade e publicidade etc. Tal, longe de arranhar a autonomia do princípio da moralidade, demonstra apenas que os valores extraídos do outro princípio utilizado concorreram de maneira mais incisiva na conformação do *standard* adotado como padrão de bom administrador naquela situação.<sup>54</sup>

Cumprе ressaltar, no entanto, que apesar de constituírem elementos distintos e que consequentemente não se confundem, a moral comum e a administrativa não podem ser vislumbradas enquanto esferas estanques, já que o contexto da boa administração tende a ser influenciado, indubitavelmente, por preceitos da moral comum.<sup>55</sup> E esse é o entendimento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, adotado por uma gama de autores. Segundo seus ensinamentos,

o bom administrador é aquele que, usando da sua competência legal, “se determina, não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”. Há de conhecer,

<sup>51</sup> *Apud* BRANDÃO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>52</sup> DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do Direito Administrativo: interpretação e aplicação. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, nº. 701, p. 34-44, mar. / 2004, p. 40.

<sup>53</sup> BRANDÃO. Moralidade administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 25/459.

<sup>54</sup> Cf. FIGUEIREDO, Marcelo Figueiredo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 138.

<sup>55</sup> FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 138.



assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto nos seus fins.<sup>56</sup>

Conclui-se, dessa forma, que apesar da moralidade administrativa regular, tão somente, as condutas concernentes à esfera da Administração Pública, seu conteúdo é atingido pelos mandamentos da moral comum, já que o administrador, quando agir sob os preceitos da “boa administração”, estará seguindo, igualmente, padrões morais comuns, provenientes da sociedade em que vive.<sup>57</sup>

#### 2.3.4. Moralidade e legalidade

A partir da análise do instituto da moralidade administrativa, torna-se mais compreensível que certos autores tenham vinculado o conceito da moralidade administrativa à legalidade, em função de sua origem, quando esteve diretamente ligada à ideia de desvio de poder.

Mesmo com o decorrer do tempo e o amadurecimento da doutrina acerca do tema, há ainda uma corrente tradicional que sustente essa vinculação, defendendo ser o vício de moralidade tão somente uma das hipóteses da ilegalidade, qual seja a ilegalidade concernente aos fins (desvio de poder). Em consequência, o controle da moralidade por parte do Poder Judiciário restringir-se-ia a essa modalidade de ilegalidade, restando seu exame enquanto elemento isolado prejudicado, posto que tais autores vislumbram que, enquanto *elemento da disciplina interna da Administração*, a análise da moralidade dos atos administrativos caberia, igualmente, à esfera interna da Administração.

Talvez seja esse entendimento um tanto quanto cômodo, já que a imprecisão do conceito da moralidade administrativa torna difícil não só a sua compreensão, mas principalmente a sua conceituação e, portanto, a sua caracterização. Assim, como elemento absorvido pela própria noção de legalidade, sua configuração não ensinaria tantas ponderações, já que a legalidade é, sem dúvida, um conceito de muito mais fácil apreensão, cujo princípio exige tão somente a adequação do ato à lei, enquanto o princípio da moralidade torna obrigatório

que o ato e o objetivo pretendido pelo agente estejam em harmonia com o dever de bem administrar. Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.

Dessa forma, a moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o Direito Subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima de seus atos administrativos, fazendo com que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.

Apesar de todas essas considerações, o entendimento ora exposto revela-se descabido após o avanço dos estudos doutrinários sobre o tema. É certo que a moralidade administrativa constitui um conceito demasiadamente vago e que transcende a esfera jurídica, porém essas dificuldades não podem impedir que a sua importância seja efetivamente consagrada.

Seguindo essa linha de raciocínio, a doutrina sofreu um visível amadurecimento, acabando por conferir à moralidade um caráter indubitavelmente mais amplo e distinto da legalidade, tornando, por conseguinte, cada vez mais viável a apreciação da moralidade administrativa nas mais diversas esferas, incluindo aí a judicial.

Os autores simpatizantes dessa corrente deixam bem clara a distinção existente entre a moralidade e a legalidade, o que não significa concebê-los como elementos estanques. Não resta dúvida de que diversos fatores por vezes os aproximam, a começar pelo fato de ambos constituírem motivo suficiente para a invalidade de um ato administrativo por violação de seus postulados.

No entanto, é necessário entendê-los enquanto elementos autônomos e, defendendo esse entendimento, é que José Augusto Delgado ensina:

<sup>56</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

<sup>57</sup> REINALDO, Demócrito Ramos. O princípio da moralidade da Administração Pública. In: *Arquivo Forense*, Pernambuco, v. 75, p. 45-50, jan/2004-dez/2002, p. 49-50. O ministro Demócrito Ramos Reinaldo, ao concluir seus comentários acerca da relação entre a moral comum e administrativa, assim se expressa: “A moralidade (administrativa), portanto, é a condizente com a moral comum, a do homem médio, a que está em consonância com a cultura, costumes e hábitos sociais. Atos morais são os acatados pela sociedade, porque se fundam em regras comuns e iguais a todos, são de interesse geral e afinam-se com respeito à ordem natural das coisas. A sociedade repudia, sempre, os proventos administrativos personalizados, individualizados, que se sabe, ‘prima facie’, protecionistas de pessoas ou grupos não isonômicos.”

Enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria ideia do dever de exercer uma boa administração. No cumprimento do princípio da legalidade, o administrador não tem necessidade de dedicar a sua atenção com o motivo da própria ação, pois, suficiente que se encontre autorizada por lei. O contrário, porém, acontece como princípio da moralidade, que exige do administrador uma postura que faça com que os seus atos exteriorizem a própria ideia do dever de haver atuado com base em “regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa”.<sup>58</sup>

A doutrina brasileira vem adotando igual posicionamento, sob influência clara do texto da atual Carta Magna que, por meio de seu art. 37, não deixa dúvidas ao conceder à moralidade e à legalidade a autonomia que lhes é necessária.<sup>59</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Weida Zancaner manifesta-se sobre a posição adotada pela nossa Constituição.<sup>60</sup>

Assim, interpretando a Constituição de 1988, conclui-se que cabe ao agente administrativo a conformação de todos os seus atos com a lei, porém tal assertiva não é suficiente, já que, além de obedecer aos imperativos

legais a que está subordinado, o agente deverá fazê-lo imbuído do senso de interesse público, tendo em vista que todas as vezes que estiver agindo dentro da lei, porém com interesses diversos do bem comum, estará infringindo a moralidade a que está igualmente subordinado e seu ato será passível de invalidação.

Sob este prisma, assevera José Afonso da Silva:

A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente* legal, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa.<sup>61</sup>

### 2.3.5. Moralidade e probidade

Divergem os autores quanto à distinção desses dois elementos. Há os que empregam os termos indistintamente, conferindo-lhes o mesmo significado, como Diogenes Gasparini, por exemplo, que não crê haver entre esses comportamentos características que permitam tratá-los como princípios distintos.<sup>62</sup> Outros autores, analisando a legislação nacional acerca do assunto, acabam por destinar à improbidade uma posição hierarquicamente superior à moralidade.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> DELGADO, *op. cit.*, 2003, p. 209.

<sup>59</sup> Ao comentar esse dispositivo constitucional, Demócrito Ramos Reinaldo assinala: “O constituinte, portanto, estabeleceu nítida distinção: juridicizou a ‘moralidade’, definindo-a como ‘princípio’, para viger, paralelamente, com o da ‘legalidade’. A distinção é evidente e necessária. A moralidade administrativa integra o direito (constitucional) como elemento de observância indeclinável (irretorquível), mas não está ínsita na legalidade, nem desta constitui corolário. O legislador constituinte, ao instituir o princípio, não cuidou do mero ‘reenvio’ da norma legal à norma moral, mas atribui à moralidade administrativa relevância jurídica, de eficácia plena e mandamental autônoma – e de vida própria. Nessa linha de raciocínio, há que se distinguir a ordem jurídica positiva, que caracteriza a legalidade, da ordem jurídica positiva, que caracteriza a moralidade – ambas compondo a mesma ordem jurídica integral – porque nem tudo que é ‘legal é moral’” (REINALDO, Demócrito Ramos. O princípio da moralidade na Administração Pública e a liceidade do limite etário para acesso dos cargos públicos. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, nº 711, p. 17-22, jan./2005, p. 19).

<sup>60</sup> Esta posição, isto é, a compreensão do princípio da moralidade com um *plus* ao princípio da legalidade, inclusive enquanto autônomo em relação a este, é a aceitação de valores éticos e morais pelo sistema jurídico, valores que se espalham por todo sistema porque ajudaram a compor o perfil constitucional do Estado adotado por uma determinada sociedade em uma determinada época. (ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 632.

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 52). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 616.

<sup>62</sup> GASPARINI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>63</sup> FERNANDES, Flávio Satiro. *Improbidade Administrativa*. Disponível em <http://www.jfrn.gov.br/doutrina20htm>. O autor, ao defender esta corrente, expõe que “a probidade é [...] o gênero, do qual a moralidade é espécie, haja vista a maior amplitude e o maior alcance emprestados à primeira, pela Constituição Federal e pela legislação ordinária. De fato, examinando-se o que a Constituição de 5 de outubro de 1988 e a legislação infraconstitucional contêm a respeito dos princípios aqui aludidos, verifica-se que probidade e moralidade administrativas são conceitos que se não podem (*sic*) confundir e que a segunda dessas noções está contida na primeira”. A seguir, o autor enumera os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que fazem referência à matéria e tece a seguinte conclusão: “Em suma, podemos dizer que todo o ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.”

A corrente majoritária, por sua vez, vem seguindo os ditames de José Afonso da Silva, que, utilizando o conceito deixado por Marcelo Caetano, discorre acerca da probidade administrativa, dizendo que esta é uma forma de moralidade que mereceu atenção especial do constituinte pátrio de 1988, que pune o agente público ímprobo com a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º), haja vista que a probidade administrativa consiste no dever de:

[...]o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.<sup>64</sup>

Por via de consequência, conduzindo-se de maneira contrária, o agente pratica uma imoralidade administrativa qualificada, causando dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

A moralidade administrativa, como visto anteriormente, deve ser sacada da própria noção de “boa administração”, o que torna tal conceito indubitavelmente mais abrangente. Dessa forma, partindo do pressuposto de que a improbidade é espécie do gênero moralidade administrativa, conclui-se que o dever da moralidade traz como uma de suas consequências lógicas o dever da probidade, que pode ser tratado como “uma das possíveis formas de externalização da moralidade”.<sup>65</sup>

Destarte, acompanhando essa corrente, nota-se que os legisladores pecaram quando da formulação do texto da

Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), mais especificamente em seu art. 11, *caput* (Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam contra os Princípios da Administração Pública), haja vista a ampliação que deram ao conteúdo do termo improbidade administrativa. Consoante mencionado dispositivo legal diz que:

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...].

Ora, se a improbidade, como visto anteriormente, está contida na própria noção de imoralidade, todos os atos de improbidade elencados pela citada lei, atentarão, obrigatoriamente, contra o princípio da moralidade administrativa, o que torna a redação do artigo supracitado um tanto quanto duvidosa. Senão, suponhamos a seguinte questão, que envolve improbidade administrativa e prescrição.

*Ex positis*, podemos concluir que é o § 5º do art. 37, da CF/1988, um divisor de águas, visto que, embora o inciso I, do art. 23, da Lei nº 8.429/1992, estabeleça o prazo quinquenal para o ingresso de ações relativas à improbidade administrativa, quando, expirando-se esse prazo, não há que se falar em ajuizamento da ação, o dispositivo constitucional, em contrapartida, faz uma ressalva, em sua segunda parte, prevendo que, para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, o prazo para as respectivas ações de ressarcimento é imprescritível. Nesse contexto, destaca-se da jurisprudência.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> *Apud* SILVA, *op. cit.*, p. 616.

<sup>65</sup> LOPES, *op. cit.*, p. 58.

<sup>66</sup> Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública. Ato de Improbidade Administrativa. Danos Causados ao Erário e que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública. Sentença Confirmada.

1. Os atos de improbidade administrativa definidos nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429, de 2.6.1992, acarretam a imposição de sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma legal, às quais são aplicadas independente das sanções penais, civis e administrativas.

2. Apelação não provida. Sentença confirmada (TJ/RS, Ap. Cív. nº 598.187.615, Quarta CC; Rel. Des. Wellington Pacheco Barros). Execução Fiscal. Art. 23 da Lei nº 8.429/1992. Multa.

1. O disposto no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.429/1992, que regula o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, não se aplica à execução fiscal relativa ao débito oriundo de multa decorrente de ausência de prestação de contas pelo prefeito, uma vez que incidem dispositivos da Lei nº 6.830/1980, que disciplina a execução de dívida ativa na Fazenda Pública.

2. Apelação desprovida (TRF- Primeira Região, Ap. Cív. nº 1998.0100.083370-7/MG, Segunda Turma, Suplementar; Rel. Juiz Federal Convocado Leão Aparecido Alves).

Administrativo e Processo Civil. Ação Civil por Ato de Improbidade: Prescrição.

1. A Lei nº 7.347/1985, disciplinadora da ação civil pública, não contém prazo prescricional, diferentemente da Lei nº 8.429/1992, que estabelece prescrição quinquenal (art. 23).

2. O termo *a quo* da prescrição para a hipótese de falta de ocupantes de cargos eleitos, em comissão ou em função de confiança, é o término do exercício de mandato ou afastamento do cargo.

3. Recurso especial improvido (STJ – REsp nº 457.723/SP, Segunda Turma; Relª. Minª Eliana Calmon).

Agravo de Instrumento. Ação Civil de Improbidade Administrativa. Prescrição. Dano ao Erário.

Encontrando-se prescrita a ação de improbidade administrativa, o que ocorre no prazo de cinco anos a contar do dia seguinte àquele em que o agente deixar o cargo público, não mais é viável utilizar esta via para ressarcimento do dano, que também representa na Lei nº 8.429/1992 uma sanção. Imprescritibilidade assegurada pela existência de vias adequadas. Correta inteligência do art. 37, § 5º da CF. Agravo desprovido (TJ/RS– AI nº 700.053.002.146; Segunda CC, Relª Desª Rejane Maria Dias de Castro Bins).

Falando-se em prescrição, aproveitamos o ensejo para abordar um pouco sobre esse instituto, concebido em favor da estabilidade e segurança das relações jurídicas que, no Direito Administrativo, consubstancia a perda do meio de defesa de uma pretensão jurídica (recurso administrativo), pela exaustão do prazo temporal legalmente previsto para utilizá-lo, embora isso não signifique dizer que esteja prescrita a utilização da competente ação judicial. A perda da ação não significa a perda do direito que com ela deveria ter sido amparada, como no caso, comumente citado, do devedor que não efetua o pagamento no prazo estabelecido, quando o credor tem certo tempo para propor a medida judicial cabível, sob pena de prescrição. Ocorre que, mesmo que prescrito o direito do credor para acioná-lo, se o devedor pagar seu débito, este será legítimo, não podendo o devedor, em qualquer época, intentar a ação de repetição do indébito, dado que o direito do credor não estava extinto.

A prescrição administrativa é distinta da decadência, posto que esta se caracteriza pela extinção do próprio Direito, do Direito Material, de seu titular, que dele não se utilizou dentro do prazo previsto para o seu exercício. Essa distinção entre esses institutos é importante na medida em que a prescrição só pode ser alegada pelo interessado, enquanto o juiz pode decretar de ofício a decadência do direito, cabendo observar que o prazo prescricional pode ser *suspenso*, paralisando temporariamente o transcorrer do prazo de prescrição, por força de fato ou ato a que a lei atribua tal efeito, ou *interrompido*; isto é, quando há inutilização do lapso temporal prescricional já transcorrido, que recomeça a fluir a partir do ato ou fato reconhecido pela lei como interruptivo. Quanto ao prazo decadencial, este não se interrompe nem se suspende.

Nesse compasso, não podemos deixar de mencionar outro instituto, que muito se aproxima dos institutos da prescrição e da decadência, mas que com eles não se confunde, que é o da preclusão, que consiste na perda, em termos de processo, da oportunidade de agir, em razão de decurso de prazo previsto à ação; na preclusão, não se pode mais voltar a esse momento do processo (judicial ou administrativo), ou seja, depois de instaurada a relação processual. Assim, a preclusão difere da prescrição, pois nesta o que se perde é o direito de ação, que se opera antes da possibilidade de interposição da ação, seu termo inicial é sempre anterior ao processo, ao passo que naquela, perde-se a oportunidade processual, pois esta opera depois do início e no transcorrer do processo. Difere também da decadência, posto que, conforme vimos, o que se perde é o Direito Material, enquanto na preclusão o que se perde é o Direito Subjetivo.

Então, sob a ótica administrativa, tem o ente público, como regra geral, dentro do prazo de cinco anos, a faculdade de rever seus atos, sob pena de, não o fazendo, precluir o direito de autotutela em outra oportunidade.

Voltando-se à abordagem sobre moralidade e legalidade, há um exemplo interessante que nos mostra, com bastante clareza, a diferença existente entre esses princípios, que é aquele que um delegado de polícia, em regular diligência no morro, prende traficante com entorpecentes, com todos os elementos do flagrante presentes, e o conduz à delegacia. Ocorre que esse delegado está atuando mediante pagamento, em dinheiro, de outro traficante de facção diversa, que lhe paga também por essa atividade. *O que ele praticou?* Na verdade, esse delegado praticou dois atos:

- 1ª) um ato legal, porque prendeu em flagrante delito o traficante e, nesse caso, o juiz não vai soltá-lo;
- 2ª) um ato desonesto no exercício de uma atividade lícita, porque recebeu propina, quebrando o princípio da moralidade. Ele não lesou os cofres públicos, mas praticou um ilícito penal ao receber propina para praticar ato de ofício. Ou seja, o que interessa aqui é o resultado desonesto, a partir de um ato legal; portanto, o ato, em si, é legal, mas a quebra do princípio da legalidade ficou configurada pelo recebimento do dinheiro, observando-se que ele só recebeu o dinheiro para praticar o ato legal, o ato vai subsistir e o princípio da legalidade vai incidir. Isso demonstra a autonomia do princípio da moralidade, ainda que o ato tenha obedecido ao princípio da legalidade.

Nos termos do art. 85, V, da CRFB, atentar contra a probidade da Administração é hipótese prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, fato que enseja sua destituição do cargo. Da mesma forma, prevê o art. 37, § 4º, da Carta Política, que:

*[...] os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

O art. 5º prevê o cabimento de ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa etc.

A moralidade administrativa constitui, hoje, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CRFB). Também não se pode prescindir, no trato da temática aqui posta, do *standard* da moralidade. Nas primícias, com *habitat* preponderante

no Direito Privado, o princípio, nos dias atuais, exerce incontestável influência no Direito Público, traduzindo exigências do bem administrar. Encontra-se, a partir de 5/10/1988, previsto, expressamente, em nossa Lei Maior, alargando o conceito de legalidade no que condiz com o controle jurisdicional dos atos administrativos.

O seu significado e incontestável importância nos quadrantes de nosso ordenamento jurídico foram realçados, com precisão, por José Augusto Delgado:

A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum.<sup>67</sup>

Desse modo, sob os prismas do Direito e da Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal (princípio da legalidade) é honesto (princípio da moralidade), conforme já proclamavam os romanos – *non omne quod licet honestum est*. O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.

Destarte, à luz da jurisprudência pátria, infringem tal princípio:

- a) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honrarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc.;<sup>68</sup>
- b) alienação de lotes de terrenos pertencentes à municipalidade, contíguos a outros de propriedade do prefeito, e posteriormente por ele adquiridos pelo valor da avaliação, acarretando a valorização da área contínua quando agregada à primitiva;<sup>69</sup>

- c) concessão de aposentadoria especial a vereadores, após o curto lapso de oito anos de contribuição, com desvio de verba pública para cobrir déficit técnico;<sup>70</sup>
- d) resolução de Câmara de Vereadores que fixou os subsídios destes, em época de congelamento de preços e salários instituído no plano federal, em quantia exorbitante;<sup>71</sup>
- e) o custeio, pela municipalidade, das despesas de viagem ao exterior da esposa do prefeito, em companhia dele, o que não representa nenhum benefício para o Município, ainda que ela dirigisse algum órgão público; sendo idêntica a conclusão em relação às despesas com viagens do prefeito não autorizadas pela Câmara Municipal;<sup>72</sup>
- f) ato de Câmara Municipal que, sob o argumento de “oferecer exemplo à coletividade”, reduz a remuneração dos edis para a legislatura seguinte, após a realização da eleição em que a grande maioria não foi reeleita;<sup>73</sup>
- g) omissão deliberada da Administração Pública, sob a alegação de discricionariedade, deixando de convocar o estágio probatório que consubstancia condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, tendo feito com que exercessem tarefas próprias dos postos mais elevados sem a contrapartida salarial devida;<sup>74</sup>
- h) a participação de Juiz integrante de Tribunal Regional do Trabalho em eleição destinada a compor lista tripla para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo;<sup>75</sup>
- i) fixação da remuneração do prefeito, vice-prefeito e dos vereadores para vigor na própria legislatura em que fora estabelecida, o que também importa em violação ao art. 29, VI, da Constituição da República;<sup>76</sup>
- j) abertura de conta corrente em nome de particular para movimentar recursos públicos, independentemente da demonstração de prejuízo material aos cofres públicos.<sup>77</sup>

<sup>67</sup> DELGADO, José Augusto. Perspectivas do Direito Administrativo para o século XXI. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey.

<sup>68</sup> TJSP, Quarta CC; Ap. nº 186.613-1/0; Rel. Des. Alves Braga; RT nº 702/71.

<sup>69</sup> TJSP, Sétima CC; Ap. nº 145.916-1/2; Rel. Des. Campos Mello; RT nº 673/61.

<sup>70</sup> TJSP, Sexta CC; Ap. nº 193.482-1/7; Rel. Des. Leite Cintra; RT nº 706/63.

<sup>71</sup> TJMG, Quarta CC; Ap. nº 1.039/7; Rel. Des. Alves de Mello; RT nº 699/140.

<sup>72</sup> STJ, REsp. nº 37.275-5; Rel. Min. Garcia Vieira; RSTJ nº 53/322.

<sup>73</sup> STJ, Primeira Turma; REsp. nº 21.156-0; Rel. Min. Milton Pereira; RSTJ nº 73/192.

<sup>74</sup> STJ, Sexta Turma; REsp. nº 79.961; Rel. Min. Anselmo Santiago; RSTJ nº 97/405.

<sup>75</sup> STF, Pleno; MS nº 1.748-1; Rel. Min. Néri da Silveira.

<sup>76</sup> STF, Segunda Turma; RE nº 206.889-6; Rel. Min. Carlos Velloso.

<sup>77</sup> STF, Primeira Turma; RE nº 170.768-2; Rel. Min. Ilmar Galvão.

A atividade administrativa, de forma correlata à observância das prescrições legais, deve render obediência aos valores que defluem do sistema, os quais são normalmente condensados sob a epígrafe do princípio da moralidade. A densificação desse princípio, cujo conteúdo deflui de preceitos explícitos e implícitos no sistema, representa, como já visto, tarefa extremamente delicada e complexa, o que é consequência inevitável de seu alto teor de abstração. Por tal motivo, são extremamente relevantes as iniciativas que buscam elaborar diretrizes básicas que devem nortear a atuação dos agentes públicos.

Por fim, *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo à moralidade administrativa* (art. 5º, LXXII da Constituição Federal), ficando o autor, salvo comprovada a má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência.

É, desta forma, legitimado para propor ação popular qualquer cidadão do povo em razão da existência de ato lesivo ao patrimônio público, abrangendo, para estes efeitos, até mesmo a moralidade administrativa que afronte interesses sociais. Exige-se, apenas, deste o título de eleitor. É entendimento jurisprudencial, consolida-

do através da Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal que pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.

Ao indagar se o menor eleitor pode ser autor popular ou idoso que tenha devolvido o título eleitoral, por não estar mais obrigado a votar, entendemos que como estabelece a lei que só pode ser autor de ação popular cidadão portador do título de eleitor, apenas o menor seria legalmente autorizado a figurar no polo ativo desta relação processual, desde que assistido na forma da lei civil. O idoso, como abdicou da condição, que figura como requisito essencial à propositura da ação popular, não pode ingressar em juízo com este intuito.

A lesividade ao patrimônio público é igualmente pressuposto para que a ação popular seja proposta. Nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles “na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade.”

A lesão, conforme lição do mestre, pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade, como preceitua o art. 4º da Lei de Ação Civil Pública:<sup>78</sup>

<sup>78</sup> “Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I – A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

II – A operação bancária ou de crédito real, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;  
b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação.

III – A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;  
b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;  
c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

IV – As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos.,

V – A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais;  
b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação;  
c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação.

VI – A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando:

a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço;  
b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador.

VII – A operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

VIII – O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando:

a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares, regimentais ou constantes de instruções gerais;  
b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação.

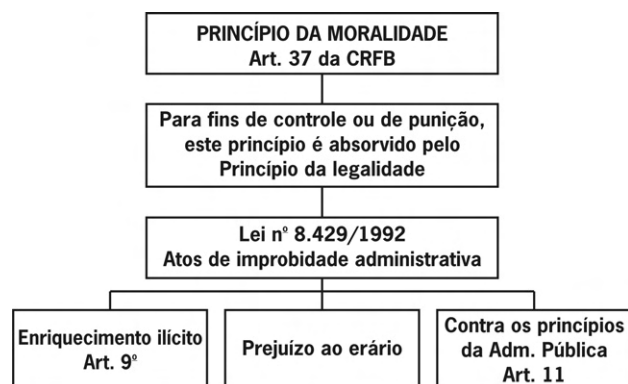
IX – A emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie.”

Desta maneira, pode prestar-se a ação civil pública como meio preventivo ou repressivo para obstar a lesão ao patrimônio público, como demonstrado através da decisão, abaixo transcrita, proferida nos autos do Recurso Especial nº 406.516, oriundo do Estado de São Paulo, em que figurou como relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca:

REsp. 406.516/SP; Recurso Especial 2008/0007223-4  
Fonte DJ Data: 21/10/2002 pg: 00386 Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca (1106) Ementa Recurso Especial. Processual Civil e Administrativo. Ação Popular. Servidores Admitidos sem concurso público. Prefeito. Responsabilidade. Indenização ao erário. Objeto da ação popular. Possibilidade. Violação ao art. 4º, i, da Lei nº 4.717/1965 não caracterizada. A ação popular é remédio jurídico que pode ser utilizado como meio preventivo ou repressivo e, nesta segunda forma, possível é a decretação da indenização para reparação do dano causado ao erário. Violação ao art. 4º, i, da Lei nº 4.717/1965 não caracterizada.  
Previsão de indenização: art. 11 da mesma lei. Recurso desprovido.

A ação popular pode ser utilizada até mesmo para atacar ato administrativo de mudança de rua. Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi anulado o ato administrativo que mudou o nome de uma rua conhecida, que, no primeiro momento homenageava uma personalidade histórica e, após o ato, adquiriu nome pouco significativo para a comunidade. Compreendeu a Corte pelo cabimento da Ação Popular na proteção do patrimônio cultural da cidade, consequentemente, por resgatar o nome original, que fazia parte do cotidiano da comunidade local.

Esquema:



## 2.4. Princípio da publicidade

O administrador, ao privilegiar e cultivar o sigilo, ofende frontalmente o princípio democrático. Não há, nos moldes políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

*Norberto Bobbio*

### 2.4.1. Conceito

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.

Tratando-se a publicidade de mais um dos princípios explícitos na Constituição, ela estabelece que a Administração Pública está obrigada a dar conhecimento ao público, pelos mais variados meios de comunicação previstos em lei, de todos os seus atos, decisões e atividades, a fim de permitir não só o controle interno, bem como o externo, de sua obediência aos demais princípios de Administração, o que faz com que os administradores atuem às claras, permitindo aos cidadãos gozarem de pleno exercício do Estado Democrático de Direito, daí o princípio da publicidade, tornando obrigatória a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo legal, quando a própria publicidade pode causar lesão à finalidade de interesse público a ser atendido.

Nas palavras do mestre Hely Lopes Meirelles, não é a publicidade um elemento formativo do ato, e sim:

[...] requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.<sup>79</sup>

Daí a razão pela qual leis, atos e contratos administrativos, que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem, exigem publicidade, a fim de adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros, cabendo observar que a obrigatoriedade da publicação dos atos administrativos surgiu, pela vez primeira, com a edição do Decreto nº 572, de 12/07/1890, e hoje é imposta pelo Decreto nº 84.555, de 12/03/1980.

### 2.4.2. Considerações

É de entendimento pacífico na doutrina que o princípio da publicidade é o único dos princípios que não tem substância, é um princípio adjetivo, um princípio instrumental, haja vista ser ele um princípio-meio, diferentemente dos demais, que são princípios-fins.

<sup>79</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 92.

Com base no texto constitucional de 1988, esse princípio está calcado na moralidade, fundamental no Direito Administrativo, requisito de eficácia, eis porque, na expressão do mestre supramencionado, pela publicação, os atos irregulares não são convalidados, nem os regulares a dispensam.

Inscrito no Texto Maior, no art. 37, *caput*, o princípio da publicidade é de observância obrigatória para todos os poderes do Estado e esferas de governo, compreendendo a Administração Pública direta e indireta ou fundacional, incluindo-se as empresas sob seu controle (art. 22, XXVII), da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aliado a outros princípios de não menor significação, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e os que vêm transcritos nos incisos respectivos, acorrentados, indubitavelmente, aos direitos e garantias fundamentais – gravados no Título II, especialmente o art. 5º –, de sorte que qualquer interpretação que se faça deverá levar em consideração obrigatoriamente o conteúdo consagrado pelos princípios fundamentais.

De fato, tem esse princípio a ver com o da isonomia, pois dá o direito a todos, sem privilegiar uns poucos. É também requisito para que os atos administrativos sejam exequíveis. Os atos administrativos de caráter geral têm exequibilidade com a publicação, a exemplo do concurso público, que só pode ter alterado seu edital se for ele publicado.

Em regra, todos os atos administrativos são publicados, porque pública é a Administração que os realiza, exceto os que a lei ou o regulamento eximem dessa imposição, em razão de *segurança nacional, investigação criminal ou interesse público*, o que exige prévia declaração e motivação em processo regular. Assim, a Constituição restringe a publicidade dos atos processuais, por exemplo, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX); para a retificação de dados, quando não prefira o cidadão fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, LXXII, *b*).<sup>80</sup>

No que tange à publicidade dos atos processuais, observamos o caso de um indivíduo, portador do ví-

rus HIV que, por ter desenvolvido a doença, precisou ajuizar ação ordinária para obter do Poder Público o fornecimento de medicação adequada para manter em nível zerado sua carga viral, solicitando, contudo, que o processo fosse mantido em sigilo, uma vez que a publicidade dos fatos e atos praticados afetariam sobremaneira sua vida pessoal e profissional, sendo seu objetivo, portanto, preservar sua família de maledicências e insinuações, bem como evitar prejuízos em sua profissão. Entretanto, o pedido de tutela antecipada foi indeferido, cuja alegação do juízo *a quo* teria sido de que o caso não se enquadrava em nenhuma das hipóteses previstas no art. 155 do CPC, pois a lei afirma que os atos processuais são públicos (princípio este que remonta o Direito Romano e está em sintonia com o regime democrático) e, portanto, a exceção à regra haveria de ser interpretada restritivamente.

Ocorre que, ao ser aberta vista ao Ministério Público, este exarou parecer pelo provimento do agravo de instrumento, interposto àquela decisão, que merecia reforma, até porque a norma constante no art. 5º, LX, da CF/1988, demonstra a clara preocupação do constituinte com a privacidade dos indivíduos, em franca defesa da dignidade da pessoa humana, fazendo com que prevaleça o princípio da intimidade em relação ao princípio da publicidade dos atos processuais. Assim sendo, foi o recurso conhecido por unanimidade, dando-lhe provimento, pois o direito à intimidade protege, sem nenhuma restrição, o segredo sobre o fato, nada justificando o vazamento para fora da esfera secreta do indivíduo, à evidência, desde que não exista interferência com direito de outrem, o que não ocorre no caso, sendo condição inerente apenas à sua esposa, não ocasionando, em um primeiro momento, qualquer dano a outrem. Além disso, as pessoas diretamente envolvidas no processo se resumem ao Estado, ao Município onde ocorreu o caso e ao próprio indivíduo, não causando prejuízo algum o segredo de justiça; portanto, o agravante possui direito a manter em sigilo sua condição mórbida, mantendo assim sua intimidade preservada, nada justificando a divulgação de tal fato, nem mesmo

<sup>80</sup> Com relação à publicidade, STJ: RMS nº 10.131/PR, Ementa: “1. Dentre os Direitos e Garantias Fundamentais capitulados no art. 5º da Constituição Federal está inserido o de que ‘todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo em geral, que serão prestados no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’ (inciso XXXIII). 2. Inequivoco que os documentos cuja exibição foi requerida pelos impetrantes não estão protegidos pelo sigilo prescrito no art. 38 da Lei nº 1.595/64, sendo sua publicidade indispensável a demonstração da transparência dos negócios realizados pela Administração Pública envolvendo interesses patrimoniais e sociais da coletividade como um todo. 3. Recurso ordinário conhecido e provido para, reformando o acórdão impugnado, conceder a segurança nos termos do pedido formulados pelos recorrentes.”



o princípio da publicidade, que não pode prevalecer em tais casos.<sup>81</sup>

Outro caso, bem recente, que envolve não só o princípio da publicidade, assim como outros princípios constitucionais, é aquele de um candidato ao cargo de soldado da Polícia Militar, que ajuizou ação cautelar de exibição de documentos, que se encontram em poder da Polícia Militar do Rio de Janeiro, no Centro de Recrutamento e Seleção de Praças, a fim de instruir uma possível ação cumulada de perdas e danos morais e materiais. Acontece que nesses documentos constam informações sobre suposta conduta ilícita por ele cometida, prestadas por pessoas cujos nomes e endereços mantêm-se em sigilo, tendo a sentença julgado o pedido improcedente. Inconformado, o autor interpôs recurso, apelando que fosse determinada a instauração de inquérito policial pelo Ministério Público, obrigando o Estado a provar as informações alegadas.

Conforme podemos verificar, o tema passa por questões relevantes de Direito Constitucional e Administrativo, saltando aos olhos vários princípios, dentre eles, os da proporcionalidade, da razoabilidade, da publicidade e da supremacia do interesse público. Outrossim, observamos uma *aparente* contraposição de dois direitos considerados fundamentais pela Constituição, a saber, os insculpidos nos incisos XXXIII e LX do art. 5º: ao mesmo tempo que o Texto Maior estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, faz ressalva quanto à possibilidade de certos atos não serem públicos, restringindo a publicidade de atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Ou seja, se por um lado, a Administração Pública tem o dever de informar e de ser transparente quanto a seus atos administrativos, a fim de serem resguardados interesses públicos e, por via reflexa, particulares, por outro, esse dever pode ser restringido sob a forma de sigilo, a fim de serem garantidos interesses particulares e, por via reflexa, o próprio interesse público. Nesses casos, posição difícil é do Magistrado, pois deverá julgar de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que estão absolutamente interligados. Então, teria sido razoável a Administração Pública ao restringir

o acesso à informação dos nomes e endereços daqueles que colaboraram com o Poder Público quanto ao denominado exame social? No entendimento unânime não houve abuso por parte do Poder Público ao não permitir o acesso do autor da ação a tais informações, pois o interesse público em jogo sobrepõe ao interesse particular, visto que, à sociedade em geral, não interessa que dita transparência chegue a ponto de colocar em risco a integridade física de várias pessoas, que no processo são denominadas “informantes”, até porque o conteúdo de todas as informações que poderiam ser verificadas nos documentos pleiteados já teria sido prestado ao apelante em sede de mandado de segurança. Na verdade, a preocupação do magistrado foi resguardar a identidade dos informantes, pelo perigo de represálias.

Assim sendo, tem o cidadão o Direito Subjetivo, assegurado no art. 5º, XXXIII, da CF/1988, de obter dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, observando que o prazo para que as respectivas certidões sejam a ele fornecidas é de 15 dias improrrogáveis, desde que o cidadão esclareça os fins e as razões de seu pedido, conforme os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.051, de 18/5/1995. Portanto, viola o direito líquido e certo daquele a autoridade administrativa que deixar de atender ao pedido, ensejando tal conduta funcional a impetração de mandado de segurança, mas cabendo salientar que a norma disposta naquele dispositivo constitucional faz ressalva quanto àquelas informações cujo sigilo seja imprescindível não só à segurança do Estado ou da sociedade, mas também quando se torna um risco a pessoas predeterminadas, a exemplo do caso anteriormente exposto.

O que não se pode deixar distante de entendimento é que a certidão, com efeito, manifesta a publicidade de um ato administrativo, pois, na verdade, o que objetiva a publicidade é dar transparência aos atos da Administração e garantir seus efeitos externos, permitindo ao cidadão tomar ciência dos mesmos, inclusive da suspensão dos direitos políticos, por improbidade administrativa, de qualquer agente público (art. 37, § 4º), além de poder exercer seu controle ou sua fiscalização, utilizando-se dos instrumentos constitucionais indicados no art. 5º, destacando-se:

<sup>81</sup> Por questão de nitidez, é interessante o julgado do STF sobre o tema: “Mandado de Segurança. *Habeas data*. CF, art. 5º LXIX e LXXII. Lei nº 9.507/1997, art. 7º, I. O *habeas data* tem finalidade específica: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (CF, art. 5º, LXXII, *a e b*). No caso, visa à segurança ao fornecimento ao impetrante da identidade dos autores de agressões e denúncias que lhe foram feitas. A segurança, em tal caso, é meio adequado. Precedente do STF.” (MS 24.405/DF, Ministro Carlos Velloso.)

- o princípio da igualdade de todos perante a lei, como alicerce de todas as garantias e direitos – *caput* do art. 5º;
- o princípio da legalidade, como atributo maior da democracia – inciso II;
- a defesa do consumidor – inciso XXXII;
- o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral – inciso XXXIII;
- o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e de obtenção de certidões em repartições públicas (Administração direta e indireta, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal) – inciso XXXIV, *a e b*;
- o direito à apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça de direito, sem qualquer condicionamento, fundamento do Estado de Direito, calcado no princípio da independência e harmonia dos Poderes – inciso XXXV do citado art. 5º e art. 2º;
- o mandado de injunção – inciso LXXI;
- o *habeas data* – inciso LXXII;
- a ação popular – inciso LXXIII;
- o mandado de segurança – inciso LXIX;
- o direito ao contraditório judicial e extrajudicial e ampla defesa – inciso LV;
- as garantias contra provas por meios ilícitos, inovação salutar – inciso LVI.

Essas garantias e direitos fundamentais têm aplicação imediata e não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que o País faça parte (art. 5º, LXXVII, §§ 1º e 2º).

O princípio da publicidade ganhou grande importância no Direito Administrativo com a redação dada pelo constituinte pátrio ao art. 5º, LV, que diz mais ou menos o seguinte: aos litigantes e aos acusados de um modo geral, em processo judicial ou administrativo, são garantidos a ampla defesa e contraditório, com os meios e recursos existentes. Isso significa que tudo o que se sabe sobre o princípio do devido processo constitucional, processual penal e civil, é aplicado para o processo administrativo, porque não há, atualmente, nenhuma diferença entre processo judicial e administrativo, e o devido processo legal é garantia dos meios e recursos a ele inerentes, cabendo aqui realçar que um desses meios é o da publicidade, daí por que vários princípios do processo em geral se transferiram para o processo administrativo.

Com efeito, o art. 5º, LV, da CF/1988, não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos punitivos, direito apenas garantido àqueles que eram *acusados*, que mereciam ou não punição. Hoje, essa garantia se estende a todos os processos administrativos, não punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente *litigantes*, até porque estes existem sempre que, em qualquer procedimento, surja um conflito de interesses, tanto assim que o art. 2º da Lei nº 9.784/1999 elenca em seu rol de princípios a ampla defesa e o contraditório, aos quais a Administração Pública deverá obedecer.

#### 2.4.3. Publicação dos atos e contratos administrativos

Os atos e contratos administrativos, para produzirem efeitos jurídicos e regulares, devem ser dados à publicidade, e sua omissão poderá acarretar a invalidação dos mesmos e, por via de consequência, além de os prazos não fluírem, os atos e contratos não terão eficácia, ou seja, não produzirão efeitos, daí concluindo-se que a publicidade, como princípio-meio, dá origem a um princípio implícito, que é o do controle dos atos, contratos e procedimentos administrativos.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello considera a publicação ou a comunicação condição de eficácia ou validade do ato e, ao estudar, com notável precisão, os atos administrativos, assegura que estes só passam a ter eficácia, ou seja, a produzir efeitos, após sua publicação, quando exigida por lei.<sup>82</sup>

A publicação efetuar-se-á, obrigatoriamente, no órgão oficial da Administração, entendendo-se como sendo o *Diário Oficial* do ente público respectivo ou o jornal contratado para esse fim específico, devidamente autorizado por ato legal, ou pela afixação, em quadro de aviso de amplo acesso público, dos atos que dispensam ou não exigem licitação, conforme prevê o art. 16 da Lei nº 8.666/1993, de 21/06/1993 (com nova redação dada pela Lei nº 8.883/1994, e alterações posteriores), que regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e dando outras providências. Os atos e leis municipais poderão ser afixados na sede da Prefeitura ou da Câmara Municipal, se não houver órgão oficial, de conformidade com a respectiva lei orgânica.

É de fundamental importância ressaltar que a mera veiculação da notícia, pela imprensa falada, escrita ou televisada, do ato praticado pela Administração Pública não atinge a essência do princípio da publicidade, mesmo que a divulgação do ato ocorra em programas dedi-

<sup>82</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

cados a noticiar, especificamente, assuntos relativos ao dia a dia administrativo, como é o caso da *Voz do Brasil*, conforme já decidiu o STF.

Há que se observar, porém, que as sociedades de economia mista e as empresas públicas somente se subordinam a esses princípios quando sua criação é destinada à prestação de serviços públicos, pois, se constituídas para explorar atividade econômica, a elas tais entidades não se submetem. Isso se justifica, posto que essas entidades têm personalidade jurídica de Direito Privado, submetendo-se, portanto, a regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme estabelece o art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Assim sendo, como regra, no que respeita aos seus objetivos, os atos e comportamentos dessas entidades são prestigiados pelo sigilo.

A publicação de atos, contratos e outros instrumentos jurídicos, salvo os normativos, pode ser resumida, ao passo que as leis, códigos e outros atos normativos, a exemplo dos regulamentos, das instruções, dos regimentos, deverão ser publicados em inteiro teor. Na esfera da Administração Pública federal, do Poder Judiciário Federal e do Tribunal de Contas da União, a matéria está disciplinada, com minúcias, pelo Decreto Federal nº 4.520, de 16/12/2002 que, inclusive, instituiu o *Diário Oficial da União* e o *Diário da Justiça* eletrônicos, que disponibilizam suas edições, certificadas digitalmente, com os mesmos efeitos que as impressas.

Portanto, repetindo, mais uma vez, que não são todos os atos administrativos que precisam da publicação na íntegra. A ideia é de que se for um ato administrativo normativo, a publicação tem que ser integral. Logo, publicam-se, em sua totalidade, a resolução, o Regimento, a portaria. Mas, para certos atos basta a publicação do seu resumo, por exemplo, o edital de licitação ou de concurso público e, para se ter acesso ao edital completo, é somente junto à repartição.

A Lei Federal nº 8.666/1993, mais conhecida como Lei das Licitações e Contratos, além de permitir o acesso ao público para presenciar os atos de procedimento de licitações (art. 3º, § 3º), desde que não turbe o ato, propiciando o direito de qualquer cidadão propor uma ação popular contra a mesma, erige também, como condição indispensável para a eficácia dos contratos administrativos, a publicação resumida dos seus instrumentos ou de seus aditamentos na imprensa oficial, estando assim definido no parágrafo único, do art. 61, parágrafo incluído pela Lei nº 8.883/1994, que tornou a publicação mais precisa e enriquecida com novas modalidades de publicidade: em caráter excepcional, a afixação, em quadro de avisos de amplo acesso público, de atos que devam

ser divulgados, ou a audiência pública obrigatória, se processa em função de determinados limites, tendo em vista o valor estimado conforme o tipo de contratação, cujas previsões se encontram nas alíneas *a*, *e* e *c* do inciso I, e alíneas *a*, *b* e *c* do inciso II, ambos do art. 23 da Lei nº 8.666/1993, com a nova redação dada pela Lei nº 9.648/1998.

A Carta Maior de 1967 havia abolido o registro prévio de contratos nos Tribunais de Contas, como condição para torná-los perfeitos, como previa a Constituição de 1946. Já a Constituição de 1988 outorgou-lhes competência para representar ao Poder competente acerca de irregularidades ou abusos apurados, cujo ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as providências cabíveis. A impugnação do contrato far-se-á *a posteriori*. A minuta do futuro contrato (esboço) deve ser elaborada na fase da licitação, acompanhando obrigatoriamente o instrumento convocatório, dando-se-lhe a devida publicidade. Esse documento deverá ser previamente examinado e aprovado pela assessoria jurídica da Administração, o mesmo ocorrendo com as minutas de convênios, acordos ou ajustes.

Nesse contexto, abrimos parêntese para observar um detalhe importante. Em razão da publicidade, o princípio da verdade real no processo administrativo vai mais longe do que no processo penal, tanto assim que é norma legal, até hoje, o que assim consta no Conselho Interno da Magistratura: um serventuário é punido pelo corregedor e recorre ao Conselho da Magistratura, que é hierarquicamente superior ao corregedor; o Conselho pode conhecer o recurso para agravar a pena, como já aconteceu, e o sujeito foi suspenso por 90 dias. O Conselho conheceu, deu provimento ao recurso e demitiu o sujeito. Isso existe, ou seja, o princípio da verdade real no processo administrativo existe? Por quê?

Sim, pela supremacia do interesse público, porque a autoridade hierarquicamente superior não pode ficar limitada à autoridade hierarquicamente inferior. Essa é a diferença do processo administrativo para o penal. O juiz de Direito não é subordinado ao desembargador, e isso não acontece na Administração Pública, cuja autoridade hierarquicamente superior não fica subordinada àquilo que a autoridade hierarquicamente inferior decidiu; ele tem competência originária, podendo decidir pela demissão do serventuário. Então, ao se dar assistência em processo administrativo, é preciso ter cuidado, pois a situação pode piorar em razão do princípio da verdade real: o remédio pode piorar, passando a ser um veneno.

Nota-se, então, que o princípio da publicidade, por vezes, pode ferir o interesse público, e o interesse público, como se sabe, prepondera sobre o privado. Exemplo disso é o caso do Projeto Sivam – Sistema de Vigilância da Amazônia Legal, que entrou em atividade agora, com instalação de radares e outros equipamentos de controle, inclusive de aviões para voos domésticos e militares, além daqueles ilegais (traficantes de armas, de entorpecentes etc.), que a Amazônia tem.

Ocorre que, no caso Sivam, se fosse feita a licitação para a compra de equipamentos, tudo sobre o projeto teria que ser mencionado, inclusive a localização dos radares, o que ajudaria os traficantes e comerciantes ilegais a fugir deles. Mas, já prevendo o legislador a publicidade prejudicar o Direito Público, este estatuiu, na Lei de Licitações, a dispensa de licitação “quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional” (art. 24, IX), o que significa dizer que, quando for verificado que há uma outra razão de interesse público mais relevante do que ela e que, por meio da publicidade, o Direito Público pode ser lesado, não se leva à publicação aquela licitação, embora tenha o caso gerado muita polêmica. Contudo, a Lei nº 11.107/2005 fez a correção, dando nova redação ao art. 26 da Lei nº 8.666/1993, nele incluindo alguns dispositivos, inclusive, haja vista que, evidentemente, todo esse processo não pode ficar oculto, o que caracterizaria desvio de finalidade.

#### 2.4.4. Na imprensa oficial

Imprensa oficial, conforme o art. 6º, XIII, da Lei nº 8.666/1993, com nova redação dada pela Lei nº 8.883/1994, é:

[...] o veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis.

Todavia, autoriza que o ônus da publicação desses instrumentos recaia tanto sobre o poder contratante quanto sobre o contratado, dependendo das condições inscritas no edital de licitação e no respectivo contrato, cabendo sempre à Administração providenciar a publicação no prazo legal.

#### 2.4.5. Prazo para providências e publicação

Trata-se, *in casu*, de formalidade essencial – condição indispensável para sua eficácia –, a ser providenciada

pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua publicação, para ocorrer no prazo de 20 dias daquela data. Ocorre que a Lei nº 8.883/1994 alterou o presente dispositivo, tornando o prazo mais elástico. A redação originária, idêntica à da lei anterior, nesse particular, mandava que a Administração providenciasse a publicação na mesma data de sua assinatura, para ocorrer no prazo de 20 dias. Ora, esse prazo era insuficiente para as providências normais e concretização de sua publicação, especialmente nos Municípios remotos ou em centros altamente movimentados. O legislador, então, houve por bem atender às sugestões e aos clamores de vastos setores da sociedade.

Para contornar essa dificuldade, o citado diploma legal autorizou a Administração a providenciar a publicação (medidas burocráticas de praxe), não mais na mesma data, como absurdamente exigia, senão até o quinto dia útil do mês seguinte ao da assinatura do contrato. E a publicação deverá ocorrer no prazo de 20 dias daquela data, ou seja, do quinto dia útil do mês seguinte ao da sua assinatura. Na contagem dos prazos, exclui-se o dia do início e inclui-se o do vencimento, considerando-se os dias consecutivos, a não ser que haja dispositivo legal em sentido contrário, e só se iniciam e vencem em dia de expediente na entidade ou no órgão.

#### 2.4.6. Vigência dos contratos administrativos

A publicação do contrato o torna eficaz, mas a vigência se dá a partir de sua assinatura, sendo que qualquer alteração só poderá ser feita segundo os pressupostos da lei, não se admitindo atribuir efeitos financeiros retroativamente, salvo as exceções legais. Conquanto a expressa vedação de efeitos financeiros, constante do art. 61 (antigo art. 51, § 2º), tenha sido vetada e as razões da Advocacia-Geral da União nenhuma referência faça a esse fato, a proibição decorre do sistema jurídico-financeiro, não se permitindo abranja dispêndios financeiros, de data anterior, ainda que se refiram à própria obra, compra ou serviço, ao qual esteja relacionado o contrato.

O Tribunal de Contas da União, interpretando a legislação vigente com extrema precisão, ordenou atentar-se para a obrigatoriedade legal de não ser inscrito em “restos a pagar”, “o saldo de empenho por estimativa”, e que os contratos sejam elaborados em conformidade com a legislação em vigor, especialmente no que diz respeito à vigência de seus aditamentos e ao prazo, evitando sua retroatividade. Tomadas as providências legais e publicado o extrato do contrato ou de seu aditamento no prazo legal, seus efeitos retroagem à data da sua assinatura, como corolário do prazo que a lei concede ao

administrador para providenciar e publicar o documento. Essa situação assemelha-se à prenotação do título, pelo oficial do registro, assinalando o art. 1.246 do novo Código Civil que a transcrição do imóvel só será eficaz a partir do momento em que o título for apresentado ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo, norma cuja Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31/12/1973) dispõe no mesmo sentido.

#### 2.4.7. Omissão da Administração

A omissão impede a produção de efeitos jurídicos, tornando o ato (ou o contrato) ineficaz. Só valerá perante as partes e terceiros, após realizar-se a condição necessária, que é a divulgação pelos meios próprios, pois, como bem alerta Hely Lopes Meirelles é ela requisito de eficácia; é a eficácia contida. Se, porém, apesar disso, estiver sendo executado ou já tiver sido, é fora de dúvida de que a contratada deverá ser indenizada pelo que houver realizado e pelos prejuízos regularmente comprovados, notadamente porque cabe à Administração providenciar sua publicação, não cabendo àquela responsabilidade pela omissão ou retardamento da prática desse ato, e o servidor deverá ser responsabilizado. O servidor que praticar ato em desacordo com a Lei de Licitações e Contratos sofrerá as sanções previstas no diploma legal e nos regulamentos próprios, independentemente da responsabilidade civil e criminal. E assim é porque, se a declaração de nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, desde que lhe não seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa, também na hipótese estudada, o mesmo princípio tem plena aplicação, porque se trata não de simples irregularidade, senão de frontal violação de lei. É o que ocorre, em situação semelhante, quando a rescisão do contrato se der sem culpa do contratado, hipótese em que este terá direito ao pagamento pelo que tiver executado, até aquela data, e será ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados. Marçal Justen Filho<sup>83</sup> assegura que sua não publicação ou seu retardamento não vicia a contratação nem cinde o vínculo, mas posterga o início da contagem dos prazos contratuais e provoca a responsabilização do agente público, regularizando-se o contrato com a simples publicação. Jessé Torres Pereira Júnior<sup>84</sup> afirma que a falta de publicação induz à ineficácia do

contrato, existindo o ajuste, sem que produza efeitos, concluindo o mestre que, esgotado o prazo, não se desfaz o contrato, conquanto não esteja produzindo efeitos. Aceitamos esta ponderação, também, por motivo de economia, já que o desfazimento do contrato traria malefícios à parte que não participou da omissão, devendo, entretanto, o servidor que lhe der causa ser devidamente apenado.

#### 2.4.8. O que se publica

O art. 62 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que o instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência, tomada de preços e nas dispensas e inexigibilidades, cujos preços se compreendem nos limites das modalidades anteriormente mencionadas. Todavia, dispensa-o nas demais hipóteses em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como autorização de compra, ordem de execução de serviço, carta-contrato ou nota de empenho. Essa enumeração não é exaustiva.

A lei é clara e impositiva e, portanto, a Administração Pública está obrigada a realizar prévia licitação ao fazer contratos com terceiros, referentes a obras, locações, serviços, inclusive publicidade, permissões, concessões, compras, alienações e quaisquer outros contratos, seja qual for a denominação que se lhe dê, mas faculta não fazê-lo nos casos previstos na lei.

As compras, ainda que se submetam às condições de pagamento e aquisição semelhantes as do setor privado, devem orientar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos da Administração Pública, cabendo observar que o art. 16 da Lei de Licitações e Contratos foi substancialmente alterado pela Lei nº 8.883/1994, que aprimorou sua redação, pois o legislador reconheceu a impraticabilidade e dificuldades na sua aplicação, especialmente nos pequenos Municípios. Pretendeu eliminar a burocracia, os elevados e desnecessários custos, e a lentidão, incompatíveis com esse tipo de contrato, especialmente a malfadada expressão “fechado o negócio”, na feliz observação de Carlos Pinto Coelho Motta.<sup>85</sup>

A divulgação far-se-á mensalmente. Essa inovação tornou mais econômicos e racionais os negócios com a Administração. A Lei nº 8.666/1993 determina a publicação do instrumento de contrato ou de seus adita-

<sup>83</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 2006.

<sup>84</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à nova lei das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>85</sup> COELHO MOTTA, Carlos Pinto. *Eficácia nas licitações e contratos: Lei nº 8.666/1993*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

mentos, não importando o valor, mesmo que sem ônus, fazendo ressalvas, no entanto, no art. 26.

A partir desse princípio exige-se da Administração Pública que preste contas de todos os seus atos, contratos e procedimentos. Deve manter plena transparência de seus comportamentos, exceto nas hipóteses em que o impedir o interesse público, nos casos extremos de segurança nacional ou em situações em que a divulgação prévia possa eliminar a viabilização de medidas justificáveis.

Na Constituição Federal encontram-se vários preceitos que confirmam ou restringem esse princípio:

- art. 37, *caput*;
- art. 5º, XXXIII, que assegura a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
- art. 5º, LXXII – *habeas data* – para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público ou para retificação de dados, caso não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
- art. 5º, LX, em face do qual a lei somente poderá restringir a publicidade dos atos processuais administrativos quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;
- Decreto-lei nº 3.365/1941 e Lei Complementar nº 76/1993 – exige a máxima transparência como condição de legitimidade, sob pena de não se aperfeiçoarem atos e contratos públicos, assim como também exige atos declaratórios no caso da expropriação.

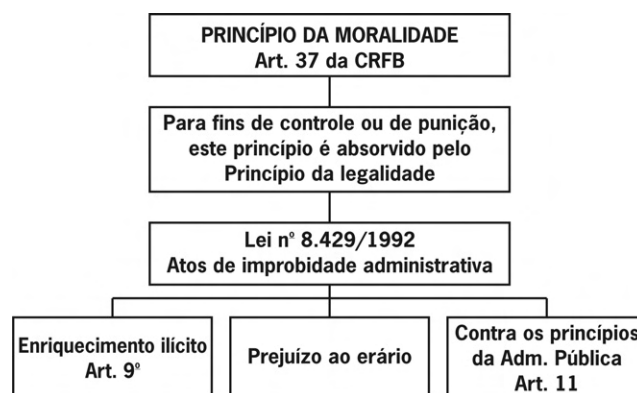
#### 2.4.9. Fins de Controle

Do que foi exposto, perceptível é o fato de que a função da publicidade dos atos e contratos administrativos não é tão somente dar início aos seus efeitos externos, mas também trazê-los ao conhecimento da população em geral, visando a propiciar seu controle por todos os interessados, só se excluindo a obrigatoriedade de sua divulgação nos casos declarados sigilosos, a exemplo dos que colocam em jogo a segurança nacional, dos relacionados a certas investigações policiais ou de interesse superior da Administração.

Ocorre que, para ter seus efeitos regulares perante as partes e a terceiros, e ser controlado, o ato administrativo só tem validade e eficácia depois de existente, ou seja, depois de oficialmente publicado. Desse modo, hipoteticamente, se um magistrado se depara, em sua comarca de atuação, com uma ação popular em face de um discurso do prefeito, cujo conteúdo consistia em substituir o nome de uma rua, que homenageava um grande historiador, pelo nome de uma palmeira, por exemplo, a referida ação será arquivada, sem apreciação de mérito, eis que não houve nenhum ato praticado pelo prefeito, somente um discurso, e discurso não equivale a ato administrativo, vale dizer. Destarte, só há que se falar em controle depois do ato administrativo devidamente publicado.

Contudo, é imperioso deixar claro que isso não significa dizer que não exista controle prévio do ato administrativo, daí existirem meios constitucionais para tanto, como o mandado de segurança preventivo, mas cabendo ressaltar que o aludido mandado não se presta a evitar o ato, e sim sua materialização.

Aspecto que também merece sinalização é o fato de que, por estarem intimamente ligadas, a *publicidade* está evoluindo para a *transparência*, embora exista uma sutil diferença entre esses termos: enquanto a publicidade se traduz no simples ato de publicar, a transparência é mais do que isto, pois que, além de publicar, o texto tem que ser claro, de fácil entendimento, sem conter expressões cheias de malabarismos verbais, de difícil interpretação, que certamente ferem a transparência do ato. Aliás, cabe aqui observar, a título ilustrativo, que a Lei de Responsabilidade Fiscal *foi a precursora em exigir atendimento à transparência*.



#### 2.5. Princípio da eficiência

Em tese, a eficiência não seria nem princípio e, sim, o resultado de uma atividade administrativa.

*José M. P. Madeira*

O último princípio constitucional explícito, insculpido no *caput* do art. 37, da CF/1988, é um princípio relativamente novo, que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 5/6/1998. É o princípio da eficiência, que deve orientar toda a atividade administrativa, de modo que a Administração tem o dever de ser eficiente quando da prática de seus atos, não podendo o administrado ser punido ante a inoperância injustificada do órgão administrativo.

Com relação a esse princípio, pouca coisa se tem na doutrina, não se arriscando os autores dele falar muito, até porque a jurisprudência é escassa, em razão de os casos concretos raramente chegarem ao Judiciário.<sup>86</sup>

Todavia, com o acréscimo do § 8º ao art. 37 do texto constitucional, feito pela EC nº 19/1998, duas normas expressas consagram o princípio em comento: a avaliação periódica de desempenho a que está submetido o servidor e a possibilidade de formalização de contratos de gestão. Note-se que ambas se justificam: a primeira, pois a Administração Pública deve buscar os melhores resultados sem desperdícios, tornando a execução de suas atribuições a melhor possível, a custos menores; e a segunda, porque os contratos de gestão aumentam a autonomia gerencial, orçamentária e administrativa de órgãos e entidades públicas. Assim sendo, na busca de maior eficiência, o Estado pode firmar parcerias com o setor privado (Parcerias Público-Privadas) ou, então, optar por delegar parte de seus serviços.

Ainda percorrendo-se sobre o princípio da eficiência, é oportuno salientar que a EC nº 45/2004, denominada *Reforma do Judiciário*, incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República, que estabelece a todos os cidadãos, no âmbito judicial e administrativo, a garantia de razoável duração do processo e os meios para permitir a celeridade de sua tramitação. Enquanto novo mandamento de Direito Fundamental, este tem por conteúdo, implicitamente, o princípio da eficiência no que se refere ao acesso da Justiça, cabendo observar que tal preceito não se limita aos processos judiciais, eis que também é aplicável aos processos administrativos. Em outros termos, essa nova garantia fundamental, além de visar à prestação de uma tutela jurisdicional mais célere, evita gastos desnecessários.

Mas, importante é ficar registrado que, em matéria de Direito, o princípio da eficiência é o que determina que a Administração Pública tem a obrigação, como sempre teve, de otimizar os recursos de pessoal e material de que dispõe, em razão da carência de seus recursos financeiros, para aplicá-lo equitativamente no atendimento das várias finalidades de interesse público a serem atendidas, para permitir o atendimento gradual de todas elas.

Partindo-se de que princípio é um mandamento fundamental que inspira a atuação administrativa, não se pode dizer, então, que a eficiência seja um mandamento inspirado de sua atuação. A eficiência é o resultado da atuação.

A eficiência pode ser medida objetivamente por meio de pareceres, peças técnicas, perícias etc.

Didaticamente, o princípio tem duas faces: uma interna e outra externa. A face interna é o dever que os servidores têm de prestar serviços à Administração Pública com a maior eficiência possível. Nesse aspecto, temos o art. 37, II, da Constituição. A regra do concurso público, por exemplo, está ligada ao princípio da eficiência, momento em que se vai constatar, *a priori*, que pessoas são mais eficientes. É claro que o concurso não serve para medir a eficiência. Às vezes, o candidato pode ser o gênio dos concursos e ser imprestável para a Administração Pública. Daí o art. 41, *caput*, da Constituição, após a Emenda Constitucional nº 19/1998, exigir que, durante três anos, fique o concursado em período de “experiência”, ao cabo do qual será avaliada sua atuação nesse período probatório de efetivo exercício para, então, adquirir a estabilidade no serviço público. Há uma comissão que será instituída para tal fim, mas fica na dependência de uma condição suspensiva, denominada avaliação especial de desempenho que, periodicamente, na forma da lei complementar, ainda não existe, assegurada a ampla defesa, tudo em conformidade com o art. 169, § 7º, da Constituição.

Finalmente, em face da externa é o direito que o usuário tem à fruição de serviço adequado (art. 37, § 3º, da Constituição Federal).

Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimentos, são obrigados a fornecer serviços

<sup>86</sup> Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência: [...] “mais parece um adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. [...] este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’” (MELLO, C.A.B., *op. cit.*, p. 112).

adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados. No que tange à prestação de serviços adequados, existe uma questão importante, que é a possibilidade de cortes no abastecimento, em função do não pagamento de tarifas. É uma questão controvertida. Tem-se invocado o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que diz quando os serviços são essenciais têm que ser prestados de maneira contínua.

Quanto a isso, o STJ já decidiu, com bastante frequência, que os serviços de água e energia elétrica são serviços essenciais e, portanto, prestados de maneira contínua, não podendo ser cortados.

Os serviços compulsórios são os impostos coercitivamente pela Administração, como, por exemplo, esgoto, coleta de lixo público, internação de pessoas com doença contagiosa. Esses serviços compulsórios não admitem corte pelo não pagamento das taxas. Dispõe a Administração de meios próprios de cobrança, devendo lançar mão desses meios, em vez de suspender os serviços de esgoto e coleta, que seria uma via oblíqua para compelir o administrado a pagar tributo. Isso não é permitido e o Supremo já decidiu nesse sentido.

Finalmente, os serviços facultativos admitem o corte pelo não pagamento das tarifas, desde que dado o aviso prévio ao usuário, sendo este necessário.

A eficiência possui uma elasticidade tão ampla que, segundo o art. 70 da Constituição Federal, abarca a legitimidade e a economicidade. Logo, os atos praticados pela Administração Pública, por ocasião de qualquer forma de controle, interno ou externo, não serão investigados apenas no tocante à legalidade.

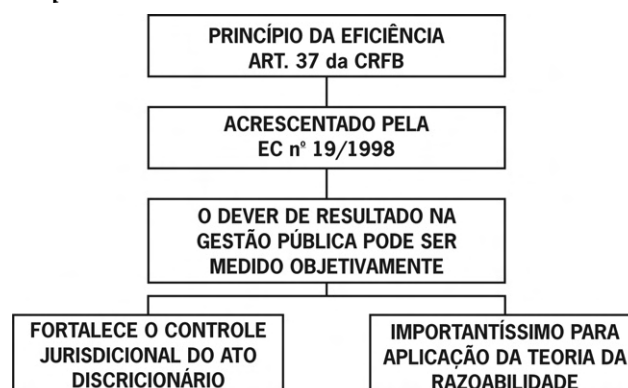
Incorporar a dimensão de eficiência na Administração Pública está intimamente ligado à capacidade de gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte. Daí, haver um rol exemplificativo, e não taxativo, no texto constitucional, desse princípio:

- a) *limites dos gastos com pessoal*. A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta e indireta, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos demais Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal,

em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal;

- b) *fim à isonomia de vencimentos*. A norma vigente do art. 37, XIII, modificada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, estabelece que é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, para os cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre os servidores dos três poderes da Federação;
- c) *participação do usuário na Administração Pública direta e indireta*, abrangendo as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, bem como representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública;
- d) *avaliação periódica dos servidores*. A finalidade de tal avaliação é tecer uma análise do servidor investido em cargo público, no que tange a sua assiduidade, disciplina, iniciativa, produtividade e responsabilidade, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa (art. 41, § 1º, III, da Constituição);
- e) *autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta*, mediante contrato com prazo estabelecido, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho;
- f) *adequação da despesa com ao pessoal*, estabelecida na lei complementar que regulamenta o art. 169, *caput*, da Constituição;
- g) *criação das Escolas de Governo, visando ao aperfeiçoamento e à atualização dos servidores públicos* (art. 39, § 2º, da Constituição);
- h) *Prêmio de produtividade*, em consonância com o art. 39, § 7º, da Constituição.

Esquema:





## 2.6. Princípio da supremacia do interesse público e indisponibilidade do mesmo pela Administração

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

*José dos Santos Carvalho Filho*

### 2.6.1. Histórico

No Direito romano, como é sabido, havia uma supervalorização do Direito Privado, o Direito Individual, enquanto o Direito da coletividade era totalmente desprovido de expressão, salvo alguns poucos termos. Esse pensamento perdurou por vários séculos, representando, sem dúvida, um atraso considerável na evolução tanto do homem, como, principalmente, do Direito.

Contudo, no evoluir da raça humana e, por conseguinte, da Ciência Jurídica, em meado do século XIX, graças às transformações sociais ocorridas drasticamente, os olhos de todos passaram a voltar-se para o até então exíguo Direito Público.

Nesse período histórico, no qual as atenções passaram a voltar-se ao coletivo, o Direito Público cresceu consideravelmente, recebendo um enorme impulso das mudanças sociais da época. Atentava-se, finalmente, à coletividade, o todo, o geral. É dentro desse contexto que vem à tona o princípio da supremacia do interesse público, ou da finalidade pública.

### 2.6.2. Considerações

O Direito Administrativo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>87</sup> se delineia em função da consagração de dois princípios: o da supremacia do interesse público sobre o privado, e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

O primeiro proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como pressuposto de uma ordem social está-

vel, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

O segundo parte do pressuposto de que a Administração possui poderes-deveres, ou seja, lhe são concedidos determinados poderes como meios para o alcance de uma finalidade previamente estabelecida, que é defesa do interesse público, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada. São poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão, ao mesmo tempo em que devem ser exercidos sem excesso, o que se caracterizaria em abuso.

Desse princípio decorre o princípio da titularidade irrenunciável da prestação de serviços públicos pelo Poder Público, ainda que delegável a execução dos mesmos (art. 175, da CF), limitação da atuação dos Estados como explorador de atividade econômica às hipóteses de relevantes interesses coletivos ou segurança nacional (art. 173, da CF), assim como oferece substrato ao subprincípio da continuidade dos serviços públicos.

Esses exemplos, segundo Juarez Freitas, acentuam que o sistema não pretende o primado do todo sobre a vontade particular, mas apenas da vontade geral legítima em relação àquela que se revelar contrária ao interesse comum.<sup>88</sup>

De acordo com Plácido e Silva, o interesse público, ao contrário do particular, é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva.<sup>89</sup>

Para Hely Lopes Meirelles,<sup>90</sup> o princípio da supremacia do interesse público está intimamente ligado ao princípio da finalidade, com aquele se confundindo, uma vez que ambos se voltam ao atendimento dos interesses da coletividade, daí a Lei nº 9.784/1999 tê-lo colocado como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública (*caput* do art. 2º), correspondendo ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a

<sup>87</sup> MELLO, C.A.B., *op. cit.*, p. 47.

<sup>88</sup> O princípio da universalização do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana não significa o arbitrário e inaceitável jugo da vontade do particular ou do cidadão, imolado para o gáudio de um volúvel e falso interesse coletivo. Ao revés, representa tão somente a indução legítima (limitada por imperativos de justiça) de que se subordinem as condutas e os bens particulares ao interesse geral digno desse nome, o qual também haverá de se configurar afinado com o interesse lícito de cada cidadão, quicá na realização da velha esperança de que o estado, que somos nós, venha a existir como legítima corporificação de uma vontade igualmente nossa, não de vertentes que almejam destruir incessantemente a sutil teia onde se ergue a construção da pólis. Esta, de alguma forma, precisa condensar todos os princípios no respeito à dignidade da pessoa humana. (FREITAS, *op. cit.*)

<sup>89</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 443.

<sup>90</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 99.

renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei” (art. 2º, parágrafo único, II).

José Cretella Júnior argumenta ser esse o princípio que informa todo o Direito Administrativo, norteador da ação dos agentes públicos na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes no processo monogenético.<sup>91</sup>

### 2.6.3. Princípio da supremacia do interesse público e a Constituição de 1988

Com a Carta Política de 1988, o Brasil se tornou um Estado Democrático de Direito e, como tal, encabeçando seus princípios fundamentais, encontra-se a supremacia do interesse público, pois Estado Democrático é aquele em que no geral governa por meio de seus representantes; é o povo, portanto, o titular do Poder.

Reza tal princípio, portanto, que o interesse público está sempre anteriormente do interesse particular. Assim, nos casos conflituosos entre interesses privados e públicos, não há que olvidar em prestigiar o interesse público, que sempre prevalece, fato facilmente exemplificado pelas prerrogativas que tem o Poder Público de, por exemplo: desapropriar a propriedade privada em prol do coletivo, como para a reforma agrária, dado que o interesse público suplanta o interesse do proprietário; exercer o poder de polícia, por meio do qual são estabelecidas algumas restrições a certas atividades e direitos individuais; exigir a função social da propriedade; defender o consumidor e o meio ambiente etc.

Sucintamente verificada a importância desse princípio informativo do Direito Público, leciona-se, então, que o interesse público compreende o interesse público primário e o secundário. Primário é o interesse público propriamente dito, constituindo-se nos interesses da sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, eis que é a lei que o consagra e que deve ser perseguido pelo Estado de modo que suprima as necessidades do povo, como educação, saúde, moradia etc. Por outro lado, o interesse público secundário é aquele meramente das pessoas estatais enquanto entidades personalizadas, mas que por isso mesmo, por exercerem função na Administração Pública, têm que buscar os

meios necessários à consecução dos anseios do povo, atendendo ao interesse da coletividade, e não ao interesse de seu próprio organismo, muito menos o dos agentes estatais.

Cabe ainda lembrar que esse princípio, também chamado de *princípio da finalidade pública*, encontra-se presente tanto no momento da elaboração da lei como no de sua execução em concreto pela Administração Pública, inspirando o legislador e vinculando a autoridade em toda a sua atuação.

Portanto, deve a Administração Pública velar pela manutenção desse princípio, haja vista ser ele o norte da própria Administração Pública. Tal afirmação é de veracidade incontestável, posto que, caso a Administração venha a atuar em prol do particular, tal ato conterà o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade.

No que tange ao laço que une o princípio da supremacia do interesse público com o princípio da indisponibilidade do interesse público, válida a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>92</sup>

Contudo, apesar de sua importância magna, é fundamental frisar que o princípio da supremacia do interesse público *não* é específico do Direito Administrativo, pois informa também outros ramos do Direito pelo traço de generalidade que se reveste, sendo, dessa forma, insuficiente para conferir ao Direito Administrativo sua autonomia.

Mesmo esse fato serve para provar ainda mais o quão inserido está o princípio da finalidade pública em um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, como o ordenamento brasileiro, de nenhum modo tirando a importância deste princípio para o Direito Administrativo brasileiro.

Portanto, inegável é o princípio da supremacia do interesse público como norte do Direito Administrativo, pois se pode perceber de maneira evidente que os demais princípios do Direito Administrativo existem para assegurar que o interesse público prevaleça sobre o interesse privado. Em matérias indenizatórias contra o Estado, torna-se imprescindível a intervenção do Ministério Público se evidenciado o interesse público, que não se confunde com o simples interesse patrimonial e

<sup>91</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>92</sup> [...] significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incube apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*. [...] as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente. (MELLO, C.A.B., *op. cit.*, p. 64-65).

econômico da Fazenda Pública.<sup>93</sup> Fora esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State*,<sup>94</sup> dedicada a atender ao interesse público.

Trata-se, desse modo, conforme acentua José dos Santos Carvalho Filho, “do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais”.<sup>95</sup> Portanto, havendo um conflito entre o interesse de um particular e o interesse público, este último prevalecerá.

Urge frisar, contudo, que não existe um artigo específico na Constituição Federal versando sobre tal princípio, mas decorre de uma interpretação sistemática do Texto Maior.

Por fim, repetindo mais uma vez, o Estado não deve apenas ter em mente o interesse público secundário. O seu objetivo maior será o interesse público *primário*, que é o interesse da coletividade. Interesse público secundário é o interesse do Estado. O interesse da coletividade poderá, perfeitamente, ser contrário ao interesse do Estado.

O respeito ao direito à propriedade constitui garantia fundamental e vem disposto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal. Essa garantia não possui caráter absoluto, devendo a propriedade cumprir sua função social (art. 5º, XXIII), sob pena de legitimar a intervenção do Estado com base no princípio do interesse público expresso em uma destinação social, cumprindo-se assim o mandamento constitucional.

A desapropriação caracteriza-se pela intervenção na propriedade, uma vez que o Estado, de forma coercitiva, transfere para si o domínio de bem de terceiro com fundamento em interesse público definido em lei.

Como pressuposto para a supressão da propriedade com base em necessidade, utilidade pública ou interesse social, a Constituição Federal garante prévia e justa indenização ao proprietário do bem expropriado (art. 5º, XXIV). O interesse da coletividade vai sacrificar o direito de propriedade em prol do interesse público maior.

Como exemplo ilustrativo da supremacia do interesse público, podemos mencionar, em termos de caso concreto, um julgado recente em que determinado cidadão, ao voltar de viagem dos Estados Unidos e de casamento marcado, resolve realizar um sonho, construir sua casa em terreno adquirido antes da sua viagem. Contudo, ao levar um engenheiro para elaborar um projeto de construção para o terreno, deparou-se com uma praça pública no mesmo local.

Trata-se de ato ilícito da Administração Pública, pois não realizou o procedimento previsto na legislação para realizar a desapropriação. Neste caso ocorreu a chamada desapropriação indireta. No entanto, certo ou errado, o Poder Público realizou algo em prol da coletividade, materializado na construção de hospital, de um posto de saúde, de uma escola pública ou de uma praça. Cabe ressaltar que os bens, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos (art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/1941).

Destaca-se que o bem alcançou *status* de bem público de uso comum do povo, impossibilitando qualquer medida reivindicatória. Para o caso, caberia apenas ação indenizatória.

As servidões administrativas, limitações, ocupação temporária, tombamento, requisição são exemplos típicos da supremacia do interesse público.

Hodiernamente, porém, o princípio da supremacia do interesse público está começando a ser questionado. Alguns autores do Sul vêm questionando os limites do sacrifício do particular, ou seja, até que ponto os direitos poderão ser sacrificados? É algo que está em moda. Não se pode usar esse princípio como remédio para toda e qualquer situação.

Em atendimento ao *princípio da indisponibilidade*, é oportuno lembrar que a Administração Pública atua em prol da coletividade, e em seu nome, mas cuja situação não lhe outorga o direito de dispor dos bens e interesses públicos. Sua função é tão somente de geri-los, conservá-los e por eles velar. Por essa razão é que a lei prevê a forma como podem ser alienados bens públicos, bem como exige licitação para contratos administrativos. O Supremo Tribunal Federal admite que os bens e o interesse público são indisponíveis, mas com ressalvas.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> STJ, REsp. 465.580, INF. 282.

<sup>94</sup> *Welfare State* = Estado/bem-estar.

<sup>95</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>96</sup> STF, RE 253.885. “Há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação desse interesse”.

Aliás, em razão desse princípio, o STF já decidiu que o poder de transigir ou de renunciar não se configura se a lei não o prevê. A relevação de prescrição é renúncia de direito que importa em liberalidade, cuja efetivação depende de autorização legislativa. Assim, repetindo mais uma vez, por força do princípio da indisponibilidade, a renúncia, total ou parcial, de poderes ou competências é vedada, salvo se houver autorização legal (art. 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.784/1999). Além disso, não pode a Administração Pública deixar de usar os meios judiciais e extrajudiciais para repelir a turbacão, o esbulho e a indevida utilização de áreas públicas.<sup>97</sup>

Bem recentemente, tal tema foi objeto na prova de ingresso para a Procuradoria Geral do Estado, nos seguintes termos:

Ajuizou-se ação indenizatória em face do Estado do Rio de Janeiro em decorrência de danos oriundos de ato ilícito praticado por agente público estadual. Indaga-se à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público se é possível ao Estado celebrar transação nos autos para pagar valores pecuniários sem a observância do art. 100, *caput*, da CRFB/1988.

A solução para a questão deve ser buscada na esfera principiológica. Não podemos deixar de considerar que o princípio da indisponibilidade do interesse público existe e é de observação obrigatória pela Administração Pública. Contudo, outros princípios tão importantes quanto devem ser igualmente observados. É o que os constitucionalistas chamam de ponderação de princípios (ou ponderação de valores ou interesses). Isto ocorre quando há mais de um princípio aplicado à hipótese em flagrante conflito. A situação que se apresenta não foge deste quadro, afinal de um lado temos o já mencionado princípio da indisponibilidade do interesse público, e de outro lado temos o princípio da economicidade, que em seu âmago deriva do princípio do interesse público. O primeiro princípio impõe-se na medida em que não é permitido ao Administrador abrir mão de seu direito, como representante da coletividade, de litigar em busca de provimento judicial favorável, para realizar qualquer tipo de transação que imponha ônus para a Administração. Enquanto o segundo princípio apresenta-se de forma que ao Administrador, em prol do interesse público, é lícito realizar os atos de administração

de modo a gerar a maior economicidade para o Estado. Desta forma, uma transação que, realizada, economize anos de litígio, liberando a máquina administrativa deste encargo e talvez até evite um valor maior em sede de condenação judicial está em perfeita sintonia com o interesse público. Inobstante o que foi explanado, o Estado deve observância a outro princípio, o da legalidade, pelo que só poderá agir de acordo com o que estiver previsto no ordenamento jurídico. Assim, em havendo lei que autorize a transação será perfeitamente possível a realização da mesma para pagar valores pecuniários sem observância ao regime dos precatórios. Particularmente no Estado do Rio de Janeiro, a previsão encontra-se na Lei Estadual nº 5.177/2007. Também na União existe esta previsão, segundo o disposto na Lei nº 9.469/1997.

Há que se fazer a ressalva que tais recursos não poderiam ser retirados de verbas rubricadas para pagamento de precatórios (violação oblíqua da isonomia), bem como só haveria possibilidade de transação quanto a direitos patrimoniais disponíveis da Administração. Deve-se fixar como divisor de águas o trânsito em julgado, no sentido de que antes de a sentença do Tribunal julgar poderia haver acordo. E, nas situações em que é possível a transação, o pagamento seria feito de forma imediata, sem precatório!

A questão não é tão nova. Há precedentes do TJSP, datados de 1989, nos quais era admitida a transação, para pagamento dos valores devidos, independentemente de precatório, desde que houvesse manifesta vantagem para a Fazenda Pública – como, por exemplo, no afastamento de juros e multa de mora, e redução expressiva do valor do débito.

Em função do princípio da indisponibilidade dos bens públicos, a alienação de bens públicos é forma excepcional de gestão patrimonial. Por tal razão, os bens da Administração, em regra, só poderão ser alienados se demonstrado o *interesse público* específico e após a realização de prévia avaliação do bem, de acordo com as regras do art. 17 da Lei nº 8.666/1993.

Assim, para transferir bens de sua propriedade, a Administração Pública precisa obedecer, além das regras aplicáveis da legislação civil, aos princípios de Direito Público, além da própria lei de licitações.

<sup>97</sup> Os Procuradores Federais, Estaduais, Municipais, os Procuradores do INSS, os membros da Advocacia-geral da União, os procuradores da Fazenda Nacional, não podem *transigir* nas ações cíveis judiciais, ou seja, regra geral, *não cabe acordo judiciais* com a parte devedora do Estado, salvo se a Lei autorizar – Exemplo: Juizados Especiais Cíveis, se houver lei, cabe transação (Borges, José Arthur Diniz, *Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 83).

Destaca-se que, quando o bem pertencer a órgão da Administração Pública direta, entidade autárquica ou fundação, de qualquer dos Poderes, há necessidade de prévia autorização legislativa – que desafeta o bem tornando-o disponível. Apesar de tal exigência não ser feita para a Administração indireta, necessário se faz atentar para as normas de gestão de cada ente, via de regra, lei, estatuto.

Quanto à avaliação do bem público a ser alienado, ela deve sempre regular com o valor de mercado, sob pena de não aprovação das contas com a consequente imputação do débito ao responsável pela alienação do bem público pelo valor a menor.

Relativamente ainda à avaliação, interessante notar que, em se tratando da Administração direta e havendo no Poder Executivo órgão que cuide do patrimônio imobiliário, deve ele ser o responsável por essa avaliação, ainda que pertença o bem aos outros Poderes (Legislativo, Judiciário), ao Ministério Público ou até mesmo ao Tribunal de Contas, conforme destaca Antonio Roque Citadini<sup>98</sup>.

Importante novidade, conforme destaca Jessé Torres Pereira Júnior,<sup>99</sup> foi a trazida pelo art. 44 da Lei nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que inaugura seção cujo título é “Da Preservação do Patrimônio Público”. Tal dispositivo veda a aplicação de receita de capital, derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público, para satisfação de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos. Isto significa que a Administração Pública não pode optar em alienar seus bens para pagar contas, salvo se esses recursos ou esses bens forem destinados à previdência social. Ou seja, se a Administração pretender alienar bem de seu patrimônio, deverá esclarecer, nos autos do processo administrativo, que não aplicará os recursos provenientes dessa venda para o pagamento de despesas correntes.

A licitação será dispensável quando existam razões de ordem legal que recomendem ou reconheçam a desnecessidade da competição, ou seja, a dispensa ocorre

nas hipóteses em que a realização de licitação pública importaria sacrifícios ou gravames de monta ao interesse público, que não poderiam com arrimo na razoabilidade ser suportados pela coletividade.

Hipóteses legais de dispensa de licitação, previstas no art. 17.<sup>100</sup>

## I) Imóveis

A *Dação em pagamento*: trata-se de forma de extinção da obrigação em que credor e devedor celebram um acordo de vontades, por meio do qual o primeiro concorda em receber do segundo, para exonerá-lo da dívida, prestação diversa da que lhe é originalmente devida.

Note-se que a dação em pagamento deve também observar o interesse público e ser efetivada de modo que não cause qualquer prejuízo ao erário, ou seja, a operação deverá ser realizada tendo em mira a vantagem econômica para a Administração Pública, pena de não aprovação das contas e responsabilização dos envolvidos. Sobre o tema já se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no processo nº 27.857/026/2002.

A *permuta* caracteriza-se pela troca de um bem por outro. Note-se que poderá, se for o caso, ocorrer a compensação em dinheiro sem que isso venha descaracterizar a troca. O saudoso professor Hely Lopes Meirelles sempre entendeu que:

[...] a permuta pressupõe igualdade de valor entre bens permutáveis, mas é admissível a troca de valores desiguais com reposição ou torna em dinheiro do faltante. Essa complementação em pecúnia, para igualarem-se os valores das coisas trocadas, não desnatura a permuta, desde que a intenção precípua de cada parte é obter o bem da outra.<sup>101</sup>

Destaca-se ainda que a permuta de bens imóveis deve (I) atender às finalidades precípua da Administração Pública (necessidades de instalação e localização do imóvel); (II) o preço do imóvel deve ser compatível com o valor de mercado; (III) o imóvel deve submeter-se à prévia avaliação.

<sup>98</sup> CITADINI, Antônio Roque. “Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas”, 2006, p. 101

<sup>99</sup> TORRES, Jesse, *op. cit.*, p. 202-203

<sup>100</sup> Cabe destacar que o art. 17 prevê hipóteses peculiares de dispensa, diversas daquelas determinadas no art. 24, pois, como ensina Jessé Torres Pereira Júnior, “neste, a licitação é dispensável, ou seja, entrega-se ao alvedrio da autoridade competente dispensar ou não o certame, no caso concreto que se enquadrar nas configurações tipificadas nos incisos. No art. 17, a licitação já está dispensada pela lei, descabendo a discricionariedade administrativa”.

<sup>101</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, p. 40.

No que tange à *investidura*, o § 3º do artigo ora em apreço determina o que deve ser entendido como *investidura*. Assim, a *investidura* descrita no inciso I do § 3º é figura criada com o escopo de regularizar a situação das áreas remanescentes de obras públicas, desde que isoladamente tornem-se inaproveitáveis, razão pela qual devem ser alienadas aos proprietários de áreas lindeiras, para utilização conjunta com aquela a que se incorporar.

Entende-se que a dispensa do certame licitatório em razão da *investidura* vem homenagear o instituto da função social da propriedade, estabelecido na Constituição Federal. E não poderia ser de outro modo, pois, não seria razoável e não atenderia aos objetivos constitucionais que área restante, inferior a 120 m<sup>2</sup>, de obra pública – inaproveitável para a Administração, bem como para terceiros – deva submeter-se ao complexo procedimento licitatório, por redação da Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Muito mais simples, portanto, sua alienação aos proprietários de imóveis confrontantes, desde que observados os demais requisitos do inciso.

Sobre a venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, destaca-se de plano que o negócio jurídico pode ocorrer entre entes públicos (União, Estados e Municípios) e entidades vinculadas da Administração indireta de qualquer deles (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Note-se que o dispositivo em comento, acrescido pela Lei nº 8.883/1994, cria, em favor das entidades integrantes da Administração Pública, tão somente a preferência na aquisição do imóvel a ser alienado.

Assim, havendo interesse de particulares que superem a disponibilidade de pagamento do órgão ou entidade da Administração Pública, a dispensa não estará autorizada. Nesse sentido são os ensinamentos de Marçal Justen Filho, para quem:

[...]o dispositivo não autoriza operações danosas e prejudiciais ao patrimônio público, como é óbvio.

Se o bem for desafetável e existirem terceiros interessados em formular propostas mais vantajosas para a Administração Pública, o art. 17, I, e, não constituirá fundamento para a alienação por valor inferior ou em condições menos benéficas. Será caso, então, de promover a licitação.<sup>102</sup>

Aliás, esse entendimento é o que melhor promove os princípios constitucionais norteadores das atividades

administrativas e, em particular, o princípio setorial da proposta mais vantajosa, esculpido no art. 3º.

Portanto, selecionar a proposta mais vantajosa visa, em última instância, a atender ao interesse público. Dessa forma, a licitação que instigue a competição, para dela emergir a proposta mais vantajosa, afasta-se de sua finalidade legal e institucional, impondo à autoridade competente o dever de invalidá-la por vício de legalidade, com a consequente apuração das responsabilidades administrativa e penal por desvio de poder, caracterizado por ato de improbidade administrativa.

Sobre a *alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis* construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social por órgãos ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim, tem-se que tal alínea, também acrescentada pela Lei nº 8.883/1994, trata especialmente dos imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, dispensando, também, o procedimento licitatório a alienação, a concessão de direito real de uso, a locação e permissão de uso, desde que tais negócios sejam realizados por órgãos ou entidade da Administração Pública criados para esse fim.

## II) Móveis

Tratando-se de bens móveis, desde que também observados os requisitos do *caput* do art. 17 e seu inciso II – avaliação prévia e interesse público –,<sup>103</sup> a licitação é dispensada nos seguintes casos: doação; permuta; venda de ações que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; venda de títulos, na forma da legislação pertinente; venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

*Doação* – permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após a avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação. Para a doação de um bem móvel é necessário que a Administração Pública faça não só uma avaliação econômica, como também deve ser feita avaliação de mérito, ou seja, deve ser avaliada a conveniência

<sup>102</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 6. ed., Rio de Janeiro: Aide, 2005, p. 107.

<sup>103</sup> Note-se que o inciso II do art. 17 não traz a exigência de autorização legislativa como faz para os imóveis.

e a oportunidade que justifique ser, a doação, a melhor forma de alienação no caso concreto. Importante frisar ainda que, apenas quando efetivamente demonstrado o interesse social na doação, a lei autoriza a sua realização.

Em processo administrativo<sup>104</sup> que bem caracteriza o tema ora em análise, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro asseverou que:

[...]no caso de que se ocupam estes autos, cogita-se de doação de material inservível, hipótese de alienação na qual a lei dispensa a licitação, independentemente da descrição do administrador quanto a licitar ou não, mas de modo a obrigá-lo ao exame de dois elementos vinculantes da decisão de doar, como alternativa à alienação de outra espécie: (a) a finalidade a que destinará o bem doado, que há de ser de interesse social; (b) a avaliação da oportunidade e da conveniência sócio-econômica da doação.

A proposta atende a ambos os elementos. Quanto ao primeiro, porque o órgão donatário integra a Administração direta do Estado do Rio de Janeiro (Secretaria de Justiça) e desenvolve atividade assistencial junto a egressos do sistema penitenciário. Recorde-se que a Lei nº 287, de 04/12/1979 (Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública do Estado do Rio de Janeiro), admite que os bens móveis do Estado, que se tenham tornado obsoletos, imprestáveis, de recuperação antieconômica, ou inservíveis ao serviço público poderão, mediante autorização do governador ou da autoridade administrativa competente, ser doados, com ou sem encargos, à pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, cujo fim principal consista em atividade de relevante valor social (art. 169, § 2º).

Os trabalhos realizados pelo órgão requerente são dessa índole. Quanto ao segundo elemento, é conveniente e oportuna a alienação, mediante doação sem encargos, porque o órgão competente atesta que o material é obsoleto e ocupa espaço em depósito, apenas com vistas à respectiva baixa. Sua retirada, portanto, abriria espaço para o estoque de bens necessários ao atendimento das necessidades corriqueiras da Administração, para as quais os materiais visados não mais são aptos, pelo fato de serem obsoletos.

Com esses fundamentos foi autorizada a doação dos bens móveis com base no art. 17, II, *a*, da Lei nº 8.666/1993.

*Permuta* – é permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública. A afirmação “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública” encontra-se com a eficácia suspensa pela medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 927-3. Destaca Antônio Roque Citadini<sup>105</sup> que a restrição do dispositivo possibilita a permuta somente entre órgãos ou entidades da Administração Pública, e que, em função do decidido pelo Tribunal Supremo, tal restrição só se aplica aos bens da União, uma vez que suspensa a aplicação do trecho do dispositivo para os Estados.

No que tange à venda de ações que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica – a legislação específica a tratar do assunto é a Lei nº 6.385/1976, a Lei nº 4.728/1968 e a Resolução do Bacen nº 39 de 20/10/1966. Assim, a venda de ações em bolsa de valores poderá ocorrer obedecendo-se às normas legais próprias e mediante prévia avaliação.

Note-se que a referida Lei nº 6.385/1976 dispõe ser obrigatória a intervenção de uma corretora de valores na intermediação da venda das ações entre a empresa e o acionista; nesse caso, portanto, indispensável o procedimento licitatório para a escolha da corretora, aliás, o Tribunal de Contas já se pronunciou acerca da:

[...] importância do papel executado pelas sociedades corretoras para o sucesso da negociação, tanto no mercado de bolsa como fora dele, em razão da grande especialização exigida nesse ramo comercial e das vultosas somas de recursos envolvidos. Essas empresas atuam como intermediárias na compra e venda de ações e são remuneradas na forma de comissões sobre o valor negociado e pactuado (...) Dessa forma, restou caracterizado que tal tipo de serviço somente poderá ser contratado pela Administração Pública, mediante licitação, nos termos da mencionada lei.<sup>106</sup>

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as ações só poderão ser vendidas em bolsa de valores mediante autorização legislativa.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Processo Administrativo TJRJ nº 8.772/1999.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, p. 105.

<sup>106</sup> Decisão nº 433/2006 – Plenário – TCU.

<sup>107</sup> “Sociedade de economia mista. Alienação de ações. Autorização legislativa. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, ações de sociedade de economia mista. 2. Segundo os dispositivos impugnados, as ações de sociedades de economia mista do Estado do Rio de Janeiro não poderão ser alienadas, a qualquer título, sem autorização legislativa. Mesmo com autorização legislativa, as ações com direito a voto das sociedades aludidas só poderão ser alienadas, sem prejuízo de manter o Estado o controle acionário de 51% (cinquenta e um por cento), competindo, em qualquer hipótese, privativamente, à Assembleia Legislativa, sem participação, portanto, do Governador, autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado. (...)” (STF– ADIn nº 2.341; Min. Neri da Silveira; 22/06/2005; RDA, v. 203, mar./jun. 2005, p. 173).

A respeito da venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades, trata-se de dispensa de licitação quando da venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades criadas especialmente para essa finalidade.

O § 2º do dispositivo em comento dispõe que a Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, sendo dispensado o procedimento licitatório quando o uso se destinar a outro órgão ou entidade da Administração Pública. Trata-se de norma restritiva a admitir a concessão de direito real de uso tão somente se o concessionário integrar a Administração Pública.

Com isso justifica-se a dispensa de licitação, posto que os competidores seriam entes ou entidades da própria Administração.

Quanto ao § terceiro e seu inciso, é interessante analisar os comentários feitos à alínea *d* do inciso I do artigo em voga.

Os arts. 4º e 5º a Lei de Licitações tratam da hipótese de doação com encargo. Assim, dispõe no § 4º que tal doação poderá ser feita prestigiando-se o procedimento licitatório. Nessa hipótese, portanto, a licitação deve ser observada, presumindo-se participarem interessados que não sejam da Administração Pública, os quais devem cumprir as condições do edital.

Tal edital, aliás, deve “obrigatoriamente” conter os encargos, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão do bem ao doador na hipótese de inadimplemento dos encargos. Será nula, por conseguinte, a doação com encargo que omita qualquer desses requisitos, como se o bem doado jamais houvesse deixado a esfera patrimonial do doador.

Trata-se de norma cogente – sancionatória – e de ordem pública, inafastável pela vontade das partes, ainda que ambos integrem a Administração Pública. Ressalte-se que o tratamento dado à doação com encargo ficou agora aperfeiçoado com a redação conferida pela Lei nº 8.883/1994, que deixou claro só estar dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado pelo ente público. Cabe observar ademais que o § 5º prevê a hipótese de o doatário, tendo necessidade, vir a dar o bem recebido em hipoteca de 1º grau (garantia de financiamento). Nesse caso a cláusula de reversão e as demais obrigações serão garantidas por hipoteca de 2º grau em favor do doador.

## 2.7. Princípio da autotutela

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

*Maria Sylvia Zanella Di Pietro*

Do princípio da legalidade, observamos que se origina um outro, que está implícito na Constituição, chamado princípio da autotutela – um dos mais importantes corolários do princípio da legalidade –, que alguns autores também chamam autocontrole.

Aliás, como costume dizer, o princípio da legalidade vem antes e até aqui, isto é, o princípio da autotutela ou autocontrole vem depois, antes e até a emissão do ato administrativo, visto que só se pode praticar o ato havendo previsão; então, toma-se a lei e emite-se o ato (princípio da legalidade), e nesse momento é que entra em atividade o princípio da autotutela ou autocontrole.

**Importante:** diz o princípio da autotutela que, mesmo sendo emitido o ato, a Administração Pública tem o dever, de ofício, de controlar a legalidade dos atos que praticou e, continuamente, rever, reexaminar esta legalidade; a partir daí, tem o dever de anular os seus próprios atos, havendo uma súmula importantíssima do STF nesse sentido, que é a de nº 473, que assim começa: “A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; [...]”; ela exerce autocontrole e autotutela sobre a legalidade de seus atos.

Para ilustrar, temos o exemplo daquele servidor público aposentado que teve seus proventos reduzidos em dezembro de 1998, sob a alegação de que houve erro do Sistema Integrado de Administração de Pessoal – Siaspe, que o enquadrara, no período de março/1997 a novembro/1998, erroneamente, em categoria funcional de médico com jornada semanal de trabalho de 40 horas, quando, na verdade, sua carga horária era de 20 horas.

Rebelando-se contra o ato administrativo que determinou a reposição de valores ao erário a ele pagos a maior, o médico aposentado entrou com mandado de segurança, visando a compelir a União a se abster de efetuar os descontos em seus contracheques a título de reposição, alegando não ter havido concorrência para o fato e nem má-fé, decorrendo o erro de culpa exclusiva da Administração, e que, por isso, não poderia lhe impor o ressarcimento ao erário. Além do mais,



tais descontos somente deveriam ser efetuados após a instauração do procedimento administrativo, que apuraria a existência ou não de tal débito, assegurando-lhe o direito do contraditório e da ampla defesa, consoante o art. 5º, LV, da Constituição. Assim sendo, inicialmente, foi-lhe deferida liminar, que determinou a imediata cassação dos descontos, por entender o juízo que os descontos promovidos iriam gerar significativa redução em seus proventos, os quais possuem natureza alimentar, conforme art. 48 da Lei nº 8.112/1990.

Na apelação, assevera a União que os descontos efetuados não possuem o caráter de penalidade, mas sim de mera revisão de ato eivado de nulidade (princípio da autotutela), refletindo, pois, a faculdade/dever da Administração de rever seus próprios atos, além de que, a teor da Súmula nº 235 do Tribunal de Contas da União, os servidores ativos, inativos e os pensionistas estão obrigados, por força de lei, a restituir ao erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, ainda que reconhecida a boa-fé. Assim, não constitui óbice a que a Administração, detectando erro no enquadramento funcional do servidor, originado por falha do Siape, proceda à retificação pertinente, causando ao servidor, por consequência lógica, o incômodo, mas necessário e legítimo dever de restituir ao erário o quanto lhe foi pago a maior, embora a natureza alimentar dos salários dos servidores públicos os coloquem a salvo de penhora, arresto e sequestro, excetuada a hipótese de prestação de alimentos definida por decisão judicial.

Cabe ressaltar, entretanto, que, nesse caso, uma vez detectado o erro pela Administração, despidendo-se faz a instauração de procedimento administrativo para que se proceda à correção, bastando, apenas, a simples comunicação ao servidor (art. 46 da Lei nº 8.112/1990), dentro do poder de autotutela da Administração Pública, conforme se pode observar na ementa do julgado, pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro, Segunda Região, cujo relator foi Sergio Schwartz:

Ementa: administrativo. Servidor público aposentado. Proventos recebidos a maior. Erro no sistema. Dever de reposição ao erário.

I – Não é parte ilegítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança a autoridade apontada como coatora que, ao ser noticiada do deferimento de liminar, dá cumprimento integral à referida decisão, promovendo o desfazimento do ato inquinado de ilegal.

II – Os servidores públicos ativos, inativos e os pensionistas estão obrigados a restituir ao erário os valores percebidos indevidamente, ainda que de boa-fé.

III – Sob o pálio do poder de autotutela da Administração Pública, bem como à luz do art. 46 da Lei nº 8.112/1990, dispensável a instauração de procedimento administrativo para que se proceda aos descontos nos vencimentos/proventos do servidor público a título de reposição ao Erário, bastando, tão somente, mera comunicação prévia.

IV – Recurso e remessa oficial providos.

Desse modo, à União foi dado provimento ao recurso, por se entender que a atuação da autoridade impenetrada se deu dentro dos limites da legalidade, não havendo que se falar, assim, em Direito líquido e certo a ser amparado naquele *writ*.

Em sentido contrário, destacamos o caso de uma empresa particular que, pela inobservância das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, impetrou mandado de segurança contra ato de um determinado governador, que decretou a anulação de contrato de prestação de serviços celebrado entre ela, empresa, e o governo do Estado, em face da existência de suposto vício de forma, ou seja, sem o regular procedimento administrativo, o que viola o art. 37, XXI, da CF/1988, e o art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993, e suas alterações.

Em primeiro lugar, há de se atentar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, não mais se admite que o Poder Público utilize seus poderes de forma absoluta, sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), que encerram o devido processo legal. Assim sendo, a jurisprudência prega a necessidade de compatibilizar o poder de autotutela da Administração com aqueles outros relativos à segurança das relações jurídicas, no resguardo da boa-fé e do próprio interesse. Então, se é o interesse público que deve prevalecer sobre o particular, tal supremacia não confere à Administração o direito de invalidar um ato administrativo, contrato de prestação de serviços perfeito e acabado, que restringe direito de particular, sem que lhe seja oportunizado o exercício das prerrogativas constitucionais. Ora, fundamentando-se apenas no poder de autotutela do Estado, sem oportunizar a ampla defesa e o contraditório ao particular, não poderia a Administração, simplesmente, decretar a nulidade do contrato celebrado, tendo decidido, não por menos, a Corte Suprema, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 108.182, em acórdão da lavra do ministro Oscar Corrêa, abrandando o teor da Súmula nº 473, que “se não se nega à Administração

a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio”.<sup>108</sup>

Segundo, há de se observar que, se houve eventual violação do art. 37, XXI, da CF/1988, como foi aventado pela Administração estadual, a correção do ato não pode ser levada a efeito com fundamento em outro ato eivado de inconstitucionalidade, que viole o direito do devido processo legal. E, nesse sentido, prega a doutrina que:

[...] se torna necessário que a Administração, defrontando-se com hipótese justificadora da invalidação, instaure procedimento administrativo no qual seja proporcionada ao contratado ampla defesa, bem como motive expressamente o ato que declarar a nulidade do contrato. Por mais de uma razão se justificam tais formalidades. Em primeiro lugar, há interesse do contratado na consecução do contrato. Depois, o contratado, por força desse interesse, deve ter a oportunidade de defesa da validade contratual, o que se coaduna com o mandamento insculpido no art. 5º, LV, da CF. Por fim, deve-se conferir ao particular o direito de confrontar as razões invocadas administrativamente pela Administração para possível exame de sua legalidade no Judiciário.<sup>109</sup>

Como foi verificado que o referido contrato foi precedido de todas as formalidades legais, inclusive com pareceres da Procuradoria-Geral do Estado, do Tribunal de Contas, da Secretaria de Estado da Integração e da Companhia de Informática do Paraná – Celepar, donde ficou concluído que, em razão de todos os esclarecimentos prestados, não restavam dúvidas quanto à legalidade da contratação, a boa-fé e a transparência administrativa, tampouco quanto à ausência de má-fé por parte de todos os agentes públicos envolvidos no processo administrativo, e a Administração Pública só pode agir

*secundum legem*, o Tribunal de Justiça do Paraná, por maioria dos votos, concedeu a segurança para anular o tal decreto expedido por aquele governador, sem prejuízo de que, por meio de procedimento administrativo regular, possa a Administração proferir nova decisão, assegurando o direito ao devido processo legal.

Assim vemos que a autotutela não só envolve a atuação administrativa quanto ao aspecto concernente à legalidade, mas também quanto ao mérito. Dessa forma, da revisão, do reexame, pode também a Administração, por exemplo, verificar ter havido uma modificação da realidade que a leve a reconsiderar a conveniência e oportunidade para o ato continuar a ser executado, a ela cabendo, então, revogá-lo, dando-se como exemplo o caso de um edifício, que se constatou estar em ruínas, e que foi interditado. A família obteve licença, fez obras e a construção, agora, está perfeita. Então, fazendo um juízo de conveniência e oportunidade, o autocontrole e autotutela é capaz também de revogar, ou seja, se o motivo deixou de existir, não há mais finalidade da interdição, sendo desinterditado o edifício.

Outro exemplo seria aquele em que a Administração fez uma permissão de uso para um determinado particular, mas precisa do terreno, que é público, para construir um hospital: revoga-se a permissão para a prestação do serviço público.

Portanto, a autotutela serve não somente para anular, mas também para revogar atos administrativos e, voltando-se à Súmula nº 473 do STF, diz ela, em sua segunda parte, que a Administração pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respondendo pelos efeitos respectivos (pode gerar a responsabilidade civil tanto a revogação quanto a anulação), ressalvado o

<sup>108</sup> Não pode o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos ser afastado unilateralmente. Necessário instaurar processo administrativo.

Primeira Corrente: Segunda Turma do STF.

1º caso: Ato Administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais.

Exemplos: Alteração unilateral de proventos de Aposentadoria – suspeita de fraude ou situação irregular.

STF – Não cabe a Administração Pública, a pretexto de corrigir o Ato adotar procedimento unilateral.

2º caso: Que já considera anteriormente algum direito ao administrado.

Exemplo: Concurso Público – Feitura – Aprovação – Nomeação – Posse – Exoneração (alegação de fraude). Há de observar-se o devido Processo Legal para o afastamento.

2ª Corrente: Primeira Turma do STF.

- Pode o Princípio da Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativo ser afastado unilateralmente: não será necessário instaurar processo administrativo.

- Se não há litígio, nem acusação procede à autoexecutoriedade do Ato Administrativo sem o devido processo legal (Súmula nº 473/STF), ou seja, anulação do Ato Administrativo decorrente do Princípio da Autotutela.

Exemplo:

Anulação de nomeação de servidor – Concurso Público – Posse – Exoneração – Procedimento irregular – Administração pode anular sem necessidade o devido processo legal – servidor prestou concurso para um cargo e foi nomeado para outro cargo (*op. cit.*, p. 92-95).

<sup>109</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 172.

reexame pelo Judiciário em ambos os casos (o Judiciário pode rever atos de revogação como de anulação).

Também do princípio constitucional da legalidade mais outro dele se origina, o qual é de extrema importância, que é o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público, até porque, se a lei é a única fonte primária de Direito Administrativo, se a Administração Pública existe para zelar pelo interesse público na forma da lei, será ela, a lei, portanto, que vai fixar o interesse público. Mas, como?

Nós vimos que o interesse público tem valor superior ao interesse privado, qualquer que seja; o interesse público vale mais politicamente do que o interesse privado, e é legítimo pela supremacia do interesse público. Assim sendo, para se visualizar a supremacia do interesse público, basta observar o art. 5º, XXII até XXIV, da CF/1988, sendo indiscutível que: é garantido o direito de propriedade (XXII); a propriedade atenderá a sua função social – primeira restrição em favor do interesse social (XXIII); a lei estabelecerá os casos de desapropriação por necessidade e utilidade pública, e por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (XXIV). É esta uma garantia constitucional, que a lei fixará os casos de desapropriação – supremacia do interesse público sobre o privado –, quando ela poderá tirar a propriedade do indivíduo, cuja garantia será mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Então, precisamos observar, atentamente, o seguinte:

- 1º) a limitação do interesse do Direito Privado, mediante o interesse público: desapropria-se a propriedade, garantindo-se a justa e prévia indenização; e
- 2º) a indisponibilidade do interesse público, porque o interesse público não pertence a ninguém, nem a mim e nem a própria Administração Pública, e é por isso que ela não pode dispor do interesse público. Ela zela por ele.

No processo penal, o Ministério Público não pode desistir da ação penal, pois ela é uma manifestação concreta de um princípio de Administração Pública. Mas, por que o Ministério Público não pode desistir da ação penal? Exatamente porque ele estaria desistindo concretamente de um interesse público, uma vez ajuizada. Apesar de se chamar, pomposamente, de *dominus litis* (= aquele que ajuizou a ação), não é nada disso, pois, se fosse, ele poderia desistir da ação penal, e não pode. O Ministério Público não é o dono da ação penal no senti-

do de dispor dela, e isso vale em Direito Administrativo e outros ramos.

O art. 74 da CF concede aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário o sistema de controle interno de seus atos. O exercício dessa autotutela que se reconhece à Administração Pública corresponde ao poder-dever de anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou de revogá-los, quando conveniente, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial, segundo a Súmula nº 473 do STF.

O controle externo dos atos, contratos e procedimentos públicos é realizado pelo Poder Legislativo (art. 49, X, da CF) e exercido como o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71 da CF). O art. 74, § 2º, da Constituição garante a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato ser parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. Também as contas dos Municípios ficarão, durante 60 dias anualmente, à disposição de qualquer contribuinte para exame e apreciação (art. 31, § 3º, da CF).

Outros meios processuais existentes para a aplicação do referido princípio, como a ação popular, a ação civil pública, a defesa do consumidor de serviços públicos e a ação civil de improbidade administrativa.

Cabe acentuar, ainda, que segundo o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/1988, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com essa força específica, sobre as contendas entre a Administração e os administrados. Só a ele cabe decidir definitivamente sobre quaisquer litígios de direito.

## 2.8. Princípio da continuidade dos serviços públicos

Os serviços públicos essenciais não podem ser interrompidos. Uma Delegacia de Polícia tem que funcionar 24 horas por dia, assim como os plantões de emergência, os transportes e outros serviços essenciais.

José M. P. Madeira

O estabelecimento de um serviço público só se justifica se atende ao interesse público. Assim observado, o serviço público haverá de ser prestado com regularidade, sob pena de sua interrupção implicar em apuração de responsabilidade objetiva do Estado.<sup>110</sup>

Empresa concessionária de serviços públicos, insatisfeita com o reiterado descumprimento das normas con-

<sup>110</sup> GASPARINI, Diógenes. Op. cit., p. 17. “[...] os serviços públicos não podem parar, porque não param os anseios da coletividade. Os desejos dos administrados são contínuos. Daí dizer-se que a atividade da Administração Pública é ininterrupta.”

tratuais pelo poder concedente, não pode interromper ou paralisar os serviços que presta. De acordo com o parágrafo único do art. 39, Lei nº 8.987/1995, só poderá interromper o serviço depois da decisão judicial, em função do princípio da continuidade do serviço público.

Portanto, a continuidade é uma das características do serviço público, podendo-se processar o Estado em caso de descontinuidade de serviço essencial, exceto nos casos de situação de emergência, mediante aviso prévio, e de inadimplemento do usuário, ressalvado o interesse da coletividade. Quando o usuário presta um serviço essencial, a cobrança será por meios ordinários, e não coercitivos.

O princípio da continuidade encontra-se aplicado em vários momentos, a exemplo da greve, que é vedada em serviços de natureza essencial e em outros considerados, por lei, como imprescindíveis ao desenvolvimento e à segurança da sociedade, prevendo o art. 37, VII, da CF/1988 que o direito de greve será regulado por lei específica. A Constituição da República veda expressamente o exercício do direito de greve pelos militares (art. 142, § 3º, IV).

Outro exemplo se refere aos contratos administrativos, quando, para evitar a paralisação das obras e serviços, é vedado ao particular contratado, dentro de certos limites, opor em face da Administração a exceção de contrato não cumprido. Daí guardar esse princípio estreita pertinência com o princípio do interesse público.

Contudo, há de se destacar o entendimento de José Cretella Júnior, quando afirma que a continuidade:

[...] não significa que todos os serviços devem funcionar de maneira permanente, porque muitos deles são por natureza intermitentes, como, por exemplo, o serviço público eleitoral [...], mas significa que o serviço deve funcionar regularmente [...].<sup>111</sup>

E é a isso que eu estou me referindo, a regularidade, mas a continuidade tem que existir. Uma delegacia de polícia não pode fechar as portas, por quê?

Porque o art. 144 da CF/1988, ao tratar de segurança pública, não colocou o limite de horário, isto é, que só haverá segurança pública das 7 às 17 horas, e depois, os outros que se virem. É verdade que nós vemos as ruas sem policiamento depois de uma determinada hora, mas isso pode gerar responsabilidade civil para o Estado por falta de prestação do serviço adequado. É a chamada

falta do serviço por quebra do princípio da continuidade, por inexistência do serviço.

Em outras palavras, se nós precisarmos de ônibus no Rio de Janeiro às três horas da manhã, nós o teremos lá pelas seis, mas vamos ter, em razão da regularidade. Nós convivemos com uma ilegalidade, que é o metrô da cidade, que fecha às 23 horas e reabre às seis, e não há razão técnica que justifique, por que os metrô do mundo inteiro realizam a conservação independentemente de funcionamento. Mas o metrô no Rio de Janeiro continua fechando às 23 horas.

O princípio da continuidade é tão importante que aparece no art. 6º da lei que regula a concessão e permissões de serviços públicos, que é a Lei nº 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF/1988, que prevê que é direito do usuário do serviço público tê-lo adequadamente prestado. Dessa forma, se o serviço público é adequado e tem a característica de continuidade, sua descontinuidade, portanto, causa dano, cabendo sanção ao Poder Público.

A Lei nº 8.987/1995, art. 6º, § 3º, afirma textualmente que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: 1) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; 2) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A parte final do art. 6º, da mencionada lei, se refere àqueles casos específicos. Por exemplo, não pode cortar luz de uma universidade, hospital...

Um caso concreto aconteceu quando o governador de um determinado Estado enviou projeto de lei para a Assembleia, mencionando que quem estivesse desempregado, há mais de três meses, não teria que pagar conta de luz. Não pode acontecer isso porque feriria o contrato de concessão, o qual não é estadual. Mas, se fosse, por exemplo, só a conta de gás. O Estado, conforme reza a Constituição, tem o monopólio da distribuição do gás canalizado. Logo, poderia criar uma lei nesse sentido, interferindo naquela relação contratual celebrada entre o Chefe do Poder Executivo e o particular, desde que houvesse custeio. Só que haveria outro problema: o STF entendeu, por maioria, na ADIn nº 2.637 (Informativo nº 357), que o Estado não poderia interferir na relação contratual entre o poder concedente e os concessionários (nem poderia alterar as condições previstas na licitação).

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 17.

Importante é observar que, conforme o § 3º do art. 37, não se caracteriza como descontinuidade após prévio aviso do concessionário ao usuário, por inadimplência. Quando a Light cortou o fornecimento de energia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, por inadimplemento, a empresa desrespeitou claramente essa norma. Por quê? Porque educação pública é serviço público essencial. Então, se há inadimplemento desse usuário, que para prestar um serviço público essencial se vale de um serviço de interesse público, diz a jurisprudência, que sejam procurados meios comuns de cobrança, mas não pelos meios coercitivos indiretos, ou seja, cortar o fornecimento para forçar o pagamento. Cuidado com esse interesse da coletividade, então, pois o que se tem aqui é a supremacia do interesse público. Assim, observamos dois princípios em confronto: de um lado, o da continuidade, que pode ser suspensa por inadimplemento, e de outro, o interesse da coletividade. Portanto, nesse, o princípio é o da supremacia do interesse público; naquele, serviço público essencial.

Segunda hipótese que pode sofrer descontinuidade é naquelas situações de reparo dos serviços, mas também mediante prévio aviso, daí lermos em jornais o informativo da Cedae, por exemplo, informando que em tais dias, de tantas a tantas horas, haverá corte de fornecimento de água, o mesmo acontecendo com a Light.

O que há de se ressaltar é que a falta de obediência ao princípio da continuidade enseja a responsabilidade civil da Administração Pública. Na falta de serviços, é o prestador do serviço público como um todo que, descontinuando o serviço, se responsabiliza pelos danos ocasionados.

## 2.9. Princípio do devido processo legal

É o princípio que impõe condutas formais e obrigatórias para a garantia dos acusados contra arbítrios da Administração Pública, assegurando-lhes não só a oportunidade de defesa como a observância do rito legalmente estabelecido para o processo.

Hely Lopes Meirelles

### 2.9.1. Histórico

Um dos primeiros documentos que consolidam uma restrição ao poder do soberano perante seus súditos é a

Magna Carta, conquistada pelos barões ingleses, auxiliados pelo arcebispo de Canterbury, junto ao rei João Sem Terra, em 15/06/1215. Tem-se, aqui, uma expressão inicial do ímpeto que mais tarde moveria revolucionários tanto em território francês como na própria Inglaterra. Contra os desmedidos privilégios e atitudes do soberano, garante a Magna Carta os direitos individuais dos nobres detentores de fortuna e propriedades face ao Poder Público.

Dentre as especificações de tal documento, “para que tomasse serventia apenas aos barões e não ao povo”,<sup>112</sup> consta de seu art. 39 a cláusula de *law of the lands*, em que se institui:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país.<sup>113</sup>

Dessa forma, os direitos pertinentes aos barões ingleses apenas poderiam ser restringidos mediante a observação da lei do país, da lei da terra. Como diz o professor Carlos Roberto Siqueira Castro:

Tal significa dizer que esses direitos naturais assim elencados somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e, por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pela *common law*.<sup>114</sup>

Todavia, esse conceito somente veio a produzir com maior potencialidade seus efeitos quando de sua recepção pela Nova Inglaterra. Utilizado com o fito de obstaculizar a intromissão da Coroa britânica nos negócios das 13 colônias da América do Norte, a cláusula de *law of the land* toma a feição pela qual ficará consagrada, nos ordenamentos de todo o mundo, a garantia do *due process of law*, mais tarde incorporada ao texto da Constituição resultante das batalhas pela independência americana.

Dizem François Chatelet e Olivier Duhamel que o caráter de resistência à autoridade britânica adere nitidamente à concepção do devido processo legal como forma de corrigir os desvios e abusos do poder soberano. A Revolução Americana, por fim, sintetiza bem o

<sup>112</sup> MELLO, Celso de Albuquerque *apud* SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

<sup>113</sup> Cf. *Constituições do Japão e da Grã-Bretanha*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

<sup>114</sup> *Idem*.

esforço empreendido pelos governados contra os desmandos de seus governantes, posto que:

[...] esta constitui ao mesmo tempo um modelo e um exemplo na luta contra uma sujeição ilegítima, travada em nome da igualdade natural, da liberdade de empresa e, para cada um, do direito de usufruir de sua propriedade e os frutos de seu trabalho, assim como, para a coletividade, de escolher as instituições e os magistrados que lhe convenham.<sup>115</sup>

A partir de então, diversas foram as decisões da Suprema Corte no sentido de reconhecer a coincidência entre os termos *law of the land* e *due process of law*.

Mesmo antes do reconhecimento do devido processo legal pelas Emendas nºs 5 e 14 da Constituição norte-americana, o princípio de *law of the land* já atuava eficientemente no ato de resistência da cidadania contra o arbítrio governamental, haja vista as Declarações de Direito estaduais que pontuam toda a história da formação jurídica dos Estados Unidos da América.

Ocorre que, dado o repúdio da nascente América para com as instituições inglesas, a Constituição termina por prever um controle muito rígido sobre o Poder Legislativo, uma vez que na Inglaterra o Parlamento goza de predomínio sobre os demais poderes. A Constituição da Pensilvânia, por exemplo, guarda uma repulsa expressa à primazia do Poder Legislativo. Esse fator em muito influenciou o pensamento dos *founding fathers*, como visto no art. LI de *O Federalista*, ao ponto de que, para evitar a expansão legislativa, veio-se a instituir os instrumentos do *judicial review* e do veto presidencial incidente no processo de legislação.

Assim, rompe o constitucionalismo americano com a tradição presente em território europeu, sobretudo em França e na Inglaterra. Outra distinção que pode ser entrevista está no *Bill of Rights* inglês, quando comparado a seus equivalentes norte-americanos, pois enquanto o documento inglês configura-se pragmático e de propósitos concretos e localizados, as declarações de direitos norte-americanas, assemelhando-se ao estilo também encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e

do Cidadão francesa, calcam suas bases no liberalismo econômico e no individualismo então reinante, transmitindo sua mensagem em linguagem universalista, e até mesmo, por vezes, demais abstrata.

Reconhecido como um dos mais ilustres críticos da Revolução Francesa e da forma pela qual foram asseguradas as suas conquistas, seja pelo terror ou pela elaboração de declarações de direitos, Edmund Burke concentrava o foco de suas considerações sobre as vitórias revolucionárias exatamente em sua forma abstrata e universal de afirmar os direitos do indivíduo, visto que:

[...] tendo direito a tudo, de tudo se carece [...] nessa massa enorme e complicada das paixões e dos interesses humanos, os direitos do homem são refratados e refletidos em tão grande número de direções cruzadas e diversas, que se torna absurdo falar neles ainda, como se lhes restasse qualquer semelhança com sua primitiva simplicidade. Todos os pretensos direitos desses teóricos são extremos e tão metafisicamente verdadeiros, quanto moralmente e politicamente falsos. Os direitos dos homens acham-se numa espécie de meio impossível de definir.<sup>116</sup>

Em consonância com tal risco no qual poderia incorrer a tentativa de limitar a soberania autoritária, ensina Benjamin Constant:

É indiscutível que não basta a limitação abstrata da soberania. Há que buscar suas bases em instituições políticas que combinem de tal forma os interesses dos diversos depositários do poder que sua vantagem mais evidente, mais duradoura e mais segura consista em que cada um fique nos limites de suas atribuições.<sup>117</sup>

As dez primeiras emendas aportadas ao texto constitucional americano inserem todo o conteúdo das Declarações de Direitos, formando uma espécie de *Bill of Rights* unificado. Deve-se destacar que o princípio do *due process of law* é finalmente revestido de tutela constitucional através da Emenda nº 5. Com o fim da guerra civil e a abolição da escravidão, são editadas as Emendas nºs 13, 14 e 15, visando à garantia das liberdades civis.

<sup>115</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier. *História das ideias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994; p. 88. Segundo os autores, o caráter de resistência à autoridade britânica adere nitidamente à concepção do devido processo legal como forma de corrigir os desvios e abusos do poder soberano. A Revolução Americana, por fim, sintetiza bem o esforço empreendido pelos governados contra os desmandos de seus governantes, pois que esta “constitui ao mesmo tempo um modelo e um exemplo na luta contra uma sujeição ilegítima, travada em nome da igualdade natural, da liberdade de empresa e, para cada um, do direito de usufruir de sua propriedade e os frutos de seu trabalho, assim como, para a coletividade, de escolher as instituições e os magistrados que lhe convenham”.

<sup>116</sup> *Apud* CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

<sup>117</sup> CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais*. Rio de Janeiro: Liber Juris, p. 70.

Entretanto, cumpre ressaltar que a previsão da garantia *do due process of law* fez-se em um enunciado elástico, consoante os moldes do sistema de *common law*, em que a doutrina, e principalmente o ato decisório do magistrado, assumem papel de enorme relevância para a construção do entendimento e aplicação da norma, pois, como bem lembra, insistentemente, Ronald Dworkin: “It matters how judges decide cases.”<sup>118</sup>

Dessa forma, pode o princípio, que de início restringia-se a uma garantia de cunho processual, descer a águas mais profundas, passando a coibir os desmandos do Poder Público não somente quanto a sua estética processual, mas também quanto ao seu conteúdo, quanto ao mérito do ato estatal, pautando-se nos parâmetros de razoabilidade e racionalidade. Hodiernamente, as duas vertentes encontram-se igualmente consagradas, e constituem-se em legado de inequívoco valor do constitucionalismo ianque aos demais sistemas jurídicos contemporâneos.

### 2.9.2. Conceito

Dispõe o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, no sentido de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Muitas são as implicações desse enunciado, pois que se pode retirar de tal prescrição variados ditames, como a determinação de que ninguém será julgado senão por juízo competente e pré-constituído, além de aplicarem-se ao referido enunciado os brocardos latinos de *nullum crimen sine lege*, ou então *nulla poena sine lege*.

O supracitado inciso, independentemente das interpretações que lhe sejam atribuídas, regula na Carta Constitucional indubitavelmente o princípio expresso do devido processo legal, inspirando-se de forma notória na redação encontrada no constitucionalismo norte-americano.

O princípio do devido processo legal, aliado à separação dos poderes, constitui-se em fundamento essencial do regime democrático, uma vez que sua abrangência ultrapassa a condição de simples garantia processual. Incorporado à Constituição norte-americana de 1787, através das Emendas nºs 5 e 14, o referido princípio tornou-se prontamente objeto constante de intenso trabalho doutrinário e jurisprudencial, principalmente no que tange à interpretação dada pela Suprema Corte americana, pois se hoje o mesmo pode alcançar o reconhecimento e o prestígio que lhe são

devidos, tal se deve ao enunciado flexível sobre o qual foi esculpido e às possibilidades abertas pelo *case system*, emblema maior do sistema da *Common Law*.

### 2.9.3. Sentido processual e sentido substantivo do devido processo legal

O uso eminentemente processual do princípio em pauta avançou por meio dos anos na jurisdição da Suprema Corte americana no sentido de atingir novas áreas de abrangência, o que é evidenciado pela constatação de que a cláusula do devido processo legal expandiu seus efeitos da esfera processual penal, em que primeiramente atuava, para a seara da processualística civil, e posteriormente para todo o complexo de relações entre cidadão e Estado que informa os ditames da Administração Pública.

Cumpra aqui analisar brevemente como se deu essa transição com relação ao entendimento sobre a natureza do Direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro, o qual segue a orientação do sistema romano-germânico. Inicialmente, de acordo com a teoria cristalizada no art. 75 do Código Civil – teoria denominada “civilista” ou “imanentista” –, o Direito Processual estaria subordinado ao estudo do Direito Material, operando este como mero aglomerado de normas de ordem prática, que subsidiariamente ao Direito Substantivo lhe confeririam movimento e aplicação. Seria, portanto, o direito de ação uma reação do Direito Material quando de sua violação.<sup>119</sup>

Posteriormente, a autonomia do Direito Processual foi alcançada com os trabalhos de Wach e Chiovenda, corifeus da teoria do Direito concreto de ação e atingiu sua expressão máxima com trabalhos de Liebman, pioneiro dentro da chamada teoria do direito abstrato de ação.

Resguardado atualmente por prescrição constitucional, pode-se compreender como a garantia do devido processo legal influiu para o reconhecimento do Direito de Ação como o direito de acionar a força jurisdicional do Estado em face do réu, pois a filosofia do princípio em questão baseia-se justamente na tentativa de conter os desmandos do Poder Público, fazendo-o exercer de forma correta e prestativa a devida jurisdição. Assim sendo, caso o poder estatal venha a prejudicar o indivíduo de qualquer forma, na qual se possa entrever injustiça ou arbítrio desmedido, possui o cidadão direito de ação contra esse ato estatal, independentemente de possuir

<sup>118</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 2005.

<sup>119</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 250. Neste sentido, explicita a professora que, a partir da concepção imanentista do direito de ação, esta “seria uma qualidade de todo direito, ou uma qualidade do próprio direito reagindo a uma violação. Tal conceito reinou incontestado, através de várias conceituações, as quais sempre resultavam em três consequências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.

ou não o Direito Material, pois isso será averiguado quando do julgamento de mérito do pedido. Cumpre-se notar que a importância dessa teoria reside em poder o indivíduo acionar a jurisdição estatal, para, tendo em vista a imagem de freios e contrapesos, fazer cessar ofensa a direito seu.<sup>120</sup>

No mesmo sentido, restam imprescindíveis os ensinamentos de E. Couture:

*La acción no procura solamente la satisfacción de un interés particular (uti singulari), sino también la satisfacción de un interés de carácter público (uti civis). Es muy significativo que desde dos terrenos distintos se haya podido afirmar que el ciudadano que promueve la acción desempeña una función pública, en cuanto procura la vigencia efectiva del derecho en su integridad.*<sup>121</sup>

O poder de polícia estatal vê, dessa forma, nos princípios de razoabilidade e racionalidade seus maiores obstáculos no que diz respeito à infração de tais ditames inscritos pela pena do bom senso e da razão humana. Assume, por fim, a cláusula do devido processo legal a função de filtro da atividade estatal, seja normativa ou administrativa, cumprindo destacar o fato de que a garantia processual contida no enunciado do *due process of law* não restou excluída com esse avanço para a análise de mérito da atuação do Estado,<sup>122</sup> uma vez que ambos os sentidos (processual e substantivo) podem e devem coexistir para a total aplicação das conquistas aferidas pela afirmação do princípio do devido processo legal.

## 2.10. Princípio da razoabilidade

A razoabilidade tem especial aplicação quando se trata de exercício da discricionariedade administrativa, funcionando como um importante critério de limite ao princípio da realidade e para a garantia da legitimidade na ação administrativa.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Tratando-se do princípio da razoabilidade, também chamado de *princípio da vedação do excesso*, é de notar que o mesmo objetiva adequar, compatibilizar, meios e fins, de maneira que se evitem restrições desnecessárias, mesmo porque o administrador não pode atuar de acordo com seus valores pessoais, e sim considerar os valores ordinários, comuns a toda a coletividade. A razoabilidade se atrela às necessidades da coletividade, à legitimidade e à economicidade.

No desempenho de suas funções, o agente público deve buscar soluções dentro do que se considera razoável, compatível com os critérios lógicos que se pode exigir do bom administrador. Somente os atos manifestamente absurdos devem ser controlados pelo Poder Judiciário com fundamento na razoabilidade, sob pena de se adentrar no mérito administrativo.

O princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto sob essa epígrafe na Constituição de 1988. Isso, contudo, não permite se infira estar o princípio afastado do sistema constitucional pátrio, posto se pode auferi-lo implicitamente de alguns dispositivos, bem como do histórico de sua elaboração.

Em sua face processual, enquanto princípio do devido processo legal, encontra-se positivado no capítulo de direitos e garantias individuais, no art. 5º, LIV. Nessa mesma esfera, tocante à processualística penal da qual é oriundo, o inciso XXXIX do citado artigo expõe a ideia central do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

É, contudo, enquanto princípio conformador de direito material que a ausência de disposição expressa do princípio da razoabilidade é mais sentida. O apego desmedido ao princípio da separação dos poderes tem lhe imposto barreiras a um desenvolvimento mais explícito. Mister é lembrar, todavia, que sua previsão constou dos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1988. Em certa altura dos trabalhos, lia-se na redação do art. 44:

<sup>120</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7. Para o autor, é de fundamental importância que se concilie estes dois aspectos do direito de ação, ou seja, o desejo do indivíduo de verem satisfeitos sua pretensão particular e o caráter público assumido pelo direito de ação, uma vez que este volta-se à figura estatal, monopolizadora da função jurisdicional, operando a conjunção desses dois aspectos justamente na percepção da finalidade da qual é dotada o processo civil, que, conforme relata o professor José Carlos, consistiria-se na substituição da atuação dos próprios titulares dos interesses envolvidos na lide, de forma que evite que façam justiça por suas próprias mãos.

<sup>121</sup> COUTURE, E. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 69.

<sup>122</sup> TÁCITO, Caio. *Temas de direito público – Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 331-36. No que diz respeito ao ato discricionário pode-se entrever este avanço nas palavras do autor: “Baseado na isenção jurisdicional quanto ao mérito do ato administrativo, a nossa jurisprudência conteve-se, por muito tempo, na verificação da legalidade extrínseca, entendendo inacessível ao conhecimento judicial a matéria de fato em que louvasse a ação administrativa – avançando, contudo, para o entendimento de que – mesmo nos casos em que a motivação não é legalmente obrigatória –, cabe ao juiz examinar os fatos invocados pela administração, a fim de controlar o excesso de poder que macule a legalidade do ato.”



Art. 44. A Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.

Ainda que outra tenha sido a redação final do dispositivo, não se pode negar que a razoabilidade e a racionalidade integram de forma cabal o ordenamento constitucional brasileiro e constituem princípios inarredáveis para elaboração de leis e atuação do Poder Executivo, ensejando seu afastamento, em ambos os casos, impugnação pelo Poder Judiciário, sempre que perquirido, por inconstitucionalidade dessas medidas.

José Afonso da Silva afirma também estar o princípio da “proporcionalidade razoável”<sup>123</sup> consagrado enquanto princípio constitucional geral e explícito de tributação, traduzido na norma que impede a tributação com efeitos de confisco (art. 150, IV). É vedado ao Poder Público tributar patrimônio de modo que impossibilite sua manutenção pelo particular ou inviabilizar o uso econômico a que se destine, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas.

Por último, cumpre destacar que, a cada dia, torna-se mais frequente a alusão ao princípio ora em voga em diversos arestos de nossa Egrégia Corte. Assim, em ação direta de inconstitucionalidade relatada pelo eminente ministro Sepúlveda Pertence: “[...] relevância da questão, embora complexa e delicada como sói, quando se cuida de verificar a razoabilidade ou não da distinção legal das situações de fato”.<sup>124</sup>

Vejam-se também as luminosas palavras do ministro Marco Aurélio em despacho:

[...] Se a Corte de origem não dirimiu a matéria sob o ângulo constitucional, descabe assentar, contrariando até mesmo o princípio da razoabilidade, ou seja, a presunção do ordinário, que, se a Corte enfrentasse o tema, agiria de forma contrária ao que preconizado pela Lei Maior.<sup>125</sup>

Ou, ainda, em sede de mandado de injunção: “[...] II. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade.”<sup>126</sup>

Todavia, é possível notar, a partir das passagens anteriormente citadas, que diversas são as oportunidades em

que jurisprudência e doutrina utilizam os termos razoabilidade e proporcionalidade indistintamente. Embora essa imprecisão terminológica possa trazer algum prejuízo aos mais ciosos da rigidez acadêmica, mister é notar que em todas as oportunidades em que se tem feito alusão a ditos princípios, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo, que, de uma forma ou de outra, procuram garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal. Registre-se, por oportuno, para José dos Santos Carvalho Filho, razoabilidade é:<sup>127</sup>

[...] a qualidade do que é *razoável*, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns, pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade.

Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a mera alegação de que não a entendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Lúcia Valle Figueiredo indica que “a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas”.<sup>128</sup> A falta da razoabilidade, na hipótese, é puro reflexo da inobservância dos requisitos exigidos para a validade da conduta. Por outro lado, quando a falta de razoabilidade se funda em situação na qual o administrador tenha em mira algum interesse particular, violado estará sendo o princípio da moralidade, ou da impessoalidade.

Em regra, não há direito subjetivo à nomeação em relação ao candidato aprovado em concurso público. No entanto, fere a razoabilidade quando há contratação temporária para o preenchimento das mesmas funções, das mesmas atividades daquelas que seriam desempenhadas pelo concursado. Há inúmeras jurisprudências do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

<sup>123</sup> SILVA, *op. cit.*

<sup>124</sup> ADIn nº 489-1/600-DF; DJU, 22/11/1991. Apud BARROS, Suzana. *Op. cit.*, p.69.

<sup>125</sup> Despacho exarado no Agravo de Instrumento nº 141.916-4-SP.

<sup>126</sup> Mandado de Injunção nº 361-1-RJ; Rel. Min. Néri da Silveira. Apud BARROS, S. *op. cit.*, 70

<sup>127</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 21.

<sup>128</sup> FIGUEIREDO, *op. cit.*

Para o Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 266, veda a exigência do diploma do curso superior ao candidato para que possa fazer as provas afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, traduzindo-se por discriminação que é repudiada pelo direito. A apresentação do diploma para demonstrar que tem o candidato conhecimentos necessários ao desempenho da função ou cargo só pode ser exigida para os efeitos da posse. Tendo a parte interessada apresentado o diploma para o ato de posse, logo, satisfeito o requisito da capacitação profissional exigido no edital, arbitrário é o ato da Administração Pública que a impede tomar posse sob o argumento de que o diploma deveria ser apresentado no instante da inscrição.

Ocorre que, em se tratando de tal requisito, as resoluções pertinentes (CNJ, Res. 11 e CNMP, Res. 4 e 11) estabelecem que a comprovação deve ser feita ao tempo da inscrição definitiva. O STF já reconheceu a constitucionalidade dessa exigência, não se aplicando, ao caso, a referida Súmula 266 do STJ.

É oportuno que se faça breve comentário acerca de, após ser aprovado nos exames, o candidato foi considerado inabilitado em função de ter respondido a processo por porte ilegal de arma. Mesmo havendo, de acordo com os arts. 76 e 89 a Lei nº 9.099/1997, uma transação, por se tratar de infração de menor potencial ofensivo. Será que aceitação da transação penal, proposta pelo Ministério Público, sem sentença condenatória, pode ou não pode trazer consequências para o candidato?

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao apreciar à aludida questão, acima mencionada, negou, em votação unânime, provimento ao recurso do candidato, nos seguintes termos:

Administrativo. Concurso público. Polícia Militar. Investigação social. *Eliminação* de candidato com antecedente *criminal*, ainda que beneficiado por medida da Lei Federal 9099. Requisito do edital que se adequa à exigência da idoneidade prevista. Reprovação fundamentada, inexistência de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 2006.001.62.855, Rel: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto).

Optamos, porém, data vênica, por um entendimento diverso. Trata-se de uma decisão incoerente, que anda na contramão da lógica, do espírito da lei.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por seu turno, reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no RE 559.135-2, sendo oportuna a transcrição, por sua clareza e concisão, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

Administrativo. Concurso público. Polícia militar. Candidato. Eliminação. Investigação social. Delito de menor potencial ofensivo. Ilegalidade.

O ato administrativo que considerou o *impetrante* “*não recomendado*” na fase de investigação Social e Sindicância da Vida Progressa, motivado pela existência de procedimento regido pela Lei nº 9.099/1995, não pode prevalecer, uma vez que se trata de infração de menor potencial ofensivo em que houve a suspensão do processo, e, uma vez cumpridos os seus termos, deve-se prestigiar o objetivo da lei penal, que é o de apagar as consequências do crime. – *Deu-se provimento à apelação, unânime.*

Embora seja a investigação social meio idôneo para averiguar a prontidão e a probidade de candidato, a sua eliminação deve se fundar em fatos verídicos, demonstrativos da inidoneidade de comportamento, incompatível com o cargo.

Seria desarmonioso e inadequado se, por exemplo, submetesse aos candidatos a critério irrelevante para o fim de interesse público ao cargo ou emprego que se quer prover. Em matéria de concurso público, há de medir-se a razoabilidade, a cada caso, harmonizando os motivos da eliminação e a finalidade de interesse público a ser preservada.

Uma das restrições editalícias mais polêmicas e que tem sido tema de diversas lides é, inquestionavelmente, a que se refere à exclusão sumária de candidato em concurso público por constar seu nome em “cadastros de restrição ao crédito”, tais como os conhecidos SPC e/ou SERASA, de maneira generalizada. Trata-se, muitas vezes, de uma restrição imposta à própria participação em si do candidato nas etapas do concurso; noutras, no ingresso ao cargo, após a aprovação em todas as etapas.

No que se refere ao primeiro caso, ou seja, ao ato que impede um cidadão de “simplesmente concorrer a determinado cargo público”, por via de concurso, seja ele qual for, configura ainda mais gravoso o afronto à legalidade, pois conforme já sabido e relatado neste trabalho, o momento legal de exigir os preenchimentos dos requisitos de habilitação contidos no edital é o do ato da posse, e não o da inscrição. É de se registrar que este entendimento tem sido cada vez mais ratificado pelos Tribunais, os quais têm classificado como ilegal o ato de exigir tais cumprimentos editalícios já no momento da inscrição do concurso pelo candidato ao pretensão cargo público.

Já no que tange à segunda hipótese, que se refere a candidato regularmente aprovado em concurso público em todas as etapas, mas cuja exclusão antecede a posse por motivo de investigação social e constatação de que

seu nome consta em algum cadastro de restrição ao crédito, imposição esta condita no respectivo edital do concurso, também entendemos que persiste a ilegalidade na restrição taxativa, todavia, outros argumentos pendem para tal constatação.

Não é à toa que diferentemente do particular, seja esta pessoa física ou jurídica, a Administração Pública deve observar, na prática de seus atos, vários princípios que a regem e que impõem a postura de preponderância diante do particular, tendo sempre como foco o interesse público, sob pena de não observar, dentre outros princípios, o da impessoalidade. Noutras palavras, não existe a Administração Pública para a realização de seus próprios interesses, mas tão somente para o alcance do interesse público, daí a sua obrigação de observar os princípios que a regem e os quais controlam e limitam o seu poder, a fim de evitar excessos ou desvios no que alude ao interesse colimado.

Ademais, diante da complexidade que envolve a Administração Pública, haja vista o leque de interesses que esta engloba mediante a sociedade, não há que questionar que o fato de generalizar seus atos, repetidamente e sem levar em conta especificidades, equivaleria a um verdadeiro “abismo jurídico”. Felizmente, a própria evolução do Direito e as decisões que emanam dos nossos Tribunais se incumbem de atualizar a aplicação da lei, coibindo que atos desprovidos de flexibilidade e cuja rigidez das leis o tornaram injustos ou ilegais sejam evitados ou invalidados.

No caso em foco, em que um candidato ao ingresso em cargo público é excluído e considerado reprovado por ter, à época da posse, seu nome inscrito em cadastros de restrição ao crédito, se nos parece esculpido de total falta de razoabilidade por parte do administrador, característica esta que esboça o Princípio da Razoabilidade, dando-lhe a consequente configuração da ilegalidade.

Pecará o administrador, se na prática de seus atos e imbuído do poder que detém, agir de maneira indiscriminada e reprovar todo e qualquer candidato que tiver seu “nome sujo”, conforme o termo vulgarmente utilizado, constatado por meio de certidões que são exigidas no edital do certame. A este propósito, há que se distinguir, e aqui entra o dever do administrador de aplicar o princípio da razoabilidade, entre o devedor contumaz que reiteradamente deixa de cumprir suas obrigações e compromissos os quais assumiu, mesmo sabedor de que não detém recursos para honrá-los, e que muitas vezes já se configura um verdadeiro estelionatário; e aquele outro devedor que, independentemente de sua vontade

e/ou por razões momentâneas deixou de honrar alguns pagamentos, talvez pelo próprio fato de encontrar barreiras no mercado de trabalho, e por isso mesmo, ter se empenhado e obtido uma difícil aprovação em um emprego público. Ou seja, desclassificar este candidato, seja no ato da inscrição ou no ato da posse, seria uma maneira abusiva e totalmente infundada por parte do administrador, que ignorou a sua obrigação de observar os princípios que regem a Administração Pública, sobretudo o da razoabilidade.

Vejam os uma recente decisão, proferida pelo Conselho Especial do TJDF em 24 de março de 2009, que permitiu que uma candidata eliminada do concurso para Técnico Penitenciário, na fase de Sindicância e Vida Pgressa, continuasse participando da seleção. Por unanimidade dos votos, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do DF confirmou a liminar proferida no mandado de segurança ajuizado pela impetrante no sentido de anular o ato que a eliminou do concurso por ter restrição cadastral, vejamos:

*Administrativo. Mandado de Segurança. Concurso público. Técnico penitenciário. Preliminar de inadequação da via. Ausência de direito líquido e certo. Não acolhimento. Sindicância da vida pregressa e investigação social. Dívidas e cheques sem fundos. Não caracterização de inidoneidade ou ausência de conduta ilibada. Violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Segurança concedida.*

*Se os documentos que acompanham a inicial são suficientes para demonstrar a suposta ilegalidade, não há falar-se em ausência de prova pré-constituída ou de direito líquido e certo, razão pela qual admissível o presente mandamus.*

*Embora lícita a fase do concurso de Técnico Penitenciário denominada Sindicância de Vida Pgressa e Investigação Social, a Administração deve ter sempre em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como observância a todo o sistema de garantias constitucionais, a fim de evitar larga margem ao arbítrio que as avaliações subjetivas propiciam.*

*Fundando-se o ato administrativo impugnado na emissão, pela impetrante, de cheques sem a devida provisão de fundos, indiscutível a violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois tal fato, por si só, sem a devida apuração de todas as circunstâncias que levaram a candidata a assunção de tais dívidas, não é capaz de denotar que possuía inidoneidade moral ou tenha condutas não ilibadas. (20080020154146MSG, Relator Carmelita Brasil, Conselho Especial, julgado em 24/03/2009, DJ 06/04/2009 p. 28)*

Outro caso, digno de registro, gira em torno do candidato ser eliminado do concurso, por ter sido considerado inapto em função de possuir a altura mínima exi-

gida, hipoteticamente, de 1,65 m (um vírgula sessenta e cinco metros) para o ingresso a Polícia Militar.

Análise de um caso concreto. Candidato a oficial da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro foi aprovado em todas as etapas do certame, tendo sido eliminado, porém, por ter 1,67 m e meio de altura, quando o edital exigia 1,68 m.

Pode a Administração Pública, sem dúvida, determinar os critérios de seleção dos candidatos ao cargo de policial militar, fixando, inclusive, as condições físicas necessárias para o exercício da função. O edital é a lei interna do concurso. Todavia, não exclui que um mínimo de razoabilidade na aplicação das regras nele contempladas seja dispensado.

O candidato vê-se tolhido pela rígida aplicação de norma contida no edital, que foge ao bom senso, pois implica na eliminação de candidato por uma diferença de meio centímetro para a altura exigível, o que, certamente, não irá interferir no desempenho como policial militar, não se figura lógico e razoável o exagero na aplicação da norma edilícia, principalmente, ao ser aprovado nas demais etapas do certame, demonstrou aptidão para função. Logo, a presunção de legitimidade dos atos administrativos é relativa.

No estudo de outro caso semelhante, também julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entre tantos outros recursos que tramitam nos Tribunais com esta mesma controvérsia, um candidato ao ingresso nos quadros da Polícia Militar foi reprovado em razão de não ter preenchido o requisito da altura mínima exigida no edital do certame, qual seja, 1,68 m, por uma ínfima diferença de aproximadamente 0,004 cm.

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Princípio Constitucional implícito da razoabilidade. Concurso público para ingresso nos quadros da Polícia Militar. Altura mínima exigida pelo edital do certame. Exame antropométrico. Candidato reprovado por não atingir a estatura exigida (1,68 m), embora apresentasse diferença desprezível (aproximadamente 0,004 cm) e ter atingido, em algumas das diversas medições realizadas, o estabelecido na “lei” do concurso.

Fere a razoabilidade medida tomada pela Administração ao não permitir o prosseguimento do candidato no concurso para ingresso na carreira policial, pelo fato de seu exame antropométrico, como bem salientado pelo douto julgador a quo, ter apresentado diferenças insignificantes e, em algumas das várias medições realizadas, até mesmo ter atingido o exigido pelo Edital.

“Deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas, sim, entender por legalidade ou legitimidade

não só a conformação do ato com a lei, com também com a moral administrativa e com o interesse coletivo” (Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 6 ed. p. 294). (TJRJ AC 2007.001.08810. Relator Ministro Nagib Slaibi)

O caso em questão se refere à Ação de Mandado de Segurança impetrada pelo candidato eliminado do concurso da Polícia Militar, com sentença de juiz da 8ª Vara de Fazenda Pública favorável a seu pedido, e, sequencialmente, com a Apelação Cível do impetrado, Estado do Rio de Janeiro, que buscou reformular a decisão de primeiro grau.

Em suas alegações, reage o apelante com a negativa de ter havido por parte do apelado a “comprovação incontestável das alegações de discriminação, perseguição e arbitrariedade”, e aduz que aquele apenas juntou aos autos o exame antropométrico, donde se pode constatar não possuir o candidato, de fato, a altura mínima exigida pelo edital do concurso.

Ratifica ainda que o referido exame para a medição da altura dos candidatos foi realizado por aparelho atestado pelo IPEM/RJ, e ainda sob a fiscalização de professores de educação física com experiências em concursos públicos e capazes de identificar eventuais tentativas de burlar as normas do concurso público.

Por tal motivo, entende que não se justifica que o juízo de 1ª grau tenha preterido o resultado da banca examinadora ao resultado apresentado pelo apelado. E, ainda, que esta conduta não é correta em sede de *mandamus*.

Sintetizando sua alegação, lembra o apelante que o Edital do concurso possui força vinculante, e que a exclusão do apelado do certame se coadunou com os termos deste, não sendo lícito estabelecer exceção destas regras em benefício de algum ou alguns candidatos, sob pena de se infringir os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, os quais norteiam, junto a outros princípios, os atos da Administração Pública.

Enfatiza ainda o Apelante que a substituição da sua decisão pela decisão judicial, de acatar a sentença em foco e destinar o preenchimento de uma vaga ao candidato que, segundo o termos do Edital, não alcançou a aprovação em todos os seus requisitos, contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Uma vez que as regras do edital estabeleceram uma altura mínima a ser apresentada pelos candidatos, sob pena de eliminação do concurso, diz o Apelante que acatar a classificação imposta pelo Judiciário de candidato cuja altura apenas se aproxima à estabelecida no edital, abriria, por fim, precedente a todos os candidatos que fossem reprovados pelo mesmo motivo, levando to-

dos a adquirirem o direito a tal aproximação, causando uma arbitrariedade e desequilíbrio da igualdade de contratação, um dos requisitos do concurso público.

Por fim, e não menos relevante, relembra o Apelante que se insere na esfera de mérito administrativo os critérios utilizados pela Administração Pública para o recrutamento de policiais, sendo defeso a apreciação destes critérios pelo Poder Judiciário. Além disso, a suposta substituição do examinador pelo Judiciário viola o disposto no art. 2º da Constituição Federal, qual seja, a independência e a harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Ministro Relator Desembargador Nagib Slaibi, por seu turno, conhecendo o recurso pela presença de seus pressupostos e de sua admissibilidade, principia seu voto alertando que a sua obrigação, enquanto órgão julgador, se atrela tão somente a analisar e motivar os pontos essenciais aos deslindes da questão, e não necessariamente todos os argumentos trazidos pelo apelante.

Neste sentido, passa a considerar em sua análise a razoabilidade ou não da Administração Pública em vetar o prosseguimento do candidato nas avaliações para o ingresso na carreira policial, em razão da sua altura não ter alcançado o estabelecido no edital por insignificante diferença em algumas medições realizadas, e ter atingido o exigido em outras.

O Ministro Relator faz, logo de início, menção às características que imperam de forma harmoniosa e sem hierarquia no Estado Democrático de Direito, que são a legalidade, que se refere ao Estado de Direito, e a legitimidade, atrelada ao Estado Democrático.

Reconhece também o Ministro a licitude a qual vem recaindo sobre a exigência da altura mínima para o ingresso nos quadros da Polícia Militar, pois as atribuições inerentes exigem altura indispensável para atuar em favor da coletividade, principalmente no exercício da polícia preventiva. Esta exigência vem merecendo a tutela dos Tribunais, e em especial do Supremo Tribunal Federal.

É de se ressaltar, contudo, que a posição do Supremo em tutelar a exigência de altura mínima tem como requisito a existência de base legal para tanto no edital do certame, o que já foi ratificado em decisão daquela Corte:

Concurso Público – Agente de Polícia – Altura mínima – Viabilidade. Em se tratando de concurso público para agente de polícia, mostra-se razoável a exigência de que o candidato tenha altura mínima de 1,60 m. Previsto o requisito não só na lei de regência, como também no edital de concurso, não concorre a primeira condição do man-

dato de segurança, que é a existência de direito líquido e certo. (RE nº 149095/MS. Rel. Min. Marco Aurélio).

Contudo, assevera o relator em seu voto que, não obstante o dever do administrador público com relação aos princípios da legalidade e finalidade na prática de suas condutas, não há negar que os atos administrativos, ainda que vinculados, devam ser processados dentro dos parâmetros da razoabilidade, selados com as características da racionalidade e da sensatez.

E não poderia ser de outra forma, em se tratando de atos provenientes da Administração Pública, pois no âmbito do Poder Público, o que não é razoável não é moral, e tampouco pode ser legal. Daí ser indissociável, dentro deste contexto, os princípios da legalidade, razoabilidade e moralidade.

De fato, não se vislumbra hipóteses em que a Administração Pública, na prática de seus atos, se valha tão somente da legalidade, mas ignore a razoabilidade e a moralidade administrativas.

Com isso, considera cabalmente abusiva a decisão do Apelante, ao eliminar o candidato de concurso público por insignificante diferença de sua altura em relação à exigida no edital, sobretudo pela afronta ao princípio da razoabilidade, que impera juntamente com o princípio da legalidade, e em iguais proporções de importância, na prática de atos administrativos.

Sendo assim, nega provimento do recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, que objetivou reformar a sentença que concedeu a segurança ao candidato, garantindo a sua permanência nas demais fases do concurso público e ignorando a sua reprovação na aferição da altura mínima exigida no edital do certame.

Ainda cabe mencionar que a Constituição Federal proíbe a discriminação decorrente de preceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, religião e quaisquer outras formas. As restrições provenientes dos requisitos impostos, pela lei ou pelo edital, devem ser examinadas e interpretadas com acuidade e cautela.

Há que predominar o critério da razoabilidade e não o capricho do administrador.

Hipoteticamente, em se tratando de concurso público para Escrivão de Polícia não é proporcional nem razoável, em face da natureza do cargo, a exigência de altura mínima.

Um outro caso digno de registro. No concurso de magistratura do estado do Piauí, o Presidente do Tribunal de Justiça, em vez de convocar aqueles que tinham sido aprovados, aguardou o final da validade do concurso para abrir um novo com vagas para juiz de Direito. O

STF entendeu que não caberia ao presidente do Tribunal, diante da necessidade já constatada, abrir um novo concurso para o provimento dos mesmos cargos.

Hipótese interessante foi a da candidata, em Minas Gerais, que se inscreveu no concurso, sendo aprovada na primeira fase – prova de conhecimentos –, mas excluída nos exames preliminares de saúde, em razão de possuir prótese de silicone nos seios.

Essa reprovação não passa pelo crivo do *critério da razoabilidade*, visto que a prótese implantada operacionalizou-se apenas por motivos estéticos e não para a substituição de órgão perdido total ou parcialmente, em razão de “doenças ou deformidades congênitas adquiridas”, o que não a torna *inapta*, no caso, para a atividade policial. O ato que a exclui do processo seletivo é ilegal e discriminatório, uma vez que a candidata não é portadora de qualquer distúrbio que a impeça para o exercício das funções do cargo.

Ocorre que, *in casu*, considerando que o critério específico referente à prótese de silicone impõe-se analisar as circunstâncias e especificidade do caso concreto em análise, para se estabelecer a razoabilidade da exigência, sob pena de se infringir os princípios da legalidade, isonomia, moralidade, eficiência e acessibilidade aos cargos públicos que regem a Administração Pública.

Considerando que a candidata apresenta prótese de silicone em caráter estético, isso, a princípio, não a torna *inapta* para atividade policial.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que, pelo princípio da razoabilidade, o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos. Nesse diapasão, o autor realça o aspecto teleológico da discricionariedade, devendo haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para ele, a razoabilidade, agindo como um limite à discricionariedade, exige que esses motivos sejam adequados, compatíveis e proporcionais, de modo que o ato atenda à sua finalidade pública específica. Agindo também como um limite à discricionariedade na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.

Cabe observar que, não obstante a Lei nº 9.784/1999 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade separadamente, pode-se dizer que, na realidade, o princípio da proporcionalidade é uma das facetas da razoabilidade. Isso porque o princípio da ra-

zoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive, e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Se a decisão administrativa é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade, e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade. Note-se, então, nem todos os meios justificam os fins, pois aqueles, quando exorbitantes à consecução das finalidades, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

Para arrematar, perfeito os critérios objetivos que auxiliam a identificar o aludido princípio, nos ensinamentos de José Arthur Diniz Borges:

#### 1. Adequação entre Meios e Fins

- Os meios (os atos praticados) têm de ser compatíveis com os fins.
- Nexos de causalidade entre meios e fins.

#### 2. Proibição de Excesso

- Utilizar de um ato mais gravoso do que o necessário para o atendimento do interesse público.

#### 3. Princípio da proporcionalidade (*stricto sensu*)

- Desproporcionalidade da medida imposta.
- Efeitos jurídicos desmedidos.
- Relação de equidade entre custo/benefício do ato, da medida imposta.

#### 2.11. Princípio da proporcionalidade

Esse princípio enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

*Celso Antônio Bandeira de Mello*

O princípio da proporcionalidade impede a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior ao estritamente necessário para o interesse público. O Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. Portanto, a proporcionalidade é um grande instrumento de frenagem para coibir, principalmente, a imperatividade do poder de polícia.

Suponhamos que a Administração Pública determinou que feirantes, ocupantes de área pública, deveriam ser transferidos para outro local que lhes fora destinado. A Administração fixou prazo para que se procedesse à transferência. Expirados todos os prazos fixados, foi dada ordem para que a Polícia Militar providenciasse a desocupação da área pública. Os ocupantes, em número de 15, resistiram, usando paus e pedras, às tentativas de desocupação. A polícia, com um efetivo de 30 homens, usou de força para cumprir as ordens recebidas. Terminado o confronto, dois feirantes foram mortos e vários sofreram lesões corporais graves provocadas por tiros disparados pela polícia. Em face dessa atuação hipotética, não há dúvidas de que o denominado “poder de polícia” é autoexecutório, não necessitando de autorização judicial e é também coercível, na medida em que poderá se valer da força física para realizá-lo. A coercibilidade é característica do poder de polícia. Para ser lícita, a atuação da Administração deveria, porém, ter obedecido ao princípio da razoabilidade e ao da proporcionalidade. No caso objeto da questão, a polícia agiu desarrazoada e desproporcionalmente ao desferir disparos com arma de fogo, provocando mortes e ferimentos dos manifestantes, que não portavam arma de fogo, mas pedras e paus, e estavam em número menor do que o de policiais envolvidos.

Reportando-nos aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, dentre eles, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, nunca é de mais lembrar que, em matéria de Direito Administrativo, a supremacia do interesse público é sua própria essência, sobrelevando o interesse privado, mesmo que, para assegurá-la, o Estado tenha de intervir nesse domínio para solucionar eventuais conflitos.

Pelo que nos revela a história, porém, nem sempre o cidadão comum teve seus direitos fundamentais respeitados. Sem ter que voltar muito no tempo, basta recordar o regime absolutista, dos séculos XVI e XVII, que centralizava o poder nas mãos do monarca que, encarnando o ideal nacional, privilegiava o clero e a nobreza, submetendo o povo aos caprichos que os atributos da soberania lhe conferia.

Conquanto desde os fins da Idade Média surgissem teorias explicativas da origem e natureza desse poder real, multiplicaram-se as doutrinas, fundamentadas ou não na religião, para justificar o Estado autoritário e o Absolutismo, tendo como um dos principais representantes das concepções leigas o italiano Maquiavel que, em *O Príncipe* (1513), expres-

sava seu mais profundo desprezo pela ideia de uma lei moral que limitasse a autoridade do governante, pois, segundo a velha máxima maquiavélica, os fins justificariam os meios, ou seja, a obrigação suprema do rei era manter o poder e a segurança do país, não devendo temer a adoção de medidas rígidas para isso, por mais cruéis que fossem.

Teorias outras tomariam como base o *Leviatã* (1651), de Thomas Hobbes, que afirmava que os homens, por terem vivido em seu estado natural inicialmente, obedecendo unicamente a seus próprios interesses individuais, deveriam renunciar a todos os seus direitos em favor do rei, cuja autoridade seria ilimitada. Compartilhando com essa visão jusnaturalista, Hugo Grotius, por sua vez, em *Sobre o Direito da Guerra e da Paz* (1625), exerceria notável influência ao considerar, com seu pensamento racionalista, que só uma autoridade ilimitada possibilitaria a manutenção da ordem interna do Estado.

A despeito de as teorias apresentarem o Absolutismo como um regime em que os poderes do rei não conheceriam limites, na prática, ele teria sido limitado pelas próprias condições socioeconômicas da época, pelos costumes e instituições, o que levaria o soberano a contemporizar, pois precisava atender às exigências da burguesia – de fundamental importância à economia da época – a fim de consolidar sua própria condição de árbitro e o fortalecimento do Estado, embora fosse essa ideia contrária à ideologia do Antigo Regime.

Desse modo, o século XVIII começaria sob o manto das contradições, encontrando um clima insustentável de desigualdades, de injustiças sociais, propiciando constantes ataques, por parte dos intelectuais da época, à Monarquia absoluta e à Igreja, sustentáculo do Antigo Regime, que culminariam com o Iluminismo, movimento de propagação de ideias liberais, que teve sua maior expressão na França, dentre as quais se destacam as de Montesquieu, a respeito da Teoria do Estado em *O Espírito das Leis* (1748), em que criticava toda forma de despotismo – embora não fosse seu ideal que o povo assumisse o poder. A essa, somaram-se as de filósofos mais radicais, como Rousseau que, contrapondo-se a Montesquieu, desenvolveu, em *O Contrato Social* (1762), a concepção de que a soberania reside no povo, pouco importando o direito individual, e sim, muito mais, a vontade da maioria, pois todos têm direitos iguais, devendo os mesmos ser garantidos pela lei.

Essas e outras críticas às instituições fomentariam o acirramento dos ânimos da burguesia e do proletariado que, na incessante busca de liberdade e de igualdade,

formariam uma onda revolucionária na Europa – que abalaria o Antigo Regime, mudando os rumos da História –, fazendo eclodir a Revolução Francesa que, em sua fase última, daria ensejo à promulgação do Código Civil napoleônico (1804), cujos princípios da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – liberdade individual, liberdade de trabalho, liberdade de consciência, Estado leigo, igualdade perante a lei – dele fariam parte.

Seria, então, nesse contexto, na passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, que surgiria o princípio da proporcionalidade, para controlar o poder de polícia do rei em face dos interesses de seus súditos, garantindo a liberdade individual contra os atos administrativos que estivessem em descompasso da lei, pois o Estado, além de respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, que lhes são oponíveis, deveria protegê-los.

Assim, o princípio da proporcionalidade estaria umbilicalmente ligado aos direitos individuais constitucionalmente garantidos, ao nos dizer, conceitualmente, que a atuação administrativa não pode ir além do estritamente necessário para o atendimento do interesse público no caso concreto, impondo sanções ou comportamentos que sejam de gravosidade excessiva ao particular, se isso não for efetivamente necessário para o atendimento do interesse coletivo.<sup>129</sup>

De tal definição, note-se que o princípio da proporcionalidade decorre do princípio da legalidade, pois requer proporcionalidade do ato administrativo ao caso concreto que motivou sua expedição, reputando arbitrário todo aquele cujos meios utilizados para realizá-lo sejam desproporcionais aos fins que a Administração quer alcançar.

Um caso recentemente divulgado pela imprensa: Prefeito estabelece, por decreto, que os supermercados, situados no bairro X não poderiam funcionar em regime de 24 horas por motivo de segurança, uma vez que tal bairro fica localizado próximo a comunidades violentas, controladas pelo tráfico de drogas. A lei não diz expressamente o horário de funcionamento de cada tipo de estabelecimento comercial, dando ao administrador a possibilidade de fazê-lo, à análise de oportunidade e conveniência da administração. A atitude do prefeito

não feriu o princípio da proporcionalidade, visto que só proibiu o funcionamento, em 24 horas, dos estabelecimentos próximos às áreas de risco, agindo, assim, na medida da necessidade.

Há de se ressaltar, no entanto, que embora o princípio da proporcionalidade atualmente seja corolário da constitucionalidade e princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, tornando possível proceder-se à aferição sistemática da razoabilidade das leis, sobretudo daquelas de natureza restritiva, a matéria não foi inicialmente recepcionada pelo Direito Constitucional como deveria. Porém, quanto às restrições impostas a certos direitos, a doutrina mais moderna entende que se deve procurar analisar não somente a sua admissibilidade constitucional (reserva legal), mas também a sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, convertendo-se o princípio da reserva legal em princípio da reserva legal proporcional. Essa nova orientação pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, bem como a adequação e a necessidade desses meios para alcançar o fim pretendido. Enquanto o pressuposto da adequação exige aptidão das medidas adotadas para a consecução do fim almejado, a necessidade, ou exigibilidade, pressupõe a inexistência de outro meio menos gravoso capaz de surtir os efeitos desejados.

No Direito brasileiro, a primeira referência ao princípio da proporcionalidade surgiu vinculada à proteção do direito de propriedade, quando o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 18.331, cujo Relator, Ministro Orozimbo Nonato, entendeu que o poder de taxar devia ser exercido dentro dos limites compatíveis com a liberdade de trabalho e direito de propriedade, sob pena de caracterizar *détournement de pouvoir* (desvio de poder).

Em 21/02/1968, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da norma constante da Lei de Segurança Nacional, que obstava que o acusado da prática de crime contra a segurança nacional desempenhasse qualquer atividade profissional, fosse ela pública ou privada. Entendeu-se que a referida norma restritiva (art. 48 do Decreto-lei nº 314/1967) era desproporcional e, portanto, inconstitucional, vez que atingia o próprio direito à vida, já que tornar impossível o exercício de uma ati-

<sup>129</sup> Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam (grifos do autor) (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed., refundida, ampl. e atual. até a Emenda Constitucional nº 39, de 19/12/2002. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 101).



vidade indispensável à obtenção dos meios de subsistência de um indivíduo é tirar-lhe um pouco sua vida já que esta não prescinde dos meios materiais para sua proteção.

No voto então proferido pelo ministro Themístocles Cavalcanti, foi citada a Emenda nº 8 da Constituição americana, na qual se proíbem a exigência de fianças excessivas, penas de multa demasiadamente elevadas e imposição de penas cruéis e que tem como ideia fundamental a preservação da dignidade humana. Concluiu-se, portanto, ser cruel a restrição imposta tendo em vista a desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida.

O tema voltou a ser objeto da atenção da nossa jurisprudência na Representação nº 930, oportunidade em que se discutiram a amplitude do conceito de liberdade profissional e o sentido da expressão “condições de capacidade”, tal como estabelecido no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/1969. O voto, então proferido pelo ministro Rodrigues Aleckmin, destacava a necessidade de proteger a essência do direito fundamental, no caso, a liberdade de exercício da profissão, e de o legislador utilizar o critério da razoabilidade sempre que estabelecer e exigir, para o exercício desse direito, as chamadas “condições de capacidade”. Sendo tais “condições” pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou requisitos especiais, morais ou físicos, constituindo-se, portanto, em verdadeiras limitações ao exercício de profissão, não pode o legislador ordinário estabelecê-las sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se tais restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, sob pena de serem julgadas ilegítimas. Em outras palavras, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser analisada no contexto de uma relação meio-fim, devendo ser declarada inconstitucional a lei que estabelecer limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis).

Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se aplicável a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos.

A decisão proferida na Representação nº 1.077, de 1984, é um inequívoco exemplo da utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso tendo em vista que, nesse caso, o texto constitucional não trazia, expressamente, qualquer limitação. Discutia-se a constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei nº 383, de 4/12/1980, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava significativamente os

valores da taxa judiciária naquela unidade federada, fixando em 2% sobre o valor do pedido o *quantum* devido pelo contribuinte. Em seu voto, o relator, ministro Moreira Alves, desenvolveu a ideia de equivalência razoável entre o custo de serviço e a prestação cobrada, e entendeu que a ausência de limites quanto à fixação do valor da taxa judiciária levaria, na hipótese de causas anteriormente de determinado valor, a uma soma exorbitante e, portanto, desproporcional ao custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte.

Em julgado posterior, o STF viu-se confrontado ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade ao estudar a constitucionalidade da Lei nº 10.248/1993, do estado do Paraná, que obrigava a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializavam gás liquefeito de petróleo – GLP –, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida a substituição. Em seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence entendeu que, além do fato de ser a pesagem, na prática, inviável, caso fossem as balanças exigidas pela lei paranaense, de fato, adotadas, o aumento de custos seria repassado a toda coletividade dos consumidores finais. Essa simples reflexão demonstra a inadequação da medida e a desproporção entre os ônus impostos aos particulares e os fins perseguidos.

No ano de 1994, o STF tratou da arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos e incisos da Lei nº 8.713, de 3/10/1993, que impunha restrições à atividade dos pequenos partidos políticos. A tese da inconstitucionalidade residia exatamente na falta de razoabilidade do critério fixado pelo legislador. Na decisão de mérito, o Ministro Moreira Alves entendeu que tal lei feria o princípio constitucional do devido processo legal que, nos Estados Unidos, onde se encontra sua origem histórica, é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Concluiu-se, então, que, mesmo que o legislador pudesse restringir o direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos seria manifestamente inadequada e, por conseguinte, desarrazoada.

A Administração Pública, então, por estar essencialmente voltada à realização dos interesses da coletividade, submete-se a um regime peculiar de atuação que lhe atribui ônus, restrições e sujeições, ao lado de poderes que lhe permitem, apropriadamente, cumprir suas finalidades.

Só se concebe esse poder ao Estado, no entanto, como instrumento adequado para o exato e eficiente cumprimento das finalidades a que, segundo o ordenamento legal, se propõe a Administração Pública atingir. Com ele, equipa-se ou habilita-se a Administração Pública a censurar o ato administrativo que deixou de seguir os parâmetros razoáveis, não guardando a adequada proporção quanto aos meios empregados e o fim que a lei almeja alcançar, daí a doutrina e a jurisprudência modernas procurarem enfatizar a limitação do poder discricionário da Administração.

Dessa forma, temos três requisitos para que a atuação administrativa seja proporcional, quais sejam: adequação, exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A *adequação* é o primeiro requisito do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade<sup>130</sup> e, conforme o próprio nome já diz, é o meio a ser utilizado pela Administração para alcançar um fim, o qual deve ser compatível com ele. Ou seja, os bens materiais empregados pela Administração devem ser compatíveis com a finalidade que ela visa a perseguir, pois ela não pode utilizar meios que sejam desproporcionais, havendo até mesmo um provérbio alemão, que teria servido de início para a construção da teoria desse princípio, dizendo mais ou menos o seguinte: “não se matam pardais com tiros de canhões”. E é, também, mais ou menos isso o que ocorre com o princípio da proporcionalidade: não pode o agente público empregar meios que sejam inadequados para atingir os fins colimados pelo Estado, mesmo por-

que eles geralmente são ineficientes, ainda que atinjam o objetivo. De certa forma, ao se utilizar maior força na conduta, poderíamos até dizer que ela estaria ligada ao princípio da eficiência, muito embora seja difícil por ela se chegar ao objetivo almejado. Aliás, como bem assinala a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da proporcionalidade equivale ao princípio da razoabilidade, afirmando que este:

[...] pode ser visto em relação à lei e, nesse sentido, é intimamente ligado aos princípios da isonomia e do devido processo legal, substantivo; e pode ser visto em relação aos atos da Administração e, nesse sentido, confunde-se com o princípio da proporcionalidade entre meios e fins, ainda que esse não seja todo o seu conteúdo possível. Em um e outro caso, ele serve de limite à discricionariedade, seja do legislador, seja do administrador público.<sup>131</sup>

Dessa maneira, a autora reforça que tem que haver uma relação entre a imposição legal e o objetivo imposto pelo ordenamento jurídico, sob pena de inconstitucionalidade. A medida administrativa, segundo ela, é irrazoável quando há desproporção entre meios e fins que se pretende alcançar, como, por exemplo, a exigência de uma prova de língua estrangeira para o cargo de contínuo em uma repartição pública.

Portanto, a proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade, que é o ajuste da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato, revela-nos que nem todos os meios justificam os fins, pois aqueles, quando exorbitantes à

<sup>130</sup> No que tange ao princípio em análise, comumente encontra-se o mesmo associado ao princípio da razoabilidade, dizendo o professor José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*. 17. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23): “O princípio da proporcionalidade [...] guarda alguns pontos que o assemelham ao princípio da razoabilidade e entre eles avulta o de que é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes. Enquanto o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica, o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido posteriormente ao Direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus.” Acerca do princípio da razoabilidade, preceitua o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (*op. cit.*, p. 99) que: “Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.”

<sup>131</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 6. ed., São Paulo: Malheiro, 2007, p. 30. Acompanhando o mesmo entendimento da professora Di Pietro, diz o professor Mello (*op. cit.*, p. 101-02): “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostar-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. [...] Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV. O fato de se ter que buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele.”

consecução das finalidades, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

Podemos citar, a título exemplificativo, o caso dos fiscais do trabalho, que têm passe livre nos transportes coletivos urbanos para viabilizar o bom andamento de seu serviço. O fato de a lei (art. 630, § 5º, da CLT) conceder esse benefício a tais servidores, entretanto, não significa que o deslocamento deva ser por meio do transporte seletivo, bem diferenciado do transporte regular e que, por isso, é mais oneroso. Pelo contrário, no Direito Administrativo, quando o Poder Público tem determinada despesa, deve-se cuidar para que ela seja a menor possível, tanto que, em matéria de licitações, o critério preponderante é o menor preço. Assim sendo, tal dispositivo legal deve ser interpretado de maneira coerente, à luz do ordenamento jurídico e dos princípios que o regem, aplicando-se, portanto, o princípio da menor onerosidade possível. Desse modo, havendo linhas regulares, com o mesmo itinerário, não há razoabilidade em que os agentes de inspeção do trabalho se utilizem gratuitamente de um serviço prestado seletivamente.

O segundo requisito é a *exigibilidade*, pois a atuação do agente deve ser aquela unicamente necessária, ou seja, quando não há outra forma menos gravosa, menos restritiva, para alcançar o fim, daí justificar-se a principal função dos juízes, que é aplicar as normas jurídicas de acordo com a gravidade do ato e o grau de importância do bem jurídico constitucionalmente protegido.<sup>132</sup>

O princípio da proporcionalidade é mais empregado, no entanto, naqueles atos administrativos, nas condutas administrativas que, de certa forma, sejam gravosas ao particular, estando presente, por exemplo, no poder disciplinar do Estado, quando este tem que punir um determinado servidor que tenha cometido uma infração, havendo, inclusive, uma denominação própria, que se utiliza para o princípio da proporcionalidade, nesse campo específico, que é o *princípio da adequação coletiva*.

Exemplo para isso é quando o servidor profere palavras de baixo calão na repartição onde atua, sendo puni-

do com a pena de demissão. Em tese, a pena é cabível, mas, no caso concreto, a punição é um pouco exacerbada, podendo até mesmo ser usada para mascarar um desvio de finalidade, uma perseguição ao particular.

Dessa forma, na imposição da pena disciplinar, a autoridade deve observar, obrigatoriamente, o princípio da proporcionalidade, colocando em confronto a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade do servidor e os seus antecedentes funcionais, de modo que demonstre ser cabível a sanção aplicada (art. 128 da Lei nº 8.112/1990).<sup>133</sup>

Assim, há de se atentar que a lei não faculta ao agente público adotar critérios de avaliação da causa ao seu talante, tomando providências sem uma lógica, sem a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois a discricionariedade existe justamente para que a melhor alternativa seja escolhida, ajustando-se à finalidade legal que satisfaça o interesse público.

Questão que bem exemplifica o caso é aquela que o agente público atua como fiscalizador que, ao visitar um hipermercado, verifica que um cacho de bananas está impróprio para o consumo. Dentro de seu poder discricionário, tem esse agente, como se sabe, diversas possibilidades, meios de atuar nesse caso, mas ele resolve, simplesmente, interditar o estabelecimento, caçar o alvará e ponto final, deixando 500 funcionários no desemprego. Será que é proporcional essa atuação?

Na verdade, mesmo o homem médio poderia chegar à conclusão de que essa não é uma atuação proporcional, pois, nesse caso, o agente pode destruir o alimento, para a proteção dos consumidores, e aplicar, ao hipermercado, uma pena pecuniária, uma multa com caráter inibitório, para que aquilo não volte a acontecer, um efeito pedagógico muito mais razoável do que fechar o estabelecimento e colocar todos os funcionários na rua. A sanção aplicada, no entanto, foi exacerbada, desproporcional à falta cometida, podendo o ato ser anulado pelo Poder Judiciário em razão de a Administração não ter observado os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, que derivam do princípio do devido processo legal.

<sup>132</sup> A esse respeito, diz o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (*op. cit.*, p. 101) que "já se viu que a inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado".

<sup>133</sup> "Na aplicação de penalidade, a par da estrita observância ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor, impõe-se à autoridade administrativa, em decorrência dos comandos insertos na Lei nº 8.112/1990, máxime em se tratando de demissão, a verificação da natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor" (MS nº 6.663/DF; Terceira Seção; Rel. Min. Fernando Gonçalves; DJ de 02/10/2006).

Note-se, então, que o princípio da proporcionalidade está associado ao excesso de poder, um dos mais polêmicos e intrigantes temas defrontados por todo agente público, inclusive quando o próprio conteúdo do ato vai além dos limites legais fixados. O excesso amplia ou restringe o conteúdo. O disposto pelo ato excede o estabelecido pela lei.

No excesso a Administração vai além do permitido, estendendo direitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, inobservando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas.<sup>134</sup>

E é esse o grande fundamento do princípio da proporcionalidade, pois havendo mais de uma forma lícita de atuar, deve o agente se utilizar da conduta mais razoável, proporcional ao caso concreto, buscando levar em conta todos os elementos da hipótese sob apreciação; caso contrário, poderá o agente se tornar o próprio violador desse princípio.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira, encontrando sua *sedes materiae* no art. 5º, LIV, da Constituição Federal (princípio do devido processo legal), e que sua aplicação permite declarar a inconstitucionalidade da lei que for dispensável (inexigível), inadequada (falta de utilidade para o fim perseguido), ou ainda, desprovida de razoabilidade (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido).<sup>135</sup>

Complementando, diz o ilustre mestre que “o uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí por que todo ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio de poder”,<sup>136</sup> ou seja, quando a autoridade pública pratica ato não inserido na esfera de competência decorrente de sua investidura legal ou, então, se competente, o elemento psicológico do ato tem motivos ou fins diversos daqueles objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.

A afronta ao princípio da proporcionalidade constitui, portanto, em desvio de finalidade por parte da Ad-

ministração, tornando a sanção aplicada ilegal, sujeita à revisão pelo Judiciário, mesmo porque a dosagem da penalidade deve atender, também, ao princípio da individualização da pena.

Aliás, entre nós, o abuso do poder tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e, para seu combate, o constituinte armou-nos com o remédio heróico do mandado de segurança, cabível contra ato de qualquer autoridade (art. 5º, LXIX, da CF/1988, e Lei nº 1.533, de 31/12/1951). Além disso, assegurou a toda pessoa o direito de representação contra abusos de autoridade (art. 5º, XXXIV, *a*, da CF/1988), complementando esse sistema de proteção contra os excessos de poder com a Lei nº 4.898, de 9/12/1965, que pune criminalmente esses mesmos abusos de autoridade. Portanto, na real verdade, pode o excesso de poder ser coibido através do mandado de segurança, por via administrativa ou criminal.

Por último, temos a chamada *proporcionalidade em sentido estrito*, que diz o seguinte: as vantagens a serem conquistadas devem superar os malefícios causados pela atuação, devendo haver, pois, uma relação de pertinência entre o fim almejado e os padrões de oportunidade e de conveniência.

De acordo com Juarez Freitas, “O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.”

É o caso, por exemplo, do candidato que, embora tenha obtido pleno êxito no exame vestibular, deixou de realizar sua matrícula numa universidade federal do Espírito Santo, na data prevista no edital, por se encontrar acometido de grave doença, em São Paulo, sendo esta comprovada por laudos emitidos por médicos de hospital conceituado daquele Estado. Nesse caso, demonstrado motivo de força maior, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não pode a Administração se negar a receber a matrícula do candidato em momento posterior, mesmo porque o candidato apresentou justificativa muito antes

<sup>134</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 215.

<sup>135</sup> Como sempre observou o mestre Hely Lopes Meirelles: “O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há de ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, da violência contra o administrado constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 30ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo).

<sup>136</sup> *Idem*.

de serem chamados os suplentes das vagas disponibilizadas.<sup>137</sup>

Ainda sobre prazos estabelecidos em editais de concursos, verifica-se o caso de uma aluna que teve seu direito de transferência assegurado, por mandado de segurança, para a Universidade Federal Fluminense, embora ter deixado de entregar a devida documentação exigida no edital em virtude de uma greve nacional deflagrada pelos professores da rede universitária federal. Dessa forma, não poderia ser imputada à aluna a responsabilidade pelo não cumprimento dos requisitos exigidos, já que não foi a mesma que deu causa ao retardo na apresentação de tais documentos comprobatórios. Assim sendo, se por um lado a universidade procurou observar as exigências contidas no edital, em obediência ao princípio da legalidade, por outro, a aluna deixou de cumprir aquela exigência específica sem que, no entanto, houvesse concorrido para isso.

Na hipótese *sub examine*, temos dois valores em conflito: a garantia do acesso à educação contrapondo-se à estrita legalidade dos atos administrativos. Nesses casos, deve o julgador fazer a ponderação necessária para evitar que o princípio da legalidade acoberte uma injustiça, utilizando-se, como instrumento de ponderação de valores, o princípio da proporcionalidade, que tem sido proclamada pela doutrina como *princípio da redução de excesso*.

Note-se, desse modo, que a proporcionalidade indica uma compatibilização, de maneira a permitir que todos os valores sejam realizados e satisfeitos. A proporcionalidade exclui interpretações que tornem inúteis as finalidades buscadas pelas normas.

Segundo o professor Marçal Justen Filho:

Pode distinguir-se a relevância do princípio da proporcionalidade nas hipóteses de atividade discricionária e vinculada. Na primeira, o administrador recebe do Direito o

dever de escolher a solução mais adequada para satisfazer o interesse público. Na última, o interesse público é satisfeito através da solução determinada em lei.<sup>138</sup>

Assim, a decisão de realizar uma contratação administrativa de certo objeto, por exemplo, envolvendo um dispêndio determinado de verbas públicas, faz-se segundo o princípio da proporcionalidade, visando a satisfazer o administrador o interesse público.

Em se tratando de princípios da Administração Pública, aspecto importante a ser observado é o que diz o art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim verificado:

*Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Este artigo estabelece, em seu parágrafo único, diversos critérios que deverão ser observados nos processos administrativos, dentre os quais nos interessa, em particular, o inciso VI, que fala sobre a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, tratando-se, assim, de forma clara, do princípio da proporcionalidade.

O agente público, portanto, deve cumprir seus deveres funcionais de modo rotineiro, premido que está a assim fazê-lo pelos princípios jurídicos que informam e disciplinam as atividades da Administração Pública, ainda mais agora, com dignidade constitucional, como previsto no art. 37, *caput*, da vigente Constituição da República em relação aos princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. E isso ocorre mesmo naquelas decisões de na-

<sup>137</sup> Nesse sentido tem sido a posição adotada pelo Tribunal Regional Federal: "Administrativo – Matrícula em Instituição de Nível Superior. 1. Não efetuada a matrícula no prazo regulamentar, por motivo de força maior devidamente comprovado nos autos, reconhece-se o direito à efetivação fora daquele prazo. 2. Situação de fato a ser preservada pelo decurso do tempo. 3. Apelação e remessa oficial improvidas" (TRF – Segunda Região; Terceira Turma; AC nº 96.02.07415-9; Rel. Juiz Paulo Barata).

"Civil – Direito à Matrícula – Vestibular – Fato Jurídico Perfeito. A aprovação no Concurso de Vestibular afasta a impontualidade da matrícula, vez que ocorreu por motivo de força maior" (TRF – Segunda Região; Primeira Turma AC nº 2006.02.01.049439-6; Rel. Juíza Julieta Lídia Lunz).

<sup>138</sup> Segundo o mestre Marçal JUSTEN FILHO (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed., São Paulo: Dialética, 2006, p. 69), "a atividade discricionária exige que o administrador respeite o princípio da proporcionalidade ao formular as escolhas acerca da solução mais adequada. Isso se faz através da observância aos princípios jurídicos fundamentais, os quais deverão ser harmonizados em face da situação concreta examinada. Não significa afirmar que a proporcionalidade não se aplique nos casos de atividade vinculada. A solução do caso concreto sempre envolve interpretação da norma abstrata e individualização de seus efeitos para a situação real. Essa operação terá de ser norteada pelo princípio da proporcionalidade. É que nenhuma lei exaure integralmente a liberdade do intérprete – aplicador, o que deriva da própria textura aberta da linguagem. Cada expressão legislativa demandará interpretação, impondo ao aplicador não apenas o encargo da revelação do significado semântico dos vocábulos, mas em especial o dever de considerar o ordenamento jurídico na sua integralidade, os fins buscados pelo Direito e pela sociedade e assim por diante. Negar incidência ao princípio da proporcionalidade nos casos de competência vinculada corresponderia a supor atividade meramente mecânica do agente administrativo, o que não ocorre".

tureza discricionária, em que a sua vontade está limitada, pois há a barreira da legalidade, como também a decorrente dos princípios da realidade e da razoabilidade.

## 2.12. Princípio da segurança jurídica

Um dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança.

*Palmiro do Couto e Silva*

Também chamado de *princípio da boa-fé dos administrados* ou *princípio da proteção da confiança*, o princípio da segurança pública é um dos que integram o rol dos princípios elencados na Lei nº 9.784/1999, que regula, como já dito anteriormente, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Dessa forma, a Administração a ele deve observância e, como uma das consequências dessa determinação, esta lei veda textualmente a aplicação retroativa de nova interpretação de determinadas normas legais (art. 2º, parágrafo único, XIII, parte final), o que seria contrário, até mesmo, ao princípio da moralidade administrativa.

A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito, estando a este princípio viceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vício de ilegalidade.

A prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade.

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos:

Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência

podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, como seria, por exemplo, a falta de um diploma para ocupar cargo reservado a médico, mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.<sup>139</sup>

A prescrição e a decadência são fatos jurídicos por meio dos quais a ordem jurídica confere destaque ao princípio da estabilidade das relações jurídicas, ou, como se tem denominado atualmente, ao princípio da segurança jurídica. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança passaram a constar de forma expressa no art. 54 da Lei nº 9.784/1999, segundo o qual o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, conjugando a norma, assim, os aspectos de tempo e de boa-fé.

Também chamado de princípio da boa-fé, sua observância implica relação de confiança entre a Administração Pública e o administrado, observando-se com mais frequência sua presença nas relações contratuais do Estado com seus administrados, e que esta se faça de acordo com a presunção de boa-fé de ambas as partes.<sup>140</sup>

Sobre o assunto, eis precedente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Contrato Administrativo. Discricionariedade [...] Cláusulas. Princípio. Boa-fé. Indisponibilidade. Moralidade. Razoabilidade.

[...] As cláusulas previstas no contrato administrativo devem ser interpretadas à luz dos princípios da boa-fé, indisponibilidade, moralidade e razoabilidade, devendo ser tida por abusiva a disposição que contiver regra contrária a estes princípios (Ap. Cív. nº 128.406/6 – Rel. Des. Badi Cury, Quarta Câmara Cível).

Com base nesse princípio, pode haver a convalidação ou sanatória do ato nulo. Em muitas hipóteses, o interesse público prevalente estará na conservação do ato que nasceu viciado, mas que, depois, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Entretanto, alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo ante*. Em tais circunstâncias, o

<sup>139</sup> MIGUEL REALE. *Revogação e Anulação do Ato Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 70-71.

<sup>140</sup> Dessa maneira, diz Celso Antônio Bandeira de Mello: “De consequente, o contrato gera um vínculo assentado nas premissas de lealdade e boa-fé, vez que as partes não estariam obrigadas a se relacionar; se o fazem é precisamente expectantes de que seus objetivos podem ser satisfeitos pela ação da parte contraposta e de que se-lo-ão, dada a normal conduta do coobrigado, ou seja, dado o correto proceder dos contratantes” (MELLO, C.A.B. *apud* SANTO, *op. cit.*, p. 37).

princípio da segurança jurídica prevalece sobre o princípio da legalidade, como imposição da justiça material.

A respeito do assunto há de se fazer o registro, por sinal, interessantíssimo, de um exemplo fornecido por Regis Fernandes de Oliveira:

[...] imagine-se a seguinte hipótese: autorizou-se um loteamento em terras municipais. O interessado, valendo-se de documentos falsos, logrou obter aprovação do loteamento, seu registro e o competente deferimento do loteamento perante a própria Prefeitura Municipal a quem pertenciam as terras. O ato que determinou a expedição do alvará autorizando a realização do loteamento é nulo. E a nulidade advém do conteúdo do ato. O loteamento não poderia ser autorizado, uma vez que dentro do imóvel municipal. Inobstante, famílias adquiriram lotes, construíram casas, introduziram-se melhoramentos, cobrados foram tributos incidentes sobre eles, bem como tarifas de água etc. Enfim, onde era terreno municipal erigiu-se verdadeira cidade. Anos após, descobre-se que o terreno não pertencia ao loteador e que se trata de área municipal. Imagina-se, mais, que se tratava de verdadeiro paul, que foi sanado pelos adquirentes e, o que era um terreno totalmente inaproveitável, tornou-se valorizado.

Oportuna a observação de que a Administração tem o arbítrio, diante do caso concreto, decidir qual a melhor solução, ou seja, anular o ato ou convalidá-lo, tudo de acordo com o interesse público em jogo.

A posição sufragada, visando à convalidação, por determinação do art. 55 da Lei nº 9.784/1999, os atos a serem convalidados têm que preencher os seguintes requisitos: não se originem de **dolo**, não acarretem **lesão** ao interesse público nem **prejuízo** a terceiros.

### 2.13. Princípio da motivação

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo para os demais Poderes do Estado.

*Maria Sylvia Zanella Di Pietro*

Corolário do princípio do devido processo legal, o princípio da motivação corresponde a uma formalidade indispensável ao controle da legalidade dos atos administrativos e à garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa.

A motivação dos atos administrativos vem se impondo dia a dia, como uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental.

Embora os atos administrativos gozem de presunção de legalidade, tal presunção não afasta a necessidade de motivação dos atos por parte da Administração Pública.

Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos-determinantes da lei).

No Direito Administrativo a motivação deverá constituir norma, não só por razões de boa administração, como porque toda autoridade ou poder em um sistema de governo representativo deve explicar legalmente, ou juridicamente, suas decisões.

Para se ter a certeza de que os agentes públicos exercem a sua função movidos apenas por motivos de interesse público da esfera de sua competência, leis e regulamentos recentes multiplicam os casos em que os funcionários, ao executarem um ato jurídico, devem expor expressamente os motivos que o determinaram. É a obrigação de motivar. O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato, bastará para torná-lo irregular; o ato não motivado, quando o devia ser, presume-se não ter sido executado com toda a ponderação desejável, nem ter tido em vista um interesse público da esfera de sua competência funcional.

Pela motivação, o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que, em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa.

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

Exemplificando, para maior compreensão, diremos que, se o superior, ao dispensar um funcionário exonerável *ad nutum*, declarar que o faz por improbidade de procedimento, essa “improbidade” passará a ser motivo

determinante do ato e sua validade e eficácia ficarão na dependência da efetiva existência do motivo declarado. Se inexistir a declarada “improbidade” ou não estiver regularmente comprovada, o ato de exoneração será inválido, por ausência ou defeito do motivo determinante. No mesmo caso, porém, se a autoridade competente houvesse dispensado o mesmo funcionário sem motivar a exoneração (e podia fazê-lo, por se tratar de ato decorrente de faculdade discricionária, com amparo na própria Constituição Federal), o ato seria perfeitamente válido e inatacável.

Outro caso ilustrativo foi de dano moral causado a servidor estadual que teve por origem ofício de Prefeito Municipal, este contendo fatos divorciados de seus motivos determinantes. Imputação a exercente de cargo estadual de confiança de fatos graves e desabonadores de sua conduta, sem o prévio e indispensável requisito de demonstração das increpações. Se é verdade que o exercente de cargo de confiança pode ser afastado a qualquer momento, inexistindo direito ao recebimento de danos materiais, não é menos verdadeiro que se possa negar-lhe a condição, atinente a todo cidadão, e não só a servidores públicos, de padecer de danos morais por assacatilhas jamais demonstradas. Ainda que discricionário seja o ato administrativo de afastamento, pode e deve o Judiciário perquirir os motivos determinantes do mesmo. Se comprovados os fatos que deram causa ao ato municipal, cai ele no vazio e na ilegalidade. Todo ato administrativo se reveste de publicidade, a não ser editado sob amparo legal do sigilo, razão pela qual resta evidente que o mesmo se torne notório.

Contudo, existem três correntes sobre o princípio da motivação, sendo que a primeira delas, minoritária, diz que nenhum ato precisa ser *motivado* se não houver previsão legal, já que a motivação não é princípio constitucional. Além disso, essa mesma corrente admite que todos os atos sancionatórios devem ser motivados para que o destinatário conheça a razão de ser do ato, invocando o art. 93, X, da Constituição: “As decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.” Se as decisões dos Tribunais serão motivadas, que dirá do administrador!

Quanto ao Poder Judiciário, existe um dispositivo determinando a motivação dos atos administrativos e essa

corrente aduz que, se para o Judiciário é obrigatório, por que não se fez menção ao Executivo ou ao Legislativo no exercício da função administrativa? Só ao Judiciário?! Há um silêncio eloquente do texto constitucional. Para sustentar essa conclusão, advogam que, se o Constituinte quisesse determinar que os atos do Executivo e Legislativo deveriam ser motivados, tê-lo-ia feito de maneira expressa, mas não o fez, e por não ter feito, essa motivação não existe como regra, somente por exigência de lei.

Quanto ao motivo, é pacífico que deve ser obrigatória a sua existência para a validade de qualquer ato administrativo, pois por tratar-se da situação fática que dá origem ao ato é imprescindível que seja ele um dos requisitos para a consecução do objetivo final da Administração.

A segunda corrente, majoritária na doutrina moderna, parte do raciocínio de que todos os atos devem ser motivados em virtude do princípio da moralidade, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato. Só com a motivação o destinatário do ato e a própria população vão poder exercer o controle popular sobre as decisões administrativas. Essa corrente é respaldada pelos consagrados Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e todos os autores mais modernos.<sup>141</sup>

Convém ressaltar que a Lei federal nº 9.784/1999, aplicada aos processos administrativos federais (arts. 1º e 50, § 1º), exige o respeito ao princípio da motivação. Dessa forma, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória. Portanto, todos os atos de conteúdo decisório (de decisão), mesmo discricionários, ou seja, que podem interferir na esfera de direitos de alguém, necessariamente serão motivados.

Já a terceira corrente é mais tradicional, tendo como seu maior defensor o saudoso professor Hely Lopes Meirelles. Os atos vinculados devem ser motivados, os discricionários não necessitam, obrigatoriamente, de motivação, a não ser quando a lei assim o exigir, mas se forem motivados ficariam vinculados aos motivos alegados para todos os fins de direito. É o que se chama, em doutrina, de *Teoria dos Motivos Determinantes*. Essa posição é mui-

<sup>141</sup> Assim se manifestou o STJ: LMS nº 19.210. Ementa: “1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, § 1º, da Lei 9.784/1999). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou indicação genérica da causa do ato. 2. No caso, ao fundamentar o indeferimento da autorização para o funcionamento de novos cursos de ensino superior na ‘evidente desnecessidade do mesmo’, autoridade impetrada não apresentou exposição detalhada dos fatos concretos e objetivos em que se embasou para chegar a essa conclusão.”



to criticada, pois os atos vinculados são aqueles atos em que não há liberdade de agir, não há liberdade operacional. Ora, esses atos, para que precisam de motivação, se a lei já dá os motivos? Mas é justamente nos atos discricionários, em que há certa liberdade de agir, uma liberdade nos limites da lei, que se necessita saber as razões.<sup>142</sup>

### 3. Considerações finais

Em decorrência dos contornos aqui delineados acerca dos princípios, torna-se evidente o seu papel fundamental na ordem jurídica. Os princípios expressam os valores e o sentido pelo qual um ordenamento existe. A lógica jurídica<sup>143</sup> parte dos princípios em direção às regras. Os mesmos constituem a substância do direito, o que lhes confere plena normatividade, uma vez que orientam a interpretação das regras jurídicas, permitem ou proíbem condutas. Todo o aparato jurídico-político encontra-se vinculado aos valores postos nos princípios.

Ocorre que os princípios constitucionais sempre foram discriminados no mundo jurídico, onde se alegava que estes careciam de normatividade. Tais considerações são completamente descabíveis, verificando-se que

a normatividade dos princípios jurídicos hoje é questão vencida no meio forense.<sup>144</sup>

A melhor compreensão do Direito Administrativo brasileiro está no reconhecimento de sua natureza principialista superior e axiologicamente orientada. O Direito Administrativo consiste num conjunto de princípios, regras e valores orientados ao respeito dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Deve-se urgentemente superar aquela visão limitada e errônea do Direito como um simples conjunto de regras, ficando os princípios relegados a um segundo plano.

Mostra-se fundamental a realização de um estudo sobre os princípios que regem o Direito Administrativo, e suas relações com as regras jurídicas, no intento de que sejam interiorizados pelos operadores jurídicos e possam vir a experimentar uma verdadeira efetividade. Esse é um dos caminhos apontados para dar um basta ao gritante esquema de corrupção e privilégios que imperam em nossa Administração Pública. Esse é o grande desafio para os juristas ainda capazes de se indignarem frente a essa triste realidade, que nega o direito de ser cidadão a um número cada vez maior de pessoas, e com forças de aplicar o Direito, concretizando a Justiça.

<sup>142</sup> Art. 50 da Lei nº 9.784/1999 descreve quais são as situações que exigem a motivação.

Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses: (Na verdade, abrange quase todos os atos);

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato

§ 2º. Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudiquem direito ou garantia dos interessados.

§ 3º. A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Como se observa facilmente, essa lei acaba abrangendo quase todos os atos administrativos.

<sup>143</sup> XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Português no direito: linguagem forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 296, *apud* REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. "Enquanto que o jurista constrói a sua ciência partindo de certos pressupostos, que são fornecidos pela lei e pelos códigos, o filósofo do direito converte em problema o que para o jurista vale como resposta ou ponto assente e imperativo. [...] A Lógica Jurídica é um dos ramos do Direito. Ora, assim como a Filosofia do Direito, diz Miguel Reale, 'não é disciplina jurídica, mas é a própria Filosofia enquanto voltada para uma ordem de realidade, que é própria 'realidade jurídica', a Lógica Jurídica, em suas linhas mestras também não se distingue da lógica propriamente dita, posto não deva ser entendida como a estrita aplicação das regras da lógica formal ao fenômeno jurídico. A razão disso repousa no fato de que a lógica puramente normativa, como foi visto, tendo por fim traçar os parâmetros da verdade e coerência do pensamento em si mesmo, está centrada num campo de amplas abstrações, ao passo que a Lógica Jurídica tem como ponto de referência a esfera dos valores, o que a faz distanciar-se, também da lógica aplicada às gramáticas e às matemáticas."

<sup>144</sup> Essa é a opinião também de Ruy Samuel Espíndola: "Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas" (ESPÍNDOLA, *op. cit.*, p. 55).

## Capítulo 2

---

### Poderes Administrativos

#### Introdução

#### A competência dos poderes orgânicos no Estado Moderno

O Estado Moderno tem por objetivo principal a defesa dos interesses do seu povo, sintetizados no bem-estar social, isto é, no bem comum e não no individual.

Para alcançar esse objetivo, o Estado Moderno conta com poderes orgânicos, que se resumem em três, quais sejam, o Poder Legislativo, que declara o direito, o Poder Executivo, que administra o Estado, traduzindo o direito ao caso concreto, e o Poder Judiciário, que julga os litígios, distribuindo a Justiça conforme as normas de direito.

No Estado Moderno, os poderes são separados com funções diversas. Todavia, se as Constituições devem determinar a separação dos poderes, nada impede que, em hipóteses excepcionais, sem que implique delegação de competência, as Constituições deem esta ou aquela competência típica de um Poder para outro.

Examinando-se a atual Constituição brasileira, é possível verificar que, a exemplo das anteriores, é adotado o princípio da separação dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º), os quais são tratados, separada e respectivamente, nos Capítulos I, II e III do Título IV, da Constituição Federal de 1988.

Nesses capítulos, com efeito, são encontradas normas constitucionais que autorizam, por exemplo, ao Poder Legislativo o exercício da jurisdição própria do Judiciário, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º), como também processar e julgar as autoridades elencadas no seu art. 52, incisos I e II.

O Poder Executivo, por seu turno, também exerce atribuições precípua do Legislativo, como aquelas que dizem respeito ao início do processo legislativo e a sanção, promulgação e publicação das leis, bem como a

expedição de decretos e regulamentos para sua fiel execução, o veto a projetos de lei, total ou parcialmente, e, ainda, a edição de medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62 da Constituição Federal (art. 84, incisos III, IV, V e XXVI).

O Poder Judiciário, por sua vez, tem o poder de controle pelo monopólio da jurisdição, salvo as indicadas hipóteses de competência do Poder Legislativo. Contudo, o Poder Judiciário também exerce atos de Administração do Estado, que seriam típicos dos poderes Legislativo ou Executivo no que diz respeito à elaboração de seus regimentos internos, ao seu pessoal e serviços, inclusive na organização de suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva, tudo dentro dos limites previstos no art. 96, *caput* e incisos, da Constituição da República.

Pode-se, portanto, afirmar que no Estado Moderno, somente nas hipóteses estritamente expressas na Constituição, as atividades formal e material de cada Poder da República podem dissociar-se quando da prática de ato que, embora formalmente seja de um Poder, materialmente é praticado por outro.

Isto é tanto mais importante quando se sabe que as atividades da Administração Pública, típicas do Poder Executivo, coexistem nos dois outros Poderes, isto é, nos poderes Legislativo e Judiciário, sendo regidas, assim, pelo Direito Administrativo, este considerado e definido como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam as atividades da Administração Pública em quaisquer dos departamentos de governo.

#### Diferença entre governo e Administração

Embora sutil, existe uma diferença jurídica entre governo e Administração, qual seja, a de que os órgãos do governo têm a competência de tomar decisões políticas, dotadas de forte carga de discricionariedade, mas não de arbítrio em relação à comunidade governada, enquanto os órgãos da Administração Pública têm a seu cargo a aplicação daquelas decisões governamentais que sejam exequíveis em termos de ação concreta.

Hely Lopes Meirelles, sintetizando a respeito, lembra que governo, em sentido formal, “é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos,” certo que, como ainda adverte o publicista, “o governo ora se apresenta nas funções originárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania”,<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

atuando mediante atos de soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos.

Quanto à Administração, necessário é salientar que ela não tem contornos bem definidos, embora seja o vocábulo *administração* o oposto ao vocábulo *propriedade*, porque administração indica, justamente, *atividade de gerir interesses alheios*, enquanto a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Como fenômeno sociológico, Administração Pública é toda a atividade do Estado para alcançar os seus próprios fins, e que não seja para legislar e julgar contenciosamente.

Os órgãos da Administração Pública, em verdade, por não terem atribuição de comando político do Estado, operacionalizam as decisões políticas, inclusive traduzindo para a realidade do caso concreto o comando das decisões dos órgãos políticos do Estado.

E é justamente aí que surge algo que merece destaque para a compreensão da atividade administrativa, ou seja, dos órgãos da Administração, da ação administrativa: por ser efetivamente subordinada à ação governamental, obriga o agente administrativo a cumprir a decisão governamental.

## 1. O poder

### 1.1. Generalidades

O conceito de poder é fugidio e, ao mesmo tempo, de grande importância no âmbito do Direito Público. Em acepção ampla, pode significar capacidade geral de agir. Nas relações humanas, consiste, em essência, no predomínio da vontade de uma pessoa sobre as demais. Nos vínculos entre órgãos administrativos é o predomínio de um sobre outro. Nos vínculos funcionais entre autoridades ou agentes públicos, expressa a ascendência de uns sobre os outros, que se traduz, por exemplo, em: expedir ordens e instruções, fiscalizar as atividades, modificar decisões, desfazer decisões. No aspecto relacional, Administração-particulares, o poder da primeira sobre o segundo acarreta a imposição de condutas, de ônus, de encargos, de sanções e a restrição ao exercício de direitos e atividades, sempre com fundamento legal.

### 1.2. Vocábulos

Nos textos de Direito Administrativo, diversos vocábulos aparecem associados à ideia de poder, às vezes com acepção sinônima.

Alguns autores mencionam o termo *potestade*, transpondo para o ordenamento pátrio a dualidade existente na Itália – *potere* e *potestà* –, e na França – *pouvoir* e *puissance*. Para uns, são sinônimos; para outros, *potestà* significa poder jurídico, ou poderes e direitos de agir, ao mesmo tempo, deveres de agir e intervir. Parece melhor, no ordenamento brasileiro, ater-se ao termo *poder* que, no âmbito da atuação administrativa, se reveste de sentido próprio, adiante demonstrado.

Usa-se também a palavra *imperium* ou *império*, que significa, na essência, a possibilidade de emitir comando dirigido a outrem e de executar coativamente o próprio comando. Muitas atuações administrativas são dotadas de imperatividade.

Outro termo citado com frequência é *autoridade*, por vezes como sinônimo de *poder*. No âmbito da ciência política, tem o sentido de poder estabilizado dotado de legitimidade. No Direito Administrativo designa, comumente, o agente público com titularidade legal para decidir.

Menciona-se amiúde, no Direito Administrativo brasileiro, a locução *poder-dever*, para expressar o dever conjugado ao poder ou, de modo similar, o dever que nasce do exercício de um poder. Indica-se, mesmo, no rol dos princípios do Direito Administrativo, o princípio do poder-dever que significaria a obrigação imposta à autoridade de tomar providências quando está em jogo o interesse público. Embora não represente demasia o vocábulo *dever* associado a poder, pois evoca explicitamente a ideia de *obrigação de agir*, o esclarecimento do sentido que o termo poder adquire no âmbito da atuação administrativa torna prescindível o uso da fórmula composta.

O sentido de poder no âmbito administrativo será bem apreendido se vier explicado ou transmutado com base na ideia de função.

No Direito Público, a palavra *função* é usada em várias conotações, dentre as quais, se tem a atribuição ou competência ou encargos de um órgão, dando-se como exemplo: esse órgão tem a função de fiscalizar as construções. Outra conotação seria no sentido do fim a que se destina a atividade do órgão público, como, por exemplo: a medida teve a função de propiciar livre acesso às informações. Também se diz que a função significa o poder exercido no interesse alheio, isto é, interesse estranho ao sujeito que o exerce.

Publicistas modernos ponderam, no entanto, que as autoridades e órgãos públicos não têm interesses próprios, daí parecer incompatível contrapor, nesse ambi-

to, interesse próprio e interesse alheio. Embora todas as autoridades e órgãos públicos atuem, em princípio, no interesse alheio (interesse da população), tais publicistas preferem outro elemento para caracterizar a essência da função, qual seja: o exercício do poder preordenado a um fim.

Na função, o exercício do poder não é livre; mas, pela impossibilidade de separá-lo de um fim, apresenta-se inevitavelmente condicionado a requisitos que justificam a atuação e orientam seu concreto desenvolvimento. Na função, o dever surge como elemento ínsito ao poder e, desse modo, a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para atendimento de um fim. Assim, as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído. Mediante a ideia de função, o poder administrativo apresenta, portanto, conotação peculiar, pois se canaliza a um fim, implicando, além de prerrogativas, deveres, ônus, sujeições.

Há um rol de poderes administrativos cujo exercício mostra-se mais abrangente que outros no desempenho das inúmeras atividades administrativas. Permeiam, com maior frequência, as medidas e decisões adotadas pelas autoridades, as quais serão objeto de exame neste trabalho.

### 1.3. A essência coercitiva do poder

O poder político juridicamente institucionalizado encontra sua essência na soberania do Estado. Tem como sujeitos ativos as autoridades públicas e deve ser exercido com legitimidade, a fim de que não se torne nulo, e com a estrita observância aos direitos individuais.

Pode-se afirmar que o poder decorre de duas vertentes, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira é o desejo do homem pelo poder e a segunda é o poder como fenômeno histórico.

A ideia de poder se encontra bem definida no conceito de Max Weber,<sup>2</sup> que o traduz como sendo “a possibilidade de alguém impor sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas”.

A partir dessa definição, conclui-se que o poder é exercido por certos indivíduos ou grupos, que impõem

suas vontades a outros, imbuídos de um objetivo. Geralmente, tais objetivos têm fatores variados, como causa financeira, religiosa etc. Contudo, outras vezes a imposição do poder está relacionada ao próprio exercício do poder.

Portanto, o poder está sempre vinculado a uma vontade e a uma capacidade. Aquele que o detém deve ter condições legais para aplicá-lo e para fazer valer a sua vontade.

É certo que uma sociedade organizada deve ser governada por meio de um poder, a fim de que sejam respeitadas as normas legais que permeiam a sua organização, e que o Estado é a pessoa que detém o monopólio desse poder. Afirma-se, pois, que este não é originário do Estado, mas sim da soberania do povo. O Estado apenas o utiliza em seu nome, e por isso mesmo deve exercê-lo com a devida responsabilidade de quem tem em mãos algo que lhe foi concedido com um fim específico, qual seja, organizar a sociedade, combater a injustiça e alcançar o bem comum.

Não se pode pensar numa sociedade sem que haja a simbiose do poder e do Estado e um governo legítimo e democrático.

### 1.4. O uso e o abuso do poder

É milenar o fato de que o poder fascina o homem, que sempre o buscou desde a mais remota civilização. Observa-se, através da História, que vem de longa data a existência do domínio de uns sobre os outros e que em certas ocasiões o poder perpassa os limites do justo e do razoável e cria um cenário de submissão, com contornos autoritários.

Por isso, imperioso se faz que o poder seja vigiado, pois quando este tem total soberania e independência, tende a desencadear abuso, excesso e conseqüente injustiça. Deve, pois, ser exercido com ponderação e com objetivos recobertos de legalidade.

Atualmente, num Estado democrático, tem-se maior capacidade de vigiar o poder e denunciar o seu desvio e excesso, embora, contraditoriamente, seja cada vez mais comum a constatação de casos em que o poder é desviado de sua verdadeira função e utilizado para a consecução de benefícios próprios daqueles que o executam, o que se vê quase diariamente nos noticiários. A liberdade aumentou e em conseqüência os abusos decorrentes dela também aumentaram.

<sup>2</sup> Max Weber, *apud* Galbraith, 2005.

Da mesma forma, a democracia também nos concede o direito de cobrar das autoridades públicas a fiel aplicação do poder, por intermédio da pontual atuação em benefício do bem comum, nos mais diversos fatores que envolvem a vida em sociedade e em que este poder está pautado.

Contudo, também tem sido notória a omissão de muitas autoridades, sobretudo quando deveriam atuar, caracterizando-se as suas inércias em relação ao poder que lhes é outorgado e que deveriam utilizar em prol do bem comum.

### 1.5. O excesso e o desvio do poder

Segundo a doutrina vigente, há duas formas de abuso de poder: o *excesso* e o *desvio*. No primeiro, o agente atua fora dos limites de sua competência e no segundo, age dentro de sua competência, mas afasta-se do interesse público.

No caso de excesso, o agente público que é detentor do poder, utiliza-o de forma abusiva e, por consequência, ilegal, perpassando a competência que lhe confere a Administração para agir em seu nome.

No desvio de poder não é competência que se excede. O agente extrapola os limites da lei, valendo-se de sua suposta obrigação em agir nos ditames legais e voltado ao interesse público, mas colimando um fim diverso do qual lhe é lícito agir. Pressupõe-se haver discricionariedade quando o poder é desviado, dada a liberdade de ação que o agente possui, e por esse motivo, o desvio é facilmente mascarado.

São de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup> as palavras a esse respeito:

Trata-se, pois, de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento doez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretenso interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio.

## 2. Os poderes e deveres do administrador público

A Administração Pública formada por um complexo de órgãos e entes personalizados, conduzidos por um corpo de agentes, realiza grande número de atividades. Estas atividades destinam-se principalmente a atender necessidades e interesses da população e fragmentam-se em inúmeras variedades, cada qual com características jurídicas e técnicas próprias. A Administração Pública desempenha, assim, amplo e diversificado leque de atividades para cumprir as tarefas que

o ordenamento jurídico lhe confere, atividades estas de diferentes tipos, sob várias formas e regimes.

Com efeito, ao tomar posse e ser investido no cargo público, o administrador passa a ter uma série de responsabilidades, encargos, poderes e deveres oriundos da posição que está ocupando. A partir daquele momento, passa o administrador a gerir bens e interesses da coletividade, tendo, para tal, uma competência decisória, e sendo a autoridade que irá responder pelas suas próprias atribuições e atos.

Para a concretização do interesse público, que, em última análise, resume-se no bem coletivo, os administradores públicos detêm poderes e deveres, ou seja, meios e responsabilidades para o exercício das respectivas funções públicas em prol de todos os que se achem no âmbito territorial ou funcional de suas atribuições legais. Nesse contexto, deve-se ressaltar que o administrador público tem, principalmente, deveres a serem bem e fielmente cumpridos com os poderes e recursos materiais, financeiros e humanos ao seu dispor.

A realidade exige a especialização de funções e a distribuição de parcelas de competências entre os servidores integrantes da Administração Pública. Essas parcelas de poder são outorgadas por lei como atributos do cargo ou função, independentemente da pessoa que os exerça. Portanto, não pertencem à pessoa, mas ao cargo ou à função. Por isso, o agente político ou administrativo destituído do cargo ou da função não pode reivindicá-las, usá-las, nem invocá-las conforme sua vontade para impor-se aos administrados.

Observe-se, pois, que para que a Administração possa realizar o conjunto das atividades que lhe cabem, no cumprimento de seu papel na vida coletiva, é necessária a presença de seus agentes, sendo estes o elemento físico e volitivo por meio do qual o Estado atua no mundo jurídico.

Obviamente que o ordenamento jurídico, ao conferir a tais agentes as prerrogativas peculiares à sua qualificação de prepostos do Estado, conferiu-lhes também prerrogativas indispensáveis à consecução dos fins públicos, que se constituem nos poderes administrativos.

Os poderes e deveres que o administrador terá são gerados e concedidos por lei, cabendo a ele atuar mediante a moral administrativa e o interesse coletivo. Cada agente da Administração é investido de um poder público, para que possa melhor exercer sua função.

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 709.

Esse poder deve ser sempre usado em prol da sociedade e, quando surge a oportunidade de agir em benefício dela, o administrador público tem a obrigação de atuar, porque isto está vinculado à sua função pública.

### 2.1. Os princípios constitucionais dos poderes e deveres do administrador público

Embora os poderes e deveres específicos dos agentes públicos estejam expressos em lei promulgada pelo respectivo ente federativo, no exercício de sua autonomia constitucional, devem ser exercidos nas mais diversas circunstâncias com observância dos preceitos constitucionais pertinentes, especialmente os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, estabelecidos na Constituição Federal (arts. 1º e 3º), dentre os quais, sobressaem: a promoção da dignidade humana e da cidadania; a dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; do pluralismo político; de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades regionais e sociais; do desenvolvimento nacional e do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além desses, existem outros princípios constitucionais que repercutem sobre o exercício dos poderes e deveres políticos e administrativos no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os níveis de governo da Federação. Nesse sentido, podem ser citados, no plano da atividade econômica, os princípios gerais, fundados na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, com o fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170 da CRFB).

No plano social, cuja base é o primado do trabalho, os objetivos são: o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CRFB); a promoção dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, abrangendo esta a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e aos adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integra-

ção à vida comunitária (arts. 194 e 203 da CRFB); a promoção da educação, da cultura e do desporto, com vistas à erradicação do analfabetismo, à universalização do atendimento escolar, à melhoria da qualidade do ensino, à formação para o trabalho, à promoção humanística, científica e tecnológica do País, o acesso às fontes da cultura nacional, a valorização e a difusão das manifestações culturais (arts. 214 e 215 da CRFB). Além destes, não pode ser olvidado o dever de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, que compõem a segurança pública (art. 144 da CRFB).

### 2.2. Os princípios constitucionais básicos da Administração Pública

A Constituição estabelece, ainda, princípios básicos para a Administração Pública em qualquer dos Poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário – de qualquer dos entes federados – União, Estado Federado, Distrito Federal e Município. Os princípios-deveres constitucionais são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além dos relacionados no *caput* do art. 37 da Carta vigente, o agente público está também obrigado ao cumprimento dos princípios-deveres da legitimidade e da economicidade, ou economia nos dispêndios de recursos financeiros públicos, conforme o art. 70 da Constituição Federal. De fato, tais disposições têm sido comumente chamadas de princípios e, em certo sentido, o são, mas seriam mais bem qualificadas como deveres constitucionais, porque são de cumprimento obrigatório por parte de todas as autoridades públicas, no Executivo, no Legislativo e no Judiciário e em todos os níveis de governo.

Os poderes político e administrativo são outorgados ao agente público para prevalecer o superior interesse público estabelecido na Constituição e desdobrado em níveis de menor generalidade e abrangência nas leis aprovadas pelo Poder Legislativo sobre a eventual resistência oposta por pessoas ou grupos. Desde o momento de sua investidura em cargo ou função pública, a autoridade política ou administrativa fica automaticamente obrigada a agir, com os meios ao seu alcance, exercendo os poderes que lhe foram atribuídos para concretizar o interesse público.

### 2.3. O poder-dever de agir do administrador público

A autoridade não tem o direito de silenciar ou de omitir-se sob o pretexto de que a lei eventualmente lhe atribua uma margem de juízo discricionário, que lhe permite decidir com prudência o momento de agir. Eis

a razão pela qual a omissão ou o silêncio também geram responsabilidade, tanto para a autoridade omissa quanto para o Poder Público. Uma vez que as condições exigidas por lei para legitimar sua ação tenham acontecido, o agente público tem o dever de agir e não apenas o poder de agir. Enquanto no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no âmbito do Direito Público é uma obrigação ou imposição, ou melhor, um dever. Esse dever é irrenunciável, pois o interesse protegido não lhe pertence, mas sim à sociedade a que serve. O administrador público gera interesses coletivos de terceiros, da sociedade.

A doutrina afirma que os poderes da Administração Pública são instrumentos de trabalho de que se vale o administrador e que, por serem poderes-deveres, são irrenunciáveis, não podendo deixar de ser exercidos, portanto. São atributos do cargo ou função, razão pela qual não podem ser invocados fora do exercício das atribuições. Então, os poderes só podem ser validamente exercitados na medida em que os administradores estiverem atuando, posto que o administrador público não tem poder como pessoa física; *o que tem poder é o cargo que ele exerce*. Ao sair da repartição, por exemplo, considera-se o administrador público um cidadão como outro qualquer, que não pode sequer invocar a sua posição fora das atribuições.

*A natureza jurídica dos poderes do administrador público*, embora não concordemos muito com isto, são prerrogativas de Direito Público.

O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo.

Na qualidade de administrador de interesses e bens públicos, os agentes públicos devem exercer seus poderes com probidade, eficiência e também devem prestar contas de seus atos.

### 2.3.1. O dever da probidade

O dever de probidade, nas palavras do mestre Hely Lopes Meirelles, “está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos”.<sup>4</sup>

O dever de probidade se traduz na busca, por parte do administrador, do melhor possível dentro da gerência da coisa pública. Assim, deve o administrador, ao desempenhar suas funções, ser reto, leal, justo e hones-

to, e, por intermédio desses predicativos, deve sempre optar pela oportunidade que venha a oferecer mais vantagem para a Administração Pública.

O dever de probidade ou de honestidade no trato da coisa pública decorre do dever constitucional de agir conforme os princípios da moral na Administração Pública, isto é, com boa-fé, fidelidade à verdade, respeito a toda pessoa humana, sem causar danos a quem quer que seja, sem dilapidar o patrimônio público, sem usar do cargo ou função apenas para benefício próprio ou extrair vantagens egoísticas.

É nesse sentido que deve orientar-se o agente público no desempenho do cargo, função ou emprego junto ao Estado ou entidade por ele criada, sob pena de ilegitimidade de suas ações. O administrador, em obediência a essa orientação, deve buscar o melhor para a Administração Pública. Assim, entre duas opções permitidas pela lei, deve o agente público escolher a mais vantajosa, a melhor.

Assim, se várias pessoas têm interesse no uso privativo de certo bem público, não pode o agente público, mesmo que a lei o faculte, efetivar uma escolha aleatória. A escolha, nesses casos, há de ser por licitação. Entre dois ou mais nomeáveis a titular de um cargo de provimento em comissão, a nomeação há de incidir naquele com mais experiência, com mais títulos, com mais capacidade, se todos gozam da mesma confiança do agente competente para nomear. Esses dois exemplos elucidam casos em que haverá afronta ao dever de probidade se o agente público não se portar conforme o indicado.

O dever de probidade é um dever constitucional ao qual estão obrigados todos os agentes públicos e cujo descumprimento, segundo o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, importará a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei nº 8.429, de 2/06/1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, que os classifica em três espécies: os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao Erário (art. 10), e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). As sanções estão previstas no art. 12 e a lei determina que o Poder Judiciário deva aplicá-las levando em conta a *extensão do dano causado* e o *proveito patrimonial obtido pelo agente*.

<sup>4</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 104.

A lei abrange todo e qualquer agente público, seja qual for a situação que o vincula ao Poder Público, bem como aqueles que, não sendo agentes, concorram para as condutas de improbidade ou delas se beneficiem. Tomando conhecimento de ato de improbidade praticado na Administração, *qualquer pessoa* poderá representar à autoridade administrativa ou ao Ministério Público para o fim de providenciar a apuração do fato denunciado. Várias são as sanções aplicáveis nas hipóteses de improbidade, sem prejuízo das previstas na legislação específica: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ilícitamente acrescidos ao patrimônio, pagamento de multa civil e vedação ao recebimento de benefícios fiscais.

No que concerne à hipótese em que o ato de improbidade provoque danos ao erário, é competente a pessoa jurídica interessada ou o Ministério Público para ajuizar *ação cautelar de sequestro dos bens* do agente ou do terceiro para garantir o ressarcimento aos cofres públicos, como também para promover a ação principal, de rito ordinário, com o objetivo de recompor o erário lesado pela conduta ímproba.

Trata-se, portanto, de legislação específica, que bem demonstra a necessidade de ser observado o dever de probidade na Administração.

Os estatutos funcionais também preveem deveres e obrigações dos administradores, relativos ao dever de probidade.

No Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União (Lei nº 8.112, de 11/12/1990), como nas demais normas que incidem sobre a conduta dos agentes públicos em geral, são encontradas disposições coibitivas da improbidade no trato dos bens que lhes são confiados para gestão, sujeitando-os, pelo mau emprego ou dilapidação, à responsabilidade administrativa, civil ou criminal, conforme o caso e a categoria do agente.

Paralelamente a esses preceitos, a lei reguladora da ação popular (Lei nº 4.717, de 29/06/1965), em conformidade com a instituição constitucional (art. 5º, LX-XIII), explicitou os atos passíveis de anulação por essa via judicial, desde que ilegais e lesivos ao patrimônio público, assim considerados não só os das entidades estatais e autárquicas como, também, os das fundacionais,

paraestatais e até os dos estabelecimentos particulares subvencionados com dinheiros públicos.

De tal relevo é o dever de probidade, que a conduta do Presidente da República, quando o afronta, configura crime de responsabilidade (art. 85, V, da CRFB). O mesmo se pode dizer em relação aos governadores, nos termos das Constituições estaduais, e dos prefeitos, segundo o disposto no Decreto-Lei federal nº 201/1967, ainda em vigor nesse particular.<sup>5</sup>

Assim, o ato administrativo praticado com lesão aos bens e interesses públicos também fica sujeito à invalidação pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, por *vício de improbidade*, que é uma ilegitimidade como as demais que nulificam a conduta do administrador público.

### 2.3.2. O dever de eficiência

Outro dever do administrador que encontramos na doutrina é o *dever de eficiência*, que se impõe a todo administrador público, para que desempenhe suas funções com presteza e perfeição, e que o rendimento alcançado seja o esperado.

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

O dever de eficiência consiste em exercer suas atribuições com a melhor qualidade, o menor dispêndio de recursos materiais, inclusive naturais, e financeiros, no menor tempo possível e com o maior respeito ao usuário dos serviços. O dever de eficiência exige a melhor alocação possível de pessoas, bens, tempo e recursos financeiros, bem como a maior universalização possível no atendimento da população usuária no menor tempo, além de buscar o pleno emprego dos fatores humanos, a preservação e a promoção da concorrência entre agentes econômicos privados, sem prejuízo do estímulo à participação na gestão da coisa pública e da promoção da solidariedade na solução dos problemas coletivos. A eficiência é assim considerada em sentido amplo, abran-

<sup>5</sup> Veja, nesse sentido, que a EC nº 45/2004 determinou a instituição de órgãos específicos no combate ao abuso de poder cometido por integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, admitindo reclamações dos interessados e punição aos responsáveis. Trata-se do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (respectivamente, art. 103-B, III e IV, e art. 130-A, II e III, da Constituição Federal).



gendo a efetiva obtenção dos resultados de interesse público contidos no texto constitucional. O controle de resultados abrange todos os aspectos de mérito no exercício dos poderes políticos e administrativos, inclusive quanto à eficiência e adequação na utilização dos meios ao alcance dos fins visados.

O conhecimento técnico e científico na sociedade moderna constitui poderoso auxiliar do administrador público, que deve dar preferência a ele em substituição ao conhecimento leigo e à mera opinião sem comprovação consistente. Todavia, o conhecimento técnico e científico deve ser sempre demonstrado para compreensão e controle por quem não o detém, evitando-se sua manipulação em face da ignorância alheia e sua transformação em dogma inacessível aos demais cidadãos. Ao decidir, o administrador público deve apoiar-se no conhecimento científico e tecnológico devidamente comprovado e objeto de consenso consolidado entre os especialistas e doutores na matéria.

A eficiência, porém, não depende apenas da natureza da atividade. É mister que os sujeitos da atividade tenham qualificação compatível com as funções a seu cargo. Indiscutível, pois, o rigor com que se deve haver a Administração para o recrutamento de seus servidores. Quando estes possuem qualificação, escolhidos que foram pelo sistema de mérito, as atividades da Administração são exercidas com maior eficiência.

A Emenda Constitucional nº 19/1998, ao alterar a redação do *caput* do art. 37, acabou por introduzir entre os princípios constitucionais o da eficiência. Assim, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, além de outros, ao princípio da eficiência, que já era acolhido pelo nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, o Decreto-lei Federal nº 200/1967, ao submeter a atividade administrativa ao controle do resultado (arts. 25 e 26, III), ao fortalecer o sistema de mérito (art. 25, VII) e ao prescrever a demissão ou dispensa do servidor, comprovadamente ineficiente no desempenho de suas atribuições ou desidioso no cumprimento de seus deveres (art. 100), não fez outra coisa senão ordenar a observância desse princípio. Nessa linha, a Constituição Federal, como que regulamentando o princípio da eficiência, possibilitou o desligamento do servidor estável, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho na forma estabelecida em lei complementar, assegurado amplo direito de defesa.

O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualita-

tiva a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e que produzem maior eficiência no seu desempenho. A eficiência da atividade administrativa, com efeito, produz frutos e causa benefícios à própria coletividade, daí configurar-se como dever do administrador público.

### 2.3.3. O dever de prestar contas

Ao lado do dever de eficiência está o dever de prestar contas, que é a essência da gestão de bens, direitos e serviços alheios, conforme estabelece o art. 668 do novo Código Civil. É, portanto, encargo ou obrigação de quem administra coisas de terceiros. Na Administração Pública não é diferente, justificando-se ainda mais, pois se trata da prestação de contas sobre a gestão de um patrimônio que pertence à coletividade.

Esse dever é um dos mais fundamentais e uma consequência natural do desenvolvimento da Administração Pública, na medida em que o administrador passa a gerir os bens e interesses coletivos.

O dever de prestar contas é inerente à adoção do princípio republicano na Constituição Federal. Todo aquele que exerce função política em sentido lato, em qualquer dos poderes da República ou função administrativa, responde perante o povo, origem do poder num Estado Democrático de Direito. Como todo agente público é administrador de *res publica*, a responsabilidade surge como corolário decorrente do regime republicano. Assim, quem responde por seus atos tem o dever de prestar contas na medida em que tem a seu cargo a gestão de uma porção de bens e interesses alheios que, no âmbito do Poder Público, são interesses públicos ou coletivos.

Nesse sentido, a prestação de contas não se limita à aplicação do dinheiro público, mas abrange todos os atos praticados no exercício do poder, sejam materiais, sejam formais. Na expressão do art. 70 da Constituição Federal, a prestação de contas sujeita à apreciação pelo Tribunal de Contas compreende a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, mas compreende também todos os demais atos administrativos ou de governo, podendo ser enumerados, exemplificativamente, os atos relativos à moralidade na Administração, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, à saúde, à educação e assim por diante. No âmbito propriamente político, a responsabilidade é de natureza política, daí resultando a figura do crime de responsabilidade, a qual pode incidir sobre quem exerça cargo ou função pública.

A prestação de contas de administradores pode ser realizada internamente pelos órgãos escalonados em graus hierárquicos, ou externamente. Nesse caso, o controle de contas é feito pelo Poder Legislativo, por ser ele o órgão de representação popular. No Poder Legislativo, situa-se, organicamente, o Tribunal de Contas, que, por sua especialização, auxilia o Congresso Nacional na verificação de contas dos administradores.

No art. 71 da Constituição Federal estão enumeradas as várias funções do Tribunal de Contas voltadas para o controle da atividade financeira dos agentes da Administração.

A prestação de contas é feita pelo chefe do Poder Executivo de cada esfera do governo (federal, estadual, municipal) perante a respectiva corporação legislativa. Essas corporações, para esse fim, são auxiliadas pelos competentes Tribunais de Contas ou órgãos que lhes façam as vezes.

No âmbito federal, a competência para julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo é do Congresso Nacional (art. 49, IX, da CRFB). É o próprio Presidente da República que tem o dever de prestar contas ao Congresso Nacional, referentes ao exercício anterior, no prazo de 60 dias após a abertura da sessão legislativa (art. 84, XXIV, da CRFB). Em relação ao Estado-Membro, essa fiscalização está regulada na Lei Maior estadual. No que respeita ao Município, está disciplinada no art. 31 da Constituição da República.

Registre-se, ainda, que o dever de prestar contas alcança não só a Administração centralizada, mas também os agentes de entidades a ela vinculadas e até mesmo outras pessoas que recebam subvenção governamental ou manipulem dinheiro público. Quem administra dinheiro público, bens ou interesses coletivos deve prestar contas ao órgão fiscalizador competente.

Vale dizer que a prestação de contas abrange todos os atos de administração e governo, e não só os relacionados com o dinheiro público ou gestão financeira. Assim, deve-se prestar contas dos planos de governo, mostrando o que se pretendia e o que se conseguiu, indicando as razões do êxito e as do fracasso.

O dever de prestar contas é inerente a qualquer agente que atue em nome dos interesses coletivos.

### 3. Uso e abuso de poder

O uso do poder é um dos mais polêmicos e intrigantes temas defrontados por todo agente público, ou seja, pela pessoa física que exerce alguma atividade estatal e tem o dever de decidir e impor a sua decisão ao particular, também pessoa física ou, então, pessoa jurídica.

A Administração Pública, no dizer de Jean Rivero,<sup>6</sup> deve satisfazer o interesse geral e não o conseguirá se se encontrar colocada em pé de igualdade com os particulares, pois as vontades destes, determinadas por motivos puramente pessoais, colocam a sua – a da Administração Pública – em xeque sempre que as colocar na presença dos constrangimentos e sacrifícios que o interesse geral exige. Foi bem por isso que a Administração recebeu o poder de vencer essas resistências, certo que as suas decisões obrigam, uma vez que se presumem legítimas diante do princípio jurídico da verdade e legitimidade de seus atos. A Administração Pública, portanto, não necessita obter o consentimento dos interessados e pode, assim, prosseguir na execução de seus atos, certa de que – ainda no ensino de Jean Rivero – pela tradicional expressão *Poder Público* “deve entender-se esse conjunto de prerrogativas concedidas à Administração para lhe permitir fazer valer o interesse geral”.

O ordenamento jurídico de qualquer país dá tratamento diverso aos interesses públicos e privados. Por essa razão, acaba desiguando, e é natural que isso aconteça, a atuação dos titulares desses interesses, pois reconhece à Administração Pública poderes que não são usualmente desfrutados pelos particulares. Assim ocorre com a possibilidade que tem a Administração Pública de impor, unilateralmente, obrigações aos administrados, ou de executar seus próprios atos, respeitados, quando for o caso, os interesses patrimoniais dos alcançados por essas medidas.

Submete-se, então, a Administração Pública, por estar essencialmente voltada à realização dos interesses da coletividade, a um regime peculiar de atuação que lhe atribui ônus, restrições e sujeições, ao lado de poderes que lhe permitem, apropriadamente, cumprir suas finalidades.

Só se concebe esse poder ao Estado, como instrumento adequado para o exato e eficiente cumprimento das finalidades a que, segundo o ordenamento legal, se propõe a Administração Pública alcançar. Com ele, equipa-se ou habilita-se a Administração Pública para a obtenção de seus fins.

<sup>6</sup> Apud LAZZARINI, Alvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

### 3.1. O uso do poder e o princípio da impessoalidade

Todo agente público exerce poder administrativo, de que resulta a sua autoridade pública, conforme a sua investidura legal e, assim, esfera de competência. A autoridade de um agente político ou administrativo, porém, é prerrogativa da função pública exercida, corresponda essa função a um cargo ou não.

A autoridade pública, portanto, não é privilégio pessoal de quem quer que seja, pois, como focalizado, ela está inserida nas funções do órgão público a que se integra a pessoa física do agente público, seja chefe do Poder Executivo e seus ministros ou secretários ou, então, parlamentares, magistrados, membros do Ministério Público, conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Corpo Diplomático, todos como agentes políticos do Estado, como também aqueles servidores públicos, os agentes administrativos do Estado, que constituem a grande massa dos agentes públicos e têm, assim, a sua autoridade pública reconhecida de acordo com a respectiva investidura legal.

A Constituição da República, no seu art. 37, *caput*, deixa isso certo, quando prevê o princípio da impessoalidade a ser observado pela Administração Pública.<sup>7</sup>

O agente público, ao certo, cumpre seus deveres funcionais de modo rotineiro, premido que está a assim fazê-lo pelos princípios jurídicos que informam e disciplinam as atividades da Administração Pública e, agora, com dignidade constitucional, como previsto no art. 37, *caput*, da vigente Constituição da República em relação aos princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. E isso ocorre mesmo naquelas decisões de natureza discricionária, em que a sua vontade está limitada, pois, há a barreira da legalidade, como também a decorrente dos princípios da realidade e da razoabilidade.<sup>8</sup>

Complementando, diz o ilustre mestre que “o uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí por que todo

ato abusivo é nulo, por excesso ou desvio de poder”,<sup>9</sup> isto é, respectivamente, quando a autoridade pública pratica ato não inserido na esfera de competência decorrente de sua investidura legal ou, então, se competente, o elemento psicológico do ato tem motivos ou fins diversos daqueles objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.

Hely Meirelles, ainda examinando o tema em foco, lembrou que o abuso de poder:

[...] ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos – flagrante ou disfarçado – o abuso de poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que a contém.<sup>10</sup>

### 3.2. O abuso do poder: excesso de poder e desvio de finalidade

O mais interessante estudarmos é o abuso de poder, que, numa definição bastante sumária, é a violação formal ou ideológica da lei. É gênero que admite duas espécies, sendo uma delas chamada de *excesso de poder*, que não enseja grandes discussões, pois é a violação de uma regra de competência, e ocorre quando o sujeito atua fora da determinação legal ou do ato normativo. Assim, se a lei dita quais são as atribuições do agente e, mesmo assim, ele age fora delas, conseqüentemente há uma *violação formal* da lei.

Já a segunda espécie de abuso de poder, que é chamada de *desvio de poder ou desvio de finalidade*, como, aliás, é mais conhecido, ocorre quando o agente se afasta do interesse público ou dos objetivos previstos, explícita ou implicitamente, na regra da competência, apartando-se, dessa forma, do princípio da impessoalidade ou da finalidade. A título de ilustração, exemplifica-se o desvio de finalidade quando se desapropria um bem para perseguir um desafeto político ou para favorecer um afilhado político. A atuação, nesse caso, está sendo de manei-

<sup>7</sup> Nas palavras de ÁLVARO LAZZARANI, registra-se que “o princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário ‘x’ ou ‘y’ que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele”. LAZZARANI, *op. cit.*, p. 33.

<sup>8</sup> Como sempre observou Hely Lopes Meirelles: “O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há de ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, da violência contra o administrado constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram” (MEIRELLES, *op. cit.*, p. 106).

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 106-107.

ra pessoal, afastando-se, portanto, do interesse público para dar atendimento ao interesse privado. Outro exemplo seria punir o servidor com sua remoção para o interior do País. Em tese, essa remoção, mesmo atendendo ao interesse público, não atende aos objetivos da lei. Por quê? Porque a lei prevê o objetivo da remoção, qual seja, atender uma necessidade ou do servidor (remoção a pedido) ou da Administração Pública num determinado momento em que faltem recursos humanos em determinada área do território. Ora, se o administrador se vale de meios que são imprevisíveis no espírito da norma, estará cometendo desvio de finalidade, embora, em tese, o interesse esteja resguardado.

Podemos sintetizar, então, que o desvio de finalidade é a violação *ideológica* da lei. Não se está violando a lei em sua literalidade, mas em seu espírito. A lei tem uma vontade, é a *mens legis*. Surgindo os casos concretos, a vontade da lei é no sentido de sua aplicação. Então, se está violando essa *mens legis*, é óbvio que estará sendo cometido um ato com desvio de finalidade. Somando-se o excesso de poder (violação formal da lei) com o desvio de finalidade (violação ideológica da lei), chegamos ao conceito de abuso de poder, que é a violação formal e ideológica da lei. A violação formal é o excesso de poder; a violação ideológica é o desvio de finalidade.

De qualquer modo, o agente público que abuse do seu poder sujeita-se às sanções que o ordenamento jurídico brasileiro possa indicar, mesmo em face do princípio da impessoalidade já mencionado.<sup>11</sup>

### 3.3. As medidas legais cabíveis ao abuso do poder

Entre nós, o abuso do poder tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e, para seu combate, o constituinte armou-nos com o remédio heróico do *mandado de segurança*, cabível contra ato de qualquer autoridade (art. 5º, LXIX, da CRFB, e Lei nº 1.533, de 31/12/1951). Além disso, assegurou a toda pessoa o *direito de representação* contra abusos de autoridade (art. 5º, XXXIV, a, da CRFB), complementando esse sistema de proteção contra os excessos de poder

com a Lei nº 4.898, de 09/12/1965, que pune criminalmente esses mesmos *abusos de autoridade*. Portanto, na real verdade, pode o excesso de poder ser coibido através do *mandado de segurança, por via administrativa ou por via criminal*.

Então, revisando, dissemos que o gênero *abuso de poder* ou *abuso de autoridade* reparte-se em duas espécies bem caracterizadas: o *excesso de poder* e o *desvio de finalidade*.<sup>12</sup>

O abuso de poder é, portanto, uma conduta que ultrapassa o comando da lei, encontrável facilmente na Polícia. Este excesso é punido, hoje, pela Lei nº 4.898/1965, tratando-se de uma autêntica punição penal, que vem sempre acompanhada da possibilidade de qualquer pessoa representar contra a autoridade que se excedeu no poder.

Há excesso de poder quando o próprio conteúdo (o que o ato decide) do ato vai além dos limites legais fixados. O excesso amplia ou restringe o conteúdo. O disposto pelo ato excede o estabelecido pela lei.

No excesso a Administração vai além do permitido, estendendo direitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, inobservando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas.<sup>13</sup>

### 3.4. Exemplos de excesso de poder

Exemplifiquemos: a lei prescreve que a permissão de uso de bem público só pode ser outorgada a título precário, mas o agente a outorga por certo prazo. Também há esse vício quando a lei estabelece que qualquer concessão de serviço público só pode ser outorgada sem exclusividade, mas o agente público celebra o contrato de concessão com essa cláusula. Mais um exemplo: a lei permite a entrada de qualquer pessoa em dado recinto público; o ato, no entanto, veda o ingresso de mulheres. Nesses exemplos, ocorreu a ilegalidade conhecida por excesso de poder.

O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade, e até mesmo no crime de abuso da autoridade, quando incide nas previsões penais da Lei nº 4.898/1965, que visa a melhor preservar as liberdades individuais já asseguradas no art. 5º da Constituição de 1988.

<sup>11</sup> A personalização, ou seja, a individualização do funcionário, pode ser recomendável, quando atue não como expressão da vontade do estado, mas como expressão de veleidade, capricho ou arbitrariedade pessoal. Então, como nota Gordillo, "o ataque ou impugnação concreta à pessoa do funcionário só é um meio de lograr que ela mesma ou seu superior corrija o fato ou omissão danosa". A personalização vale assim para imputar ao funcionário uma falta e responsabilizá-lo perante a Administração Pública, a fim de que esta lhe imponha a punição cabível (LAZZARINI, *op. cit.*, p. 35).

<sup>12</sup> Na clássica definição de Hely Lopes Meirelles, temos que: "O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite" (MEIRELLES, *op. cit.*, p. 108).

<sup>13</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 215.

Essa conduta abusiva, pelo excesso de poder, tanto se caracteriza pelo descumprimento frontal da lei, quando a autoridade age claramente além de sua competência, como, também, quando ela contorna dissimuladamente as limitações da lei, para arrogar-se poderes que não lhe são atribuídos legalmente. Em qualquer dos casos há excesso de poder, exercido com culpa ou dolo, mas sempre com violação da regra de competência, o que é bastante para invalidar o ato assim praticado.

### 3.5. Exemplo de desvio de poder ou de finalidade

Desvio de finalidade constitui, no pensamento do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>14</sup> no manejo de um plexo de poderes procedido de modo a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência.

Tais desvios aconteceriam, por exemplo, se fosse determinada a troca semestral da cédula de identidade, cuja finalidade diz respeito à segurança pública, mediante o pagamento de uma taxa visando a aumentar a receita pública, ou quando se institui a zona azul, cuja finalidade é a ordenação do tráfego e do trânsito, também com o fito de aumentar a arrecadação pública, ou, ainda, quando o agente público se vale de desapropriação para recuperar bens litigiosos. E também, quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública, mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; ou, ainda, quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação.

O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público. Diante disto, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador.

A propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que: “Indícios vários e concordantes são prova” (STF, RTJ 52/140). Dentre os elementos indiciários do desvio de poder ou de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou.

A lei regulamentar da ação popular (Lei nº 4.717/1965) já consigna o desvio de finalidade como vício nulificador do ato administrativo lesivo do patrimônio público e o considera caracterizado quando “o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2º, e, e parágrafo único, e). Com essa conceituação legal, o desvio de finalidade entrou definitivamente para nosso Direito Positivo como causa de nulidade dos atos da Administração.

### 3.6. A ilegalidade do ato praticado com abuso de poder

Pela própria natureza do fato em si, todo abuso de poder se configura como ilegalidade. Não se pode conceber que a conduta de um agente, fora dos limites de sua competência ou despida da finalidade da lei, possa compatibilizar-se com a legalidade. É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa ou judicial.

O poder administrativo, como visto, é conferido para ser devidamente utilizado, e só dessa forma é que se pode afirmar a presença da legalidade. Sem a utilização conforme a lei, o abuso de poder jamais refugirá de seu caráter de ilegalidade, tanto assim que, da lição do professor Hely Lopes Meirelles, ressalta-se o seguinte aspecto: “O abuso de poder tanto pode revestir a forma comissiva como a omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado”.<sup>15</sup>

### 3.7. O abuso de poder por omissão

E, de fato, quando falamos em abuso de poder, a ideia que temos é que a conduta só pode ser cometida por meio de atos, condutas comissivas da Administração Pública. Ocorre que há também a *forma omissiva de abuso de poder*, que a Administração o faz, e com muita frequência, cometendo abusos por meio de omissões.

Para termos ideia de como ocorre essa *forma omissiva de abuso de poder*, observamos uma prática muito comum da Administração Pública, qual seja, quando ela se encontra obrigada a se manifestar diante de um requerimento (direito de petição), como, por exemplo, certidões de tempo de serviço ou mesmo certidão negativa de débito, mas permanece inerte, embora seja direito de todo o indivíduo obter informação a respeito de dados ou circunstâncias de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, b, da CRFB). Observa o mestre Hely Lopes Meirelles, citando Caio Tácito:

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. refundida, ampl. e atual. (até a Emenda Constitucional 39, de 19/12/2002). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 838.

<sup>15</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 107.

[...] a inércia da autoridade administrativa, deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposo.<sup>16</sup>

### 3.8. Em que momento se configura o abuso de poder por omissão?

Mas, a partir de que momento surge o abuso de poder? A partir do instante que tem o particular o direito de agir contra a Administração Pública para compeli-la a se pronunciar ou a motivar a eventual negativa? Para responder tais questões, bom é lembrar de um entendimento doutrinário que diz o seguinte: enquanto perdurar o silêncio, estando obrigada a Administração a se manifestar a respeito de determinado tema, o administrado não perde o seu direito subjetivo; por isso, afirma-se que, no silêncio, não flui o prazo do mandado de segurança. É claro que, se há prazo estabelecido em lei ou em regimento interno ou em outro ato normativo qualquer, ultrapassado aquele prazo, já há abuso de poder, começando, assim, a fluir o prazo do mandado de segurança.

### 3.9. Como se configura o prazo razoável?

Questão polêmica surge quando o Poder Público não tem prazo para se manifestar, surgindo daí a complicação, tendo que se aplicar o conceito do *prazo razoável*. Ultrapassado tal prazo, estará havendo, com certeza, o abuso do poder. Alguns autores dizem que esse prazo razoável é o próprio prazo de 120 dias do mandado de segurança. Mas, o que é prazo razoável? Para essa resposta não existe uma regra apriorística. É um conceito indeterminado, dependendo do requerimento, dependendo do local. O magistrado é que vai analisar, casuisticamente, se o prazo razoável já escoou. A título ilustrativo, o juiz pode, simplesmente, afirmar:

[...] diante da dificuldade deste requerimento, já que o direito postulado é complexo, entendo que não existe ainda a fluência do prazo razoável que daria ensejo à impetração do mandado de segurança. Não havendo, portanto, ato abusivo de poder, indefiro a inicial.

Em sentido contrário, pode ser que seja um requerimento bastante simplório, como uma certidão

de tempo de serviço, que, após seis meses, a Administração não se manifeste. A certidão por tempo de serviço é um ato vinculado, e ultrapassado aquele prazo razoável surge o abuso de poder. O administrado, demonstrando preencher as condições e requisitos para obtenção daquele ato, o magistrado pode supri-lo, deferindo aquele direito pleiteado que foi sonogado pela Administração. Entende-se que, no ato vinculado, nada impede que o juiz faça isso, porque seria uma análise apenas da legalidade. O desembargador Jessé Torres, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, num caso paralelo ao exposto, assim se manifestou: “Para fins da licitação, a empresa pode participar do procedimento como se débito não tivesse.”<sup>17</sup>

Quanto ao agente omissor, poderá ele ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente, conforme o tipo de inércia a ele atribuída. Pode, inclusive, ser punido por desídia no respectivo estatuto funcional ou ser responsabilizado por conduta qualificada como improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei nº 8.429/1992, que regula os casos de improbidade administrativa, considerando como tal o fato de o servidor retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício).

Em caso dessa omissão administrativa, se sobrevierem danos para terceiros, estes terão ação indenizatória em face da pessoa administrativa a que pertencer o servidor inerte, respondendo este em ação regressiva perante aquela (art. 37, § 6º, da CR).

O grande problema é quando o silêncio da Administração incidir sobre um ato discricionário, porque o juiz não pode se intrometer no mérito administrativo. Por exemplo, um circo quer se instalar na cidade. Após requerimento, visando a tal objetivo, a Administração Pública não tem prazo para se manifestar. Após 45 dias, sem resposta, o circo impetra mandado de segurança, surgindo um problema para o juiz, pois não pode conceder uma coisa que está sujeita ao poder discricionário da Administração Pública. Nessa hipótese, o direito líquido e certo do postulante não é o próprio ato, mas a motivação do ato. O juiz poderá, tranquilamente, determinar “à Administração Pública que motive o ato ou que se expresse em tantos dias sob pena de multa diária”.

<sup>16</sup> *Apud* MEIRELLES, *ibidem*, p. 107-108.

<sup>17</sup> Portanto, quando não houver prazo legal, regulamentar ou regimental, para decisão, o administrado deve aguardar por um tempo razoável a manifestação da autoridade ou do órgão competente, o qual ultrapassado, o silêncio da administração converte-se em abuso de poder, corrigível pela via judicial adequada, que tanto pode ser ação ordinária, medida cautelar, Mandado de Injunção ou Mandado de Segurança (STF, Súmula nº 429). Em tal hipótese, não cabe ao Judiciário praticar o ato omitido pela Administração, mas sim impor sua prática, ou, desde logo, suprir seus efeitos para restaurar ou amparar o direito do postulante, violado pelo silêncio administrativo.

#### 4. Os poderes da Administração: vinculado e discricionário

Os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados, segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Por isso, o poder deve ser atribuído à atividade de uma autoridade.

Dentro dessa diversidade, consoante a liberdade da Administração para a prática de seus atos, os poderes administrativos são classificados em poder vinculado e poder discricionário.

Mas, quando estaremos diante do poder vinculado e do poder discricionário?

Para que se constate qual dos poderes está em jogo, é imprescindível que se observem os seguintes fatos: se a lei determina a atuação em um caso específico, o ato é vinculado. Mas, em situações que a lei deixa a critério da autoridade atuar ou não, de agir ou não, o ato é discricionário,

Exemplificando, o poder discricionário pode ser demonstrado da seguinte maneira: uma determinada pessoa mora num lugar que não tem iluminação; ela reclama e requer a prestação do serviço. A autoridade, então, irá prestar o serviço, se entender ser oportuno e conveniente, exercendo, assim, o poder discricionário.

Nesse caso, tem o administrador, diante de certas situações concretas, margem de liberdade para praticar ou não um ato, tendo a opção, inclusive, para decidir como irá praticá-lo. Mas, como podemos identificar se um ato é discricionário ou não? Toda vez que a lei utiliza o verbo poder, ela estará se referindo a atos discricionários, da mesma forma que, quando se utiliza da expressão “de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade”, estará enfocando o poder discricionário.

##### 4.1. O poder vinculado

O poder discricionário está correlacionado com um antigo poder, qual seja, o poder vinculado, que não é poder, pois decorre de um ato vinculado. Isto ocorre quando a própria lei estabelece o que tem que ser feito diante de determinado fato, não tendo o administrador, nesse caso, poder algum de decisão; ele irá praticar, na expedição de seu ato administrativo, simplesmente, uma vinculação. A lei retira o poder de decisão do administrador e decide no seu lugar, impondo a prática do ato, embora ele esteja no comando da lei. Assim visto, não há que se falar em poder, porque poder está ligado a não sujeição; consequentemente, não mais se fala em poder vinculado, posto que ninguém tem poder vinculado.

A título de ilustração, observamos que a lei prevê que o funcionário público, faltando ao serviço por mais de

30 dias ininterruptos ou 60 dias interpolados, tem de ser demitido. Constatada essa hipótese, ao administrador a lei não oferece alternativa, nem mesmo em se tratando de um funcionário exemplar, não havendo que se falar, portanto, em perdão. Logo, verifica-se que a autoridade administrativa está vinculada aos comandos da lei.

Podemos citar mais um exemplo de poder vinculado com base no art. 117, inciso XI, Lei nº 8.112/1990, que proíbe terminantemente ao servidor atuar, como procurador ou intermediário, junto à repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro. Tal comportamento é punível com demissão. E tem mais: a demissão por infringência do mencionado artigo, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Destarte, poder vinculado ou poder regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização; portanto, não existe liberdade operacional nem análise de conveniência e oportunidade no poder vinculado. O administrador age como mero executor da lei, porque os atos vinculados são o reflexo da lei.

Essa noção de poder vinculado se parece muito com a tipificação no Direito Penal, ou seja, a pessoa só comete crime se for exatamente a conduta do tipo penal.

Assim, há poder vinculado, também denominado competência vinculada, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção. Por isso, na doutrina, diz-se que há matérias de reserva legal absoluta, em que o vínculo da Administração ao bloco de juridicidade é máximo. Se houver uma só solução, como consequência da aplicação de uma norma, ocorre o exercício do poder vinculado.

Nessa categoria de atos administrativos, a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo-padrão.

##### 4.1.1. O ato vinculado e o princípio da legalidade

O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos

na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo se restringe, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de o praticar com todas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido, e assim pode ser reconhecido pela própria Administração ou pelo Judiciário, se o requerer o interessado.

Nesse sentido, é firme e remansada a jurisprudência de nossos Tribunais, pautada pelos princípios expressos nesse julgado do Supremo Tribunal Federal:

A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo. (STF, RDA 42/227)

Convém realçar que dificilmente encontraremos um ato administrativo inteiramente vinculado, porque haverá sempre aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização, pois o que caracteriza o ato vinculado é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração.

Elementos vinculados serão sempre a competência, a finalidade e a forma, além de outros que a norma legal indicar para a consecução do ato. Realmente, ninguém pode exercer poder administrativo sem competência legal, ou desviado de seu objetivo público, ou com preterição de requisitos ou do procedimento estabelecido em lei, regulamento ou edital. Relegado qualquer desses elementos, além de outros que a norma exigir, o ato é nulo, e assim pode ser declarado pela própria Administração ou pelo Judiciário, porque a vinculação é matéria de legalidade.

#### 4.1.2. A vinculação da discricionariedade e a discricionariedade da vinculação

É frequente encontrar-se na doutrina imagem utilizada para caracterizar o poder vinculado em contraposição ao poder discricionário: o poder vinculado teria seu exercício comparado ao da funcionária de um teatro, a quem o espectador mostra sua entrada numerada, cabendo a ela somente indicar o lugar marcado no bilhete; o poder discricionário seria comparado à funcionária do

teatro que encaminha o espectador para onde quiser, quando as entradas não são numeradas.

A doutrina contemporânea vem afirmando que, no habitual das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, daí ser insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário. Melhor parece levar em conta o aspecto predominante no exercício do poder, mencionando-se decisão ou medida em que predomina o poder vinculado ou o poder discricionário. Como exemplos de exercício de poder vinculado habitualmente citados são a licença de construir e a matrícula em escola pública.

Na opinião de diversos administrativistas consagrados, dentre eles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>18</sup> Diogenes Gasparini<sup>19</sup> e José dos Santos Carvalho Filho,<sup>20</sup> o chamado poder vinculado não existe como poder autônomo, pois não encerra prerrogativa do Poder Público, mas, ao contrário, dá ideia de restrição, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se dizer que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nesta hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público e equidade, uma vez que estes aspectos foram previamente valorados pelo legislador.

Relevante é ressaltar que, modernamente, a doutrina contesta a posição do poder vinculado dentro do rol dos poderes do administrador público, afirmando que isso não é poder, porque se consubstancia numa imposição.

#### 4.2. O poder discricionário

O poder discricionário tem sua origem proveniente do termo “discrição”, do latim *discretio*, de *discernere* (discernir, distinguir). Então, discricionário é o que se opõe à discrição de outrem, ou seja, que se deixa a seu critério, a seu arbítrio, para que delibere ou resolva segundo circunstância ou necessidade do momento.

Para o grande mestre Hely Lopes Meirelles, poder discricionário:

[...] é o que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 86.

<sup>19</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93-94.

<sup>20</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.

<sup>21</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 114.



Assim, na essência, poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis.

Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado, entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente.

O poder discricionário vem, geralmente, indicado nas leis que definem a competência dos órgãos e agentes públicos pelas expressões “poderá”, “é autorizado”, “permite-se”, ou semelhantes. Ao conceito de poder discricionário contrapõe-se o de competência vinculada ou ligada, referindo-se aos casos e situações em que o Estado está estritamente submetido à lei, não cabendo ao agente público qualquer margem de liberdade.

A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se, para a prática de um ato vinculado, a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário ele é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade, assim conferindo-se: algumas carreiras têm direito ao porte de arma, por lei (juiz, policial, procurador, promotor), pelo perigo que corre no exercício da profissão. Fora essas carreiras, só tem direito ao porte de arma se houver autorização da Secretaria de Segurança. Portanto, o particular não tem direito subjetivo a obtê-lo.

Outro exemplo do poder discricionário, no parâmetro da lei, é o fechamento de boates. Assim, se o fundo de comércio tinha autorização para funcionar como restaurante e funcionava como boate, apesar do alvará constar ser para restaurante, diz a legislação que, uma vez descumprida a finalidade do alvará, a Administração Pública pode: a) advertir; b) fixar um prazo para regularização; c) suspender temporariamente as atividades; d) cassar o alvará.

No caso, quando a lei abre esse leque de opções, o administrador vai poder escolher a punição. Essa possibilidade de escolha, dentro do âmbito da lei, é exercício do poder discricionário, pois a lei não previu um só comportamento, mas vários. Contudo, tem a Administração que motivar a sua escolha, ou melhor, terá que mencionar por que escolheu uma opção e não a outra, tendo que ser a punição adequada ao caso, portanto,

cuja última saída é cassar o alvará. Há que preponderar, assim, o princípio da proporcionalidade da sanção em relação aos meios.

Mais um exemplo de discricionariedade é aquele relativo ao funcionário público, cujo Estatuto prevê, ao lado da demissão, que o atraso do servidor “poderá” ser punido com advertência, multa, suspensão, tratando-se, portanto, de uma escolha; logo, é uso do poder discricionário do administrador.

Um ato discricionário, por natureza, pode transformar-se num ato vinculado, desde que a autoridade administrativa motive a sua ação. Motivando-a, o administrador fica preso à existência e à comprovação daqueles motivos, passando a ser um ato vinculado. Na punição, a Administração vai ter que motivar o ato, para fim de defesa no processo administrativo, no chamado “devido processo legal” e o “direito à ampla defesa”.

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado de forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal, portanto.

#### 4.3. O discricionário e o arbitrário

Contudo, convém esclarecer que *poder discricionário* não se confunde com *poder arbitrário*, porque *arbítrio* não se confunde com *discrição*. Arbítrio não é a possibilidade de agir ou não agir de acordo com uma norma; arbítrio é a ação em desacordo com a norma jurídica de um determinado sistema. Poder arbitrário é, pois, a faculdade que tem o agente público de agir totalmente em desacordo com a norma jurídica.

Discrição, ao contrário de arbítrio, é a faculdade de agir ou de não agir, de acordo com uma norma jurídica prévia. Arbítrio é ação antijurídica; discrição é ação jurídica. Dessa forma, se entre múltiplas opções, o administrador seleciona, conforme sua vontade, passando por cima da lei, temos o arbítrio; se, entre muitas hipóteses dentro da lei, o administrador seleciona a mais oportuna ou a mais conveniente, temos a discrição.

Nos Estados de Direito, em que rege o princípio da legalidade, o Poder Público não pode ser arbitrário, mas condicionado por normas que lhe ditam os meios de agir. O Estado impõe a ordem jurídica, subordinando-se a ela, daí a máxima “suporta a lei que fizeste”, que rege todos os cidadãos, inclusive o próprio Estado. Assim, se o Estado transgredir a norma, se o agente público procede de modo contrário ao sistema jurídico, está procedendo ilegalmente, verificando-se o que é denominado de poder arbitrário do agente público. Mas, se o agente administrativo opta por um caminho, dentre os vários apontados pelo legislador, ou seja, se escolhe a melhor solução para o Estado, temos, então, o poder discricionário.

#### 4.4. A origem da discricionariedade no Direito Administrativo

A título informativo, observamos que, antes de figurar nas obras de Direito Administrativo, o termo “discricionariedade” indicava mero atributo do soberano, expressando sua aptidão, e a de seus agentes para bem desempenhar suas funções, tanto assim que, até os primórdios do século XIX, o vocábulo não é mencionado pelos primeiros autores franceses e italianos do Direito Administrativo. Somente na segunda metade daquele século, doutrinadores franceses passariam a denominar as decisões resultantes do que hoje é o poder discricionário de *atos de pura administração*, conceituando-os como aqueles insuscetíveis de apreciação pelo juiz.

Para outra corrente, no entanto, o conceito de poder discricionário se resolvia, de um lado, levando-se em conta a situação de ausência de lei ou imprecisão da lei e, de outro, a liberdade conferida à Administração para interpretar tais leis ou criar novas normas. No primeiro caso, o exercício do poder discricionário era equiparado ao trabalho do juiz; no segundo, à atuação do Legislativo.

Mas foi a partir de fins do século XIX que surgiram várias teorias para caracterizar o poder discricionário, registrando-se evolução no sentido de apontar-lhe parâmetros. Nas concepções iniciais, sobressai a ideia de escolha livre, subtraída no seu conteúdo a toda disciplina legal, baseada somente em apreciações subjetivas da autoridade. Assim sendo, em 1908, o mais alto tribunal administrativo francês deixaria de admitir a existência de atos totalmente livres, exigindo observância de regras de competência e de forma, passando o termo discricionariedade, afinal, a integrar a linguagem da doutrina e jurisprudência do Direito Administrativo, já no apagar do século XIX e início do século XX.

Desenvolvia-se, assim, o entendimento de que o poder discricionário consistia na liberdade de apreciação, mas em vista do atendimento do interesse público. Na França, buscou-se traduzir, em fórmula jurídica, a obrigação de observância do fim, criando-se a figura do vício do ato administrativo por desvio de poder ou desvio da finalidade. Admitiu-se, então, a apreciação jurisdicional da conformidade ao fim.

Essa orientação evoluiu, propiciando a exigência de nexos entre a decisão administrativa e seus antecedentes (circunstâncias de fato), isto ocorrendo como reflexo da necessidade que a decisão fosse determinada por razões objetivas de interesse público. Havendo o motivo, inseriu-se um vínculo a mais no exercício do poder discricionário.

A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica estatal intervencionista, ampliam-se as atividades administrativas, quando um número crescente de medidas e decisões afeta direitos e interesses de indivíduos e grupos. Nas décadas de 1970, 1980 e 1990, o contexto político-institucional apresenta-se muito diferente do contexto do início do século, cuja realidade registra a existência de inúmeros centros de interesses na sociedade e a ampliação dos direitos de indivíduos, de grupos e de direitos difusos, provocando notória heterogeneidade de interesses, acarretando, por conseguinte, pressões de indivíduos e grupos sobre a Administração para atendimento de suas reivindicações.

Além disso, outros fatores presentes são o impacto do avanço tecnológico e a consequente tecnização no tratamento de matérias a cargo da Administração; o uso de práticas consensuais, conciliatórias; e as medidas de estímulo e incentivo. Ante esse contexto, surge, num setor da doutrina, a preocupação com a atuação discricionária, formulando-se ressalvas às concepções clássicas e buscando-se nova disciplina, para que se torne a mais objetiva possível, imparcial e, em certa medida, controlável. Um dos resultados dessa preocupação situa-se no tratamento doutrinário e jurisprudencial que circunscreve e direciona o exercício do poder discricionário com base em diversos parâmetros.

Na atualidade, diferentes expressões são utilizadas para designar a matéria: *poder discricionário*, *atividade discricionária*, *discricionariedade*. Se considerado o sentido desses vocábulos de modo rigoroso, poder discricionário seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; atividade discricionária refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto discricionariedade é a própria possibilidade de escolha. No entanto, o uso indistinto das expressões não implica

erro, facilitando a exposição do tema, que, na essência, é o mesmo nas citadas denominações.

#### 4.5. O poder discricionário no Estado de Direito

Hoje, no âmbito de um Estado de Direito, é impossível cogitar-se de poder discricionário fora do direito, subtraído a toda disciplina legal. Na contraposição, poder vinculado e poder discricionário, o primeiro corresponderia às matérias de reserva legal absoluta, e o segundo, a matérias de reserva legal relativa.

#### 4.6. A liberdade-vínculo da discricionariedade

A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não de liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se, com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades.

Por outro lado, o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.

Permanece, no entanto, certa margem livre de apreciação da conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis. Daí a atividade discricionária caracterizar-se, na essência, por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento. Com base em habilitação legal, explícita ou implícita, a autoridade administrativa tem livre escolha para adotar ou não determinados atos, para fixar o conteúdo de atos, para seguir esse ou aquele modo de adotar o ato na esfera da margem livre. Nessa margem, o ordenamento fica indiferente quanto à predeterminação legislativa do conteúdo da decisão.

A autoridade, ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse público referente à competência que lhe foi conferida; por isso, a escolha que realiza é finalística. Evidente que há diversos interesses no contexto social, o que leva à ponderação comparativa de todos ante aquele atinente a sua competência. Por isso, um setor da doutrina menciona a relevância do conhecimento fiel e completo dos fatos relacionados à decisão a ser tomada e da consideração de todos os interesses envolvidos, atribuindo a cada um o peso justo.

#### 4.7. A incidência do mérito administrativo sobre o poder discricionário: o limite da discricionariedade

A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde à noção de mérito administrativo.

O mérito administrativo expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.

Os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado.

Dentre esses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário.

Poder-se-á criticar as decisões tomadas dentro dos limites da discricionariedade ou entender que outra decisão seria melhor do que a escolhida. No entanto, uma vez que sejam observados os limites, as diferentes decisões ou atos possíveis são, sob o ângulo jurídico, intercambiáveis e fungíveis. Qualquer um deles satisfaz ao Direito.

Em numerosas situações, designadamente quando se cuida do exercício do poder de polícia, a definição concreta dos limites do poder discricionário não está estabelecida previamente. Tem o agente público apenas uma indicação extremamente vaga de que deve existir uma proporção entre a ação e a reação, entre a perturbação do interesse público, da ordem da segurança ou da saúde pública e a medida de polícia que se destina a afastá-la.

Cotejadas a ação e a reação, a perturbação que afeta o interesse público e a medida de polícia utilizada, é que se verificará, concretamente, se os limites do poder discricionário foram ou não respeitados.

#### 4.8. Os vícios extensíveis ao poder discricionário

Os vícios relacionados com o exercício do poder discricionário podem ser de várias espécies. A primeira espécie é a *transgressão dos limites do poder discricionário*, que se verifica quando o agente público desrespeita as balizas legais fixadas ao seu poder discricionário. Por exemplo, se a lei estabelece competência para aplicar multa entre R\$ 300,00 e R\$ 600,00, e a multa imposta foi de R\$ 750,00 ou de R\$ 100,00.

A segunda espécie é o *abuso ou desvio do poder discricionário*, que se caracteriza quando o agente público pratica o ato visando a um fim diverso daquele previsto na regra de competência ou para a qual o poder discricionário foi instituído. Seria, por exemplo, a transferência de um funcionário, não por necessidade de serviço,

mas por vingança pessoal; a desapropriação de um bem porque o proprietário faz oposição ao governo; ou a utilização do poder de polícia para fins fiscais. É o caso clássico de *desvio de finalidade*.

E a última espécie é o *não exercício ou exercício deficiente do poder discricionário por erro do agente*, ocorrendo quando o agente público acredita que sua faixa de escolha é menor do que a lei efetivamente lhe concede ou que sua competência é vinculada, ou que simplesmente não dispõe de competência alguma, quando em realidade está investido de poder discricionário. O erro poderá decorrer, em princípio, tanto de um equivocado entendimento da norma quanto de uma inexata apreciação dos fatos. Poderá ser, portanto, tanto de direito, quanto de fato.

Nas duas primeiras hipóteses, a consequência jurídica será a absoluta invalidade do ato. Com relação à última hipótese, o erro da autoridade que praticou o ato, se consistir em *error iuris*, será, via de regra, juridicamente irrelevante, e, se for *error facti*, poderá dar causa à anulação de ato jurídico, o qual, entretanto, não será nulo de pleno direito. A omissão do agente, que se crê incompetente, poderá ser interpretada como denegatória de pedido de particular, caso transcorra prazo razoável que, no Direito brasileiro, se tem entendido que é de trinta dias.

#### 4.9. Argumentos justificáveis à discricionariedade da autoridade administrativa

Vários argumentos vêm apontados na doutrina para justificar esse poder de escolha, conferido à autoridade administrativa, na solução de muitos assuntos na área de sua competência.

Uma das explicações centra-se no seguinte: o Poder Executivo tem a função de direção política e administrativa, aí incluído o poder regulamentar; tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei. O Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade, tornando-se fundamental deixar margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças – grandes metrópoles, convivência de massa, problemas sociais, grandes tragédias etc. –, que exigem, por vezes, rapidez de atuação e certa margem de escolha; a discricionariedade atende, portanto, a necessidade institucional.

De modo correlato, pondera-se ser impossível ao legislador elaborar normas para todos os aspectos da vida social em que o Estado atua.

O poder discricionário seria explicado também pela necessidade de adequar a disciplina de certas matérias às situações concretas que surgem.

O tratamento doutrinário e jurisprudencial do poder discricionário vem evoluindo no sentido de circunscrevê-lo dentro de parâmetros, com vistas a direcioná-lo ao atendimento verdadeiro do interesse da população, impedindo abusos.

Além dos requisitos de competência, forma, motivo, fim – em geral verificados depois da edição de medidas –, a doutrina contemporânea volta seu interesse para o processo formativo da decisão. Daí resulta o cuidado com normas organizacionais e instrumentos pelos quais a autoridade possa conhecer e ponderar os diversos interesses envolvidos em cada situação. E também a preocupação com os meios de assegurar informação ao público, ou seja, o acesso da população às decisões administrativas.

#### 4.10. A apreciação do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário

Todos os atos administrativos podem submeter-se à apreciação judicial de sua legalidade, e este é o natural corolário do princípio da legalidade. No que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos: podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar. Assim, dá-se como exemplo: se o ato é praticado por agente incompetente; ou com forma diversa da que a lei exige; ou com desvio de finalidade; ou com o objeto dissonante do motivo.

O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer, não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador.

Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador.

Conclui-se, desse modo, que o controle judicial alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador.

Cabe ressaltar que, modernamente, os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou se o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como, por exemplo, o da igualdade, ou, ainda, se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso. Não é tarefa simples, porém, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de Poderes, cujo axioma fundamental é o do equilíbrio entre eles (princípio dos freios e contrapesos).

Alguns autores brasileiros, dentre eles Maria Sylvia Zanella di Pietro, entendem que o chamado poder discricionário não é um poder autônomo, sendo ele, quando muito, atributo de outro poder ou competência da Administração. Para eles, a discricionariedade tem inserida em seu bojo a ideia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei. No entanto, não se pode dizer que exista como poder autônomo.

O que ocorre, de fato, é que as várias competências exercidas pela Administração, com base nos poderes regulamentar, hierárquico, disciplinar e de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade deixada ou não pelo legislador à Administração Pública.

#### 4.11. O controle judiciário sobre os atos políticos e de governo

Temos, então, a questão que, talvez, seja a mais complicada de todas, no tocante ao controle judicial do poder discricionário. Quanto aos atos políticos e atos de governo, são passíveis de controle judicial, mas antigamente se entendia que tais atos não afetavam, não lesavam direito de terceiros. Após a CF/1988, admite-se o controle judicial de atos discricionários, atos políticos, atos de governo.

O Ministério Público ajuíza, até com frequência, ações civis públicas visando a construção de escolas. O STJ tem entendido que o julgador, neste caso, não poderia intrometer-se no mérito administrativo, muito embora seja dever do Estado prestar a educação. Diante

da falta de recursos, que é notória, optar entre uma escola e um hospital seria conveniência e oportunidade, o que é privativo da Administração Pública, sob pena de afrontar o princípio da separação dos Poderes.

A primeira forma de atuação do juiz, diante de um ato administrativo discricionário, seria a verificação da *competência, finalidade e forma*, pois são os elementos vinculados. Um segundo item seria analisar a *legalidade da discricionariedade invocada*. Ora, diante de um ato que, alegadamente é discricionário, o juiz pode verificar se aquela espécie de ato que está submetido à apreciação seria, em tese, um daqueles atos discricionários.

Posteriormente, surge a terceira etapa de análise do ato discricionário: a *observância dos limites de opção*, pois a discricionariedade é a liberdade de agir nos limites da lei. Hipoteticamente, entre várias opções, o administrador pode adotar, no caso concreto, a mais gravosa, inadequada, ou seja, indo além do estritamente necessário à observância do interesse público. A respeito, recentemente o STJ julgou o caso em que uma servidora do INSS foi punida e cuja punição foi extremamente gravosa, sendo a mesma anulada, determinando que os autos administrativos retornassem para a instância de origem, a fim de que fosse aplicada uma sanção razoável. Observa-se, então, que não basta que a opção esteja compreendida nos limites legais. É preciso que seja uma opção, em tese, adequada para o atendimento do interesse público no caso concreto.

#### 4.12. O princípio da razoabilidade e o mérito administrativo

Destarte, poder-se-ia dizer que o princípio da razoabilidade está muito próximo do mérito administrativo. A função jurisdicional é a função de fazer atuar a vontade concreta da lei. Havendo atuação de maneira desarrazoada, não se está dando atendimento à vontade concreta da lei. É lógico que o Judiciário não pode aplicar nenhuma sanção porque isso fugiria de sua missão institucional, mas pode anular o ato e determinar o retorno dos autos à instância de origem para que a própria Administração aplique a penalidade, dessa vez, adequada, visto que a proporcionalidade nunca é para mais.

Então, se a punição for muito *light*, pode o Judiciário ampliá-la? Nesse caso, não. Por enquanto, é só redução para patamares razoáveis. Se, por acaso, a infração for grave, mas o administrador entender que cabe apenas uma advertência verbal, o Judiciário não interfere, haja vista que o poder disciplinar cabe ao administrador público, não ao Judiciário, que só vai verificar se a aplica-

ção da sanção foi proporcional ou não, se não foi além do necessário para o atendimento do interesse público.

Ademais, isso está sendo aplicado pelo Judiciário com previsão na Lei nº 9.784/1999.<sup>22</sup> Então, hoje, tem-se essa possibilidade, vedada a imposição de sanção superior, mas a lei não fala em vedação de sanção inferior.

#### 4.13. Conceito jurídico indeterminado e poder discricionário

Há que ressaltar, também, os *conceitos jurídicos indeterminados*, denominados plurisignificativos, que são conceitos vagos, imprecisos, tais como, a utilização das expressões: boa-fé; reputação ilibada; relevância e urgência; notório conhecimento jurídico; mulher honesta e muitos outros.

Tradicionalmente, afirma-se que, havendo um conceito dessa espécie, estará presente o poder discricionário. Quando se diz que o Presidente poderá editar medidas provisórias com base na relevância e urgência, isto seria um conceito jurídico indeterminado. Então, relevância e urgência estão a cargo do administrador público. Ou, então, “ocupará a cadeira de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado pessoa de reputação ilibada”. Em princípio, qualquer pessoa pode ser nomeada pelo administrador, pois é um conceito jurídico indeterminado.

Existe alguma diferença entre conceito jurídico indeterminado e um poder exercido de modo discricionário? O conceito jurídico não tem uma definição precisa na legislação. Tem-se, como exemplo de conceito jurídico indeterminado, as expressões “ordem pública”, “segurança pública”, “bons costumes”, “mulher honesta”. Só diante de um caso concreto é que se pode aquilatar se há ocorrência daquela situação ou não, ou seja, se há ou não violação da “ordem pública”.

Ambos possuem uma certa margem de avaliação, de indeterminação, de indefinição. A diferença entre um e outro é que, no *conceito jurídico indeterminado*, não há uma previsão específica do significado e, em relação ao *poder discricionário*, tem-se uma situação que não é nebulosa na legislação, admitindo margem de opção e não de imprecisão.

#### 4.14. Controle da discricionariedade técnica

Hoje, tem-se falado muito da discricionariedade técnica, e prova disso é a agência reguladora, uma autarquia

com regime especial que regula determinadas matérias sob a ótica técnica. Assim, suas decisões são pautadas em critérios meramente técnicos e, em tese, sem interferência política.

Todavia, questiona-se: qual a importância desse tratamento diferenciado em relação à discricionariedade comum? Se o enfoque for de uma opção meramente técnica, fica mais difícil defender o controle pelo Judiciário, pois não é recomendável a substituição da decisão técnica pela decisão do perito do Juiz. Inverter-se-ia toda a lógica.

Mas, então, o que é técnico? Por exemplo: quando implantaram aqui o modelo de telecomunicações, teve-se a opção de implantar o modelo europeu ou o norte-americano. Seria essa uma opção técnica? A princípio, sim, porque seríamos ingênuos se achássemos que não há uma pressão política para a escolha de um determinado modelo.

Recentemente, teve-se a oportunidade de presenciar um problema com as cirurgias de miopia. A Agência Nacional de Saúde entendeu que apenas aquelas pessoas que tinham mais de sete graus poderiam fazer a cirurgia de miopia. Isso é critério técnico, cujo argumento é que a miopia pode ser corrigida por outros meios, como óculos e lentes. Em primeira instância, foi concedida liminar autorizando que todos os usuários de planos de saúde tivessem direito à essa cirurgia. Ocorre que essa liminar foi cassada, justamente com o argumento de que o Judiciário não pode controlar uma opção técnica da agência reguladora.

#### 5. Poder hierárquico

Poder hierárquico é o de que dispõe o Estado para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal.

Encontrada em toda pessoa jurídica que compõe a Administração Pública, hierarquia é a graduação da autoridade, em plano vertical, dos órgãos e agentes da Administração, que tem como objetivo a organização da função administrativa. É ela o alicerce, a base da própria estrutura administrativa, pois sem hierarquia na atividade administrativa, não seria possível seu funcionamento. Sem esse poder, nenhuma organização funciona.

<sup>22</sup> Art. 2º, parágrafo único, inciso IV: nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

### 5.1. Desconcentração e descentralização

O poder hierárquico está ligado diretamente ao fenômeno da *desconcentração*, que é um dos mecanismos que utiliza a Administração Pública para se organizar, consistindo na distribuição interna de competências entre os vários órgãos (despersonalizados) *de uma mesma pessoa jurídica*. Portanto, como o mecanismo não cria nova pessoa jurídica, ou seja, ele só subdivide aquela já existente, como, por exemplo, os Ministérios, que integram a mesma pessoa jurídica da União, seu objetivo é desafogar o grande volume de decisões, o que permite melhorar o desempenho dos serviços públicos, tornando-os mais adequados aos usuários, sem que os órgãos e agentes percam o vínculo hierárquico existente, ao contrário do que ocorre com a *descentralização*, cuja distribuição de competências é feita de uma pessoa, distinta da do Estado, para outra (física ou jurídica), implicando a ruptura do liame hierárquico e excluindo qualquer relação de subordinação.

A título ilustrativo, convém anotar que o mecanismo da *desconcentração* não ignora, por exemplo, a independência do Ministério Público, e até mesmo do STF, que, embora não sejam pessoas jurídicas, têm “personalidade judiciária” (podem atuar em juízo), mas sem terem personalidade jurídica.

### 5.2. Objetivos do poder hierárquico

Tem o poder hierárquico, portanto, o objetivo de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública. *Ordena* as atividades da Administração, repartindo e escalonando as funções entre os agentes do Poder, de modo que cada um possa exercer eficientemente seu encargo; *coordena*, entrosando as funções, no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão; *controla*, velando pelo cumprimento da lei e das instruções e acompanhando a conduta, o cumprimento das obrigações e o rendimento de cada servidor; *corrige* os erros administrativos, pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores, verificando a legalidade de seus atos, podendo anular os atos ilegais ou revogar os inconvenientes ou inoportunos, seja *ex officio*, seja mediante provocação dos interessados, por meio de recursos hierárquicos.

### 5.3. Faculdades do superior hierárquico

Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço, uma vez que, além de agir como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediên-

cia às ordens, dela decorrem outras faculdades implícitas para o superior, tais como: o poder de fiscalizar o seu cumprimento; o de delegar e avocar atribuições; e o de rever os atos dos inferiores.

A primeira dessas faculdades consiste no *poder de comando* de agentes superiores sobre outros hierarquicamente inferiores, ou seja, de dar ordens, determinando especificamente aos subordinados os atos a praticar ou a conduta a seguir em caso concreto. Aos subordinados, *consequentemente, implica o dever de obediência* para com seus superiores que, aliás, é a mais mencionada pela doutrina, posto que cabe aos subordinados executar as tarefas em conformidade com as determinações superiores, desde que não sejam ordens manifestamente ilegais.

### 5.4. Ordem manifestamente ilegal

A título comparativo, verifica-se que no sistema francês um funcionário nunca pode questionar a legalidade de uma ordem e quem vai responder, na hipótese de abuso, será quem expediu a ordem. Já o sistema alemão apresenta o chamado sistema da reiteração, ou seja, se o funcionário tiver dúvida quanto à legalidade da ordem, ele pede que seja reiterada a ordem. No sistema vigente no Brasil, o funcionário tem a obrigação de questionar a ilegalidade da ordem.

Assim sendo, em nosso país, repetindo mais uma vez, as ordens manifestamente ilegais não são passíveis de cumprimento ou observância, exceto – para alguns doutrinadores – no regime militar, em que a hierarquia é mais forte que na ordem civil. Em determinadas situações, uma ordem ilegal pode ter mitigada a punição.

Quando o subalterno, servidor público, está cumprindo uma ordem superior, ilegal, a responsabilidade da ordem é do superior, respondendo o servidor, ao cumprir tal ordem ilegal, como coparticipante na responsabilidade por aquele ato. Entretanto, caso o servidor não cumpra ordem legal da Administração, responderá ele a uma sanção administrativa, que constará em seus assentamentos funcionais.

Portanto, pela hierarquia, impõe-se ao subalterno a estrita obediência das ordens e instruções legais superiores e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, sem ampliação ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais. No tocante a esta questão, a doutrina não é uniforme, mas o nosso sistema constitucional, ao declarar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CRFB), torna claro que o subordinado não pode ser compelido, pelo superior, a praticar ato evidente-

mente ilegal. Também a Lei nº 8.112/1990 consagrou a lição, ao dispor que é dever do servidor “cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais” (art. 116, IV).

O respeito hierárquico, no entanto, não chega ao ponto de suprimir, no subalterno, o senso do legal e do ilegal, do lícito e do ilícito, do bem e do mal, transformando-o em autômato executor de ordens superiores. Permite-lhe, sim, raciocinar e usar de iniciativa no tocante ao desempenho de suas atribuições, e nos restringe limites de sua competência. Daí não lhe ser lícito discutir ou deixar de cumprir ordens senão quando se apresentarem manifestamente ilegais. Somente as que se evidenciarem, ao senso comum, contrárias ou sem base na lei é que permitem ao subalterno recusar-lhe cumprimento.

A apreciação da conveniência e da oportunidade das determinações superiores refoge das atribuições meramente administrativas e, por isso, escapa da órbita de ação dos subalternos. Descumprindo-as ou retardando-as na execução, poderá o servidor relapso incorrer não só em falta disciplinar como, também, em crime funcional (prevaricação), previsto e definido no art. 319 do Código Penal Brasileiro.

### 5.5. Efeitos da hierarquia

A submissão hierárquica retira do inferior a atuação política, isto é, despoja o subordinado da ação de comando, permitindo-lhe, tão somente, agir no estrito âmbito de suas atribuições específicas. Ao chefe do órgão executivo é que incumbe tomar as resoluções políticas, no sentido da escolha do objeto, dos meios e da oportunidade mais convenientes à consecução dos fins governamentais, que devem tender sempre para o bem comum.

Outro efeito da hierarquia é o de *fiscalização* das atividades desempenhadas por agentes subordinados, a fim de o superior verificar se a conduta do subordinado está em conformidade com as determinações superiores, objetivando mantê-los dentro dos padrões legais regulamentares instituídos para cada atividade administrativa.

A terceira consequência do poder hierárquico seria a *delegação*, que é a transferência de atribuições de um órgão e seu titular a outro no aparelho administrativo. Para a maioria, depende de norma expressa. Fazendo-se menção ao Decreto-lei nº 200/1967, art. 12, temos que:

É facultado ao Presidente da República, aos ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento.

Como se observa facilmente, é necessário uma norma qualquer que autorize a delegação.

### 5.6. Restrições à delegação e as delegações não restringíveis

As delegações dentro do mesmo Poder são, em princípio, admissíveis, desde que o delegado esteja em condições de bem exercê-las. O que não se admite no nosso sistema constitucional é a delegação de atribuições de um Poder para outro, como também não se permite delegação de atos de natureza política, como a do poder de tributar, de sancionar e o de vetar a lei, bem como delegação genérica. No âmbito administrativo, as delegações são frequentes, e, como emanam do poder hierárquico, não podem ser recusadas pelo subordinado, como também não podem ser subdelegadas sem expressa autorização do delegante. Outra restrição à delegação é a de atribuição conferida pela lei especificamente a determinado órgão ou agente.

Delegáveis, portanto, são as atribuições genéricas, não individualizadas nem fixadas como privativas de certo executor, havendo na Administração federal, inclusive, um decreto genérico, o de nº 83.937, de 06/09/1979, que regulamenta a delegação de competência, cujo art. 6º contempla o que é dito pela doutrina.

A respeito, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a delegação é inerente ao poder hierárquico e que independe de norma expressa, a não ser se a lei vedar, ao contrário da maioria dos autores, que é pela necessidade de alguma norma delegatária.

Para apreciar este entendimento, observamos que na Lei nº 9.784/1999, que cuida do Processo Administrativo no âmbito federal, há um aparente conflito de normas e, para tentar resolvê-lo, assim é o nosso raciocínio. Vejamos: o art. 11 da mencionada Lei diz que “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”, ditame este que está, mais ou menos, de acordo com a doutrina majoritária, ou seja, que deve haver uma norma expressa autorizando a delegação. Contudo, assim dispõe o art. 12 da Lei em epígrafe:

*Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.*



Com base na expressão “se não houver impedimento legal”, intui-se que Di Pietro tenha se fundamentado, manifestando-se no sentido de que a delegação prescinde de norma expressa. Haveria, portanto, um conflito aparente de normas, posto que, enquanto o art. 11 exige a norma, ao se referir à *delegação de competência*, o art. 12 libera a Administração da Lei, quando fala em *delegar parte da sua competência*, deduzindo-se, assim, que a delegação de parte da competência não precisaria de lei, ao contrário da delegação de toda a competência, que dela necessitaria. No entanto, cabe salientar que, quando aqui se fala em delegação de competência, quer-se dizer transferência das atribuições de um órgão a outro, ou seja, é pegar uma parcela do todo das atribuições e transferir a outrem; logo, a renúncia de competências seria apenas aparente, visando a assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender, pois, com efeito, são as competências irrenunciáveis.

Mas seria a delegação a mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público? Dizemos que não, porque o órgão delegante não deixa de ser competente, podendo revogar a delegação, que é o que dispõe o § 2º do art. 14, da Lei nº 9.784/1990, que assim se apresenta, *in verbis*:

Art. 14. Ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1º. Ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

§ 2º. O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 3º. As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

A respeito, atente-se para este último parágrafo do art. 14 da Lei nº 9.784/1990, que é uma norma importantíssima para fins de mandado de segurança; senão, vejamos: se o delegado pratica um ato que, em tese, é um ato abusivo de poder, em face de quem caberá o Mandado de Segurança? Como a autoridade coatora é o delegado e não o delegante, não é muito correto, então, falar em transferência de atribuições, visto que a delegação seria, na verdade, um exercício cumulativo de competências, já que o delegante não perde o poder que lhe foi outorgado por lei, nem poderia fazê-lo por ato administrativo. Logo, repetindo, a delegação é o exercício cumulativo de competências.

Contudo, há restrição a se fazer: algumas atividades não admitem delegação, a começar pelas atividades entre poderes de Estado, naturalmente que ressalvadas as hipóteses constitucionais, como, por exemplo, a lei delegada e a medida provisória, havendo, na doutrina, inclusive, uma afirmação de que os poderes de Estado são reciprocamente indelegáveis.

A segunda atividade que não admite delegação seriam os atos de *natureza política*, tais como: o veto de um projeto de lei, a proposta orçamentária, um decreto de extradição e de intervenção federal.

E, por último, como terceira atividade que não admite delegação, há a competência de *natureza exclusiva*, conferida pela lei especificamente a determinado órgão ou agente, assim verificando-se, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.784/1999, que não podem ser objeto de delegação: “I – a edição de atos de caráter normativo; II – a decisão de recursos administrativos; III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade”.

A quarta consequência do poder hierárquico é a chamada *avocação*.

### 5.7. Avocação

Voltando às apreciações sobre as faculdades que decorrem do poder hierárquico, alude-se à *avocação*, que é fato inverso da delegação. É chamar para si atribuições originariamente entregues a subordinado. Como regra geral, a avocação é permitida, embora tenha caráter de excepcionalidade, só devendo ser adotada pelo superior hierárquico quando houver motivos relevantes para tal substituição, isso porque a avocação de um ato sempre desprestigia o inferior e, não raro, desorganiza o normal funcionamento do serviço; por isso, deve ser fundamentada porque representa uma *capitis diminutio* do agente administrativo; logo, a avocação não é permitida com muita liberdade.

Pela avocação substitui-se a competência do inferior pela do superior hierárquico, com todas as consequências dessa substituição, notadamente a deslocação do juízo ou da instância para ajustá-lo ao da autoridade avocante em caso de demanda. Assinale-se, também, que a avocação desonera o inferior de toda responsabilidade pelo ato avocado pelo superior. Não pode ser avocada atribuição que a lei expressamente confere a determinado órgão ou agente, como, por exemplo, o julgamento de concorrência pela Comissão competente, ou a aprovação de um ato por autoridade superior diversa da que deveria praticá-lo originariamente por determinação legal.

O ar. 15 da Lei nº 9.784/1999 estipula que “será permitida, em caráter excepcional e por motivos rele-

vantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior”.

### 5.7.1. Argumentos advocatórios

Então, existem dois argumentos para advocatória no Direito Administrativo, quais sejam:

- I – chamar para si a competência de subalterno, que tem amparo legal no art. 15 da Lei nº 9.784/1999. É lógico e razoável que isto ocorra, pois se existe toda essa estrutura hierarquizada, é evidente que um ato do subalterno pode ser revisto pelo seu superior hierárquico, mesmo em se tratando de ato lícito, podendo ocorrer a revogação, onde se avalia o mérito; portanto, esse mecanismo, na função administrativa, é possível;
- II – trazer de volta a competência delegada, mecanismo este previsto no art. 42, § 2º, da Lei nº 9.784/1999. É importante lembrar que esta disposição abraça, apenas, o âmbito federal. Para o Estado e para o Município não se opera tal regra.

### 5.8. Revisão dos atos

A quinta e última consequência do poder hierárquico é a *revisão dos atos* praticados por agentes de nível hierárquico mais baixo, sendo natural este procedimento por parte do superior, valendo dizer que a hierarquia também surge nos recursos administrativos, denominados recursos hierárquicos, que são as petições dirigidas à autoridade imediatamente superior àquela que proferiu a decisão, postulando sua reforma ou supressão.

Porém, há limites a esse poder de revisão, ou seja, ele é possível enquanto o ato não se tornou definitivo para a Administração ou não tenha gerado direitos subjetivos a particular. Há decisões que são proferidas em última instância administrativa e, quanto a essas decisões, não é possível a revisão em função do seu esgotamento. É a denominada “coisa julgada administrativa”, ou melhor dizendo, *preclusão* administrativa, em que o administrador não poderia mais rever o fato de seu subordinado.

Há, também, alguns atos que geram direitos subjetivos a particulares, não podendo ser revistos, citando-se, a propósito, o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Então, se a lei não pode retroagir, o ato administrativo com mais razão. A res-

peito, a Súmula nº 473 do STF, que é uma das súmulas mais importantes para o Direito Administrativo, afirma que a Administração pode revogar os seus atos administrativos inconvenientes ou inoportunos, desde que não afronte direitos adquiridos.

Destarte, rever atos de inferiores hierárquicos é apreciar tais atos em todos os seus aspectos (competência, objeto, motivo, finalidade e forma), para mantê-los ou invalidá-los, de ofício ou mediante provocação do interessado. Se o ato contiver vício de legalidade, ou não se coadunar com a orientação administrativa, pode o agente superior revê-lo para ajustamento a esta orientação ou para restaurar a legalidade.

Há de se observar que a relação hierárquica é acessória da organização administrativa, podendo haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica com relação a determinadas atividades. É o que acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por sua própria natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico. Outras vezes, acontece o mesmo porque a própria lei atribui uma competência, com exclusividade a determinados órgãos administrativos, em especial os colegiados, excluindo, também, a interferência de órgãos superiores.

Ainda a respeito da hierarquia, cabe assinalar que a expressão, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>23</sup> pode ser empregada em três sentidos diferentes, um técnico-político e os outros dois jurídicos.

### 5.9. Hierarquia em seu sentido técnico

Sob o primeiro aspecto, a hierarquia é um princípio, um critério de organização administrativa, em decorrência do qual um órgão se situa em plano de superioridade com respeito a outros que, por sua vez, se situam na mesma posição em relação a outros que, por sua vez, se situam na mesma posição em relação a outros mais, e assim por diante, dando lugar a uma característica pirâmide; em seu ápice, encontra-se o Chefe do Poder Executivo, do qual emanam as diretrizes para os órgãos inferiores; estes, por sua vez, fornecem os elementos e preparam as decisões dos órgãos superiores.

### 5.10. Hierarquia em seu sentido jurídico

Sob o segundo aspecto, agora jurídico, a hierarquia corresponde a um ordenamento hierárquico definido

<sup>23</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 92.

por lei e que implica diversidade de funções atribuídas a cada órgão; essa distribuição de competências pode ser mais ou menos rígida, podendo ser concorrente ou exclusiva; dependendo da maior ou menor rigidez, os órgãos superiores terão maior ou menor possibilidade de controle sobre os subordinados.

Sob o terceiro aspecto, ainda jurídico, a hierarquia corresponde a uma relação pessoal, obrigatória, de natureza pública, que se estabelece entre os titulares de órgãos hierarquicamente ordenados; é uma relação de coordenação e de subordinação do inferior ante o superior, implicando o poder de dar ordens e o correlato dever de obediência. Vale dizer que o ordenamento hierárquico é fixado pela lei e que desse ordenamento resulta uma relação de coordenação e subordinação, que implica os já referidos poderes para a Administração.

Para Mário Masagão, a relação hierárquica caracteriza-se por ser “uma relação estabelecida entre órgãos, de forma necessária e permanente; que os coordena; que os subordina uns aos outros; e gradua a competência de cada um”.<sup>24</sup> Daí a sua definição de hierarquia, como o vínculo que coordena e subordina uns aos outros órgãos da Administração Pública, graduando a autoridade de cada um.

#### 5.11. Âmbito de incidência da hierarquia

A hierarquia é cabível apenas no âmbito da função administrativa, embora não possamos restringi-la ao Poder Executivo porque, como já observamos antes, a função administrativa se difunde entre todos os órgãos que a exercem, seja qual for o Poder que integrem. Existem, desse modo, escalas verticais em toda a Administração, ou seja, em todos os segmentos de quaisquer dos Poderes nos quais se desempenha a função administrativa.

Entretanto, nos Poderes Judiciário e Legislativo não existe hierarquia no sentido de coordenação e subordinação, no que diz respeito às suas funções institucionais, tanto assim que não há hierarquia entre juiz e desembargador, entre o vereador e o deputado estadual. Mas, importante é lembrar que, tanto o Legislativo quanto o Judiciário, quando exercem suas funções administrativas, serão abraçados pela hierarquia.

Mas, muito cuidado, porque há situações excepcionais que terá o poder hierárquico em matéria administrativa no âmbito dos Tribunais e no próprio Legislativo.

A título de ilustração, a Presidência da Assembleia é hierarquicamente superior em relação aos outros, mas só em matéria legislativa.

Com relação ao Poder Judiciário, há uma distribuição de competências entre instâncias, mas uma funcionando com independência em relação à outra (no que se refere às funções típicas constitucionais – julgar);<sup>25</sup> o juiz da instância superior não pode substituir-se ao da instância inferior, nem dar ordens ou revogar e anular os atos por este praticado. Prevalece o princípio da livre convicção do juiz, pelo qual age este com independência, sem subordinação jurídica aos tribunais superiores.

No Poder Legislativo, a distribuição de competências entre Câmara e Senado também se faz de forma que haja absoluta independência funcional entre uma e outra Casa do Congresso. Vigora o princípio da partilha das competências constitucionais, peculiar às federações como a brasileira, em função do qual o poder legiferante já se encontra delineado na Constituição. Assim, não há poder de mando, por exemplo, do Legislativo federal em relação ao estadual, quando a matéria é suscetível de ser disciplinada por este. Nem do Legislativo estadual sobre o municipal, se se trata de competência atribuída ao Município.

#### 5.12. Diferença entre subordinação e vinculação administrativa

Insta realçar que não se pode confundir subordinação com vinculação administrativa. A subordinação tem caráter interno, decorre do poder hierárquico, e se estabelece entre órgãos de uma mesma pessoa administrativa, admitindo todos os meios de controle do superior sobre o inferior. Já a vinculação possui caráter externo, resulta do controle que pessoas federativas exercem sobre as pessoas pertencentes à Administração Indireta, que são dotadas de personalidade jurídica própria, sendo exercida nos limites que a lei estabelecer, sem suprimir, contudo, a autonomia conferida ao ente supervisionado.

É, portanto, de subordinação a relação entre uma divisão e um departamento dentro da secretaria de determinado Município, por exemplo, mas se configura como de vinculação a relação que liga um Estado-Membro a uma de suas autarquias ou empresas públicas, devendo estas entidades se reportar, conforme o ordenamento específico, ao órgão superior do ente estatal que lhes deu

<sup>24</sup> *Apud* DI PIETRO, *ibidem*, p. 93.

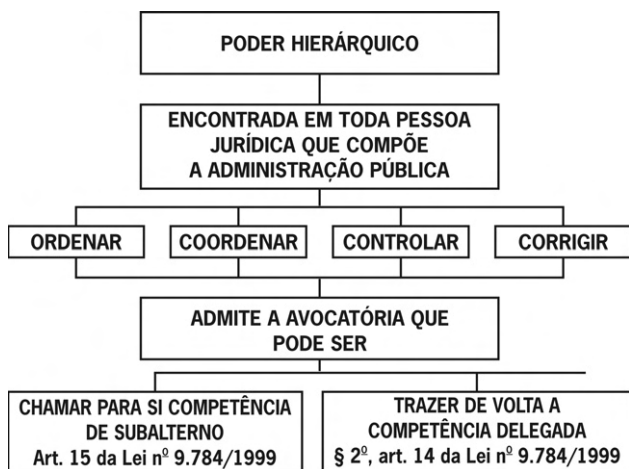
<sup>25</sup> Vide Constituição Federal, art. 70, parágrafo único, prestação de contas pelo magistrado, no exercício de função administrativa (Diretor de Fórum).

origem, para que sejam por ele submetidas a controle, supervisão e tutela, sem prejuízo de seu próprio controle interno hierárquico.

Questão que desperta interesse no estudo da hierarquia, é que não há subordinação entre as entidades da Administração indireta e a Administração central. Assim, não se pode falar em recurso hierárquico dos atos destas entidades para a Administração direta. Logicamente, se não existe hierarquia, não se pode falar em recurso hierárquico que, nas palavras do mestre Hely Lopes Meirelles, “são todos aqueles pedidos que as partes dirigem à instância superior da própria Administração, propiciando o reexame do ato inferior sob todos os seus aspectos”.<sup>26</sup> Porém, nada impede que se possa ter recurso hierárquico, por exemplo, dentro de uma autarquia e, a respeito, há de se fazer o registro de que somente a lei pode criar recurso hierárquico do presidente de uma autarquia para o ministro ou àquele órgão da Administração a quem compete a supervisão ministerial.

O poder hierárquico configura, assim, instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, com observância da legalidade e do interesse público.

Esquema:



## 6. Poder disciplinar

Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração, por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou

do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.

Assim, a autoridade administrativa, ao tomar ciência de que o servidor praticou uma falta, tem o dever de instaurar o processo disciplinar, sob pena de recair no crime de condescendência criminosa que, conforme as circunstâncias, pode representar crime de prevaricação. O processo administrativo disciplinar é ato vinculado e indisponível, e sua omissão acarreta improbidade administrativa, visto que atenta contra os princípios de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade à Administração Pública, em conformidade com o art. 11, II, Lei nº 8.492, de 2/06/1992.

### 6.1. Pessoas sujeitas ao poder disciplinar

Esse poder disciplinar pode ser aplicado não só ao servidor público, mas também às pessoas que estão envolvidas com o serviço público. Dessa forma, toda pessoa que possua vínculo com a Administração, não necessariamente um vínculo efetivo, como é o caso daquelas empresas que celebram contratos administrativos, fica sujeita ao poder disciplinar da Administração, trazendo o art. 58, II e III, da Lei nº 8.666/1993, um rol exemplificativo. Assim sendo, a Administração tem o poder de fiscalizar a execução e tomar unilateralmente as providências que achar necessárias, inclusive rescindir o contrato por culpa do contratado. Em matéria de concessão, essa punição, proveniente do poder disciplinar, chama-se caducidade, que é uma cláusula exorbitante, expressamente reconhecida em lei (art. 38, Lei nº 8.987/1995).

Convém ressaltar, contudo, que nenhuma sanção pode ser aplicada sem prévia apuração por meio do devido processo legal, em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CRFB).

O poder disciplinar, via de regra, recai sobre servidores, embora haja exceções, como no caso da faculdade que, estando no exercício de um serviço público, expulsa aluno que comete ato atentatório (roubo de computador), violando o regulamento da instituição. Por outro lado, a União delegou a entidades autárquicas a fiscalização dos serviços de profissionais, como advogados (OAB), engenheiros (CREA) e médicos (CRM), cabendo a estes Conselhos de fiscalização profissional, que tipificam o exercício do art. 21, XXIV, da Constituição, a punição desses profissionais.

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder

<sup>26</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 649.

de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções.

## 6.2. Relação entre os poderes hierárquico e disciplinar

Assim, depreende-se que o poder disciplinar tem como pressuposto o poder hierárquico, uma vez que este não teria razão de ser sem que houvesse uma forma de sancionar o descumprimento de uma decisão hierárquica. Porém, poder disciplinar não se confunde com o hierárquico, por ser aquele uma consequência deste.

O poder disciplinar é correlato com o hierárquico, ou seja, no uso do poder hierárquico a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; no uso do poder disciplinar ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas. A Administração, como titular do poder disciplinar, só o exerce em benefício do serviço, e, perseguindo este objetivo, é o único juiz da conveniência e oportunidade da punição do servidor, dentro das normas específicas da repartição.

O exercício do poder disciplinar apresenta-se, sobretudo, como dever da autoridade, tanto assim que o art. 143, *caput*, do Estatuto dos Servidores Cíveis Federais (Lei nº 8.112/1990) dispõe que “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa,” preceito este, semelhante, encontrado nos demais estatutos de servidores.

Destarte, os estatutos de servidores e leis orgânicas de categorias funcionais atribuem competências para apurar infrações e para aplicar penas disciplinares; desse modo, o poder disciplinar não pode ser exercido sem estar legalmente atribuído.

Nesse contexto, insta salientar que a principal diferença entre o poder de polícia e disciplinar é que este é uma punição interna daqueles que estão sob controle da estrutura administrativa, enquanto aquele é o poder de punir externamente, ou seja, é a fiscalização que a Administração faz em relação às atividades realizadas pelos indivíduos.

## 6.3. Diferença entre o poder hierárquico e o poder de polícia

Então, existe diferença entre poder hierárquico e o de polícia? Dizemos que ambos estão intimamente ligados, que andam de braços dados, pois, enquanto o po-

der hierárquico organiza, distribui atribuições, o disciplinar controla se essa organização e essas distribuições estão sendo realizadas adequadamente.

Uma questão frequente em concursos públicos é aquela que o examinador pergunta a diferença entre a punição disciplinar e a punição criminal. Punição disciplinar difere da criminal porque, quanto à primeira, vigora o princípio da atipicidade em contraposição ao da reserva legal, que é inerente ao direito penal; o administrador escolherá a sanção que melhor se adapte ao interesse público no caso concreto, com certa discricionariedade, mas observado o princípio da adequação punitiva.

## 6.4. Diferença entre punição disciplinar e punição criminal

Não se deve confundir, portanto, o poder disciplinar com o penal do Estado, pois este é exercido pelo Poder Judiciário, regido pelo processo penal; visa a reprimir condutas qualificadas na legislação penal como crimes e contravenções; assim, tem a finalidade de preservar, de modo precípua, a ordem e a convivência na sociedade como um todo.

O poder disciplinar, por sua vez, é atividade administrativa, regida pelo Direito Administrativo, segundo normas do processo administrativo; visa a punir condutas qualificadas em estatutos ou leis administrativas, como infrações ou ilícitos; tem a finalidade de preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura. A diferença entre as duas atuações possibilita sua concomitância ante a mesma conduta do servidor, ensejando a imposição conjunta de sanção administrativa e de sanção penal, sem que possa ser invocado o *bis in idem*.

A punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, pois variada é a natureza das penas. A diferença não é de grau, mas de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra *bis in idem*. Por outras palavras, a mesma infração pode dar ensejo à punição administrativa e à punição penal, porque aquela é sempre um *minus* em relação a esta. Daí resulta que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal.

No Direito Penal, o juiz aplica ao infrator a pena atribuída à conduta tipificada na lei, permitindo-se ao aplicador somente quantificá-la. No poder disciplinar, não obstante, tal não ocorre. De acordo com a gravidade da

conduta, a autoridade escolherá, entre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais reprimam a falta cometida, o que lhe confere certo poder de avaliação dos elementos que provocaram a infração para aplicar a sanção apropriada ao fato.

Ressalve-se, contudo, que esse poder não vai ao extremo de conduzir o agente aplicador da sanção ao cometimento de abuso, sobretudo de desvio de finalidade, caso em que estará configurada hipótese de arbitrariedade, incompatível com o princípio da legalidade.

### 6.5. Princípio da adequação punitiva

A correta aplicação da sanção deve obedecer ao *princípio da adequação punitiva*, vale dizer, o agente aplicador da penalidade deve impor a sanção perfeitamente adequada à conduta infratora. Por essa razão, a observância do referido princípio há de ser verificada caso a caso, de modo a serem analisados todos os elementos que cercaram o cometimento do ilícito funcional.

A aplicação da pena disciplinar tem para o superior hierárquico o caráter de um poder-dever, uma vez que a condescendência na punição é considerada crime contra a Administração Pública. Todo chefe tem o poder e o dever de punir o subordinado quando este der ensejo, ou, se lhe faltar competência para a aplicação da pena devida, fica na obrigação de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. É o que determina a lei penal (art. 320 do Código Penal).

### 6.6. Discricionariedade do poder disciplinar

Outra característica do poder disciplinar é seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção. Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.

A discricionariedade existe, limitadamente, nos procedimentos previstos para apuração da falta, uma vez que nos Estatutos funcionais não se estabelecem regras rígidas como as que se impõem na esfera criminal. O Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28/10/1968), por exemplo,

determina, no art. 310, que “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial, ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância”.

Além disso, a lei costuma dar à Administração o poder de levar em consideração, na escolha da pena, a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público (art. 128 da Lei nº 8.112/1990 e art. 252 do Estatuto Estadual).

Discricionariedade existe também com relação a certas infrações que a lei não define; é o caso do “procedimento irregular” e da “ineficiência no serviço”, puníveis com pena de demissão, além da “falta grave”, punível com suspensão. Contudo, como essas são expressões imprecisas, a lei deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em uma ou outra destas infrações.

A apuração regular da falta disciplinar é indispensável para a legalidade da punição interna da Administração. O discricionarismo do poder disciplinar, como já dissemos, não vai a ponto de permitir que o superior hierárquico puna arbitrariamente o subordinado. Deverá, em primeiro lugar, apurar a falta, pelos meios legais compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa ao acusado. Sem o atendimento desses dois requisitos a punição será arbitrária, e, como tal, ilegítima e invalidável pelo Judiciário, por não seguir o devido processo legal, de prática universal nos procedimentos punitivos, e acolhido pela nossa Constituição (art. 5º, LIV e LV) e pela nossa doutrina. Daí o cabimento de mandado de segurança contra ato disciplinar (Lei nº 1.533/1951, art. 5º, III).

O discricionarismo disciplinar circunscreve-se à escolha da penalidade dentre as várias possíveis, à graduação da pena, à oportunidade e conveniência de sua imposição. Mas, quanto à existência da falta e aos motivos em que a Administração embasa a punição, não podem ser omitidos ou olvidados no ato punitivo.

### 6.7. A indispensabilidade da motivação

Tal motivação, é bem de ver, pode ser resumida, mas não pode ser dispensada totalmente; o que não se exigem são as formalidades de um processo judiciário, se bem que boa parte de seu rito possa ser utilmente adotada pela Administração, para resguardo da legalidade de seu ato. A autoridade administrativa não está adstrita, como a judiciária, às fórmulas processuais, podendo usar de meios mais simples e consentâneos com a finalidade disciplinar para apurar a falta e impor a pena adequada. Inadmissível é que deixe de indicar claramente o motivo

e os meios regulares de que usou para a verificação da falta, objeto da punição disciplinar.

A motivação destina-se, portanto, a evidenciar a conformação da pena com a falta e a permitir que se confirmem a todo tempo a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Segundo a moderna doutrina francesa, hoje aceita pelos nossos publicistas e pela nossa jurisprudência, todo ato administrativo é inoperante quando o motivo invocado é falso ou inidôneo, vale dizer, quando ocorre inexistência material ou inexistência jurídica dos motivos. Esses motivos devem ser materialmente exatos e juridicamente fundados. Tal teoria tem inteira aplicação ao ato disciplinar, que é espécie do gênero ato administrativo.

Ao motivar a imposição da pena, o administrador não estará se despojando da discricionariedade que lhe é conferida em matéria disciplinar, mas sim legalizando-a, visto que a valoração dos motivos é matéria reservada privativamente à sua consideração, sem que outro Poder possa rever o mérito de tais motivos. O próprio Poder Judiciário deter-se-á no exame material e jurídico dos motivos invocados, sem lhes adentrar a substância administrativa.

#### 6.8. A prevalência da independência dos Poderes

Há, ainda, que se fazer três abordagens da mais alta relevância:

Primeiro, o Poder Judiciário não poderá sindicat a decisão administrativa proferida, pois, do contrário, haveria violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Compete à Administração Pública avaliar se as condutas praticadas pelos seus agentes guardam incompatibilidade com os valores ético-funcionais que exigem a função pública. Trata-se de mérito administrativo, não cabendo ao Judiciário substituir a vontade do administrador.

Segundo, caso ocorra a absolvição em sede penal, a sentença surtirá efeitos sobre a decisão administrativa?

As sanções penais e administrativas qualificam-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos por agentes públicos. Não se condicionam, reciprocamente, de modo que é possível a imposição de punição disciplinar independentemente de prévia decisão da instância penal.

As decisões criminais somente repercutirão na esfera administrativa quando a absolvição proclamar inexistência de autoria ou de crime, caso em que não poderá

ser imposta punição administrativa. De modo diverso, quando se fundar em falta ou insuficiência de provas, poderá a Administração Pública analisar a possível punição administrativa.

Terceiro, se a legislação que dispõe sobre as sanções aplicáveis for modificada no futuro, de forma a não mais apontar a demissão como sanção aplicável, essa decisão anterior não poderá ser revista. Mesmo que se admita ação rescisória, a legalidade da decisão rescindenda é enfrentada à luz da legislação vigente à época de sua proclamação, e a modificação da legislação posterior não implica ilegalidade do julgado.

Por derradeiro, servidor público municipal, por exemplo, é cedido ao Tribunal Regional Eleitoral, passando a desempenhar junto a este suas atividades. Em dado momento, a Administração toma conhecimento do envolvimento do servidor em prática de ilícito criminal ligado às suas funções, punindo-o com a demissão.

Compete ao Município julgar administrativamente seus servidores, quando praticam fatos que ensejam a sua demissão, ainda que eles estejam desempenhando atividades junto a órgão vinculado a outro ente federativo.

O princípio federativo estabelece que os entes federativos possuem autogoverno, auto-organização e autonomia, tanto administrativa quanto financeira. Se o servidor faz parte dos quadros de um determinado Município, apenas este, mediante processo disciplinar administrativo, pode demiti-lo, uma vez que se outro ente federativo o fizer, estará invadindo a competência municipal. Portanto, o ato de demissão é nulo, por conter vício insanável referente a um de seus elementos, a competência. A demissão do servidor não tem eficácia na esfera municipal, para onde o servidor deveria ter sido desenvolvido. O Município não está vinculado à decisão do TRE.

A Administração só está vinculada, em regra, às decisões judiciais.

#### 6.9. Responsabilidade civil, penal e administrativa do servidor

O servidor público comete crime comum, não funcional, e esse crime leva à privação de liberdade. Qual é a relação dessa decisão da esfera penal para a administrativa?

A matéria está regulada no art. 92, do Código Penal, no seu inciso I. É claro que se houver obtenção do *sursis*,

não perderá o cargo. O problema ocorre quando há condenação. Há que considerar duas alternativas:<sup>27</sup>

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Particularidade oportuna a ser observada é que o servidor é responsável pelos seus atos, de maneira subjetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, e isso em relação a terceiros, bem como perante a Administração.

Então, a título de exemplificação, imagine-se que um computador foi quebrado pelo servidor, sendo que o aparelho valia R\$ 3.000,00. Pode a Administração obrigar aquele servidor a aceitar o desconto na sua remuneração? A legislação brasileira prevê, em caso de dano ao erário, o desconto na remuneração do servidor?

Nesse caso, a Lei federal nº 8.112/1990 tem uma norma permitindo o desconto em caso de dano ao erário (art. 45). Mas, esse desconto é obrigatório? Se o servidor não quiser que faça o desconto, ele pode se recusar? Esse ato é um ato autoexecutório ou não? Ele prescinde da anuência do Poder Judiciário para que possa ser concretizado?

Nessa situação, Hely Lopes já defendia que o desconto, tratando-se de uma punição, não poderia ser feito sem o consentimento do servidor. Já Maria Sylvia fala que é possível, tendo em vista que a lei autoriza esse desconto, devendo o servidor aceitar.

Recentemente, contudo, o STF decidiu que o desconto não poderá ser feito se não houver consentimento do servidor (*Informativo* nº 336 do STF), mesmo porque as penalidades a serem aplicadas aos servidores públicos precisam estar previstas na lei.

Em relação às que estão previstas na lei, chama-se a atenção para a punição da cassação de aposentadoria, que é uma punição disciplinar que acontece quando o

sujeito pratica um fato grave ainda em atividade, mas obteve sua aposentadoria mesmo assim. Porém, aquele fato acarretaria pena de demissão, mas ele não pode ser demitido porque já está aposentado. Sendo assim, a punição imposta passa a ser a de cassação de aposentadoria ou, quando ele está em disponibilidade, a cassação dessa disponibilidade. Essa cassação, entretanto, é que pode gerar controvérsias.

Isso porque, antes da Reforma Administrativa, o servidor não contribuía para o regime da previdência e a aposentadoria era um direito. Como a Constituição Federal passou a exigir que a previdência tenha um caráter contributivo, uma situação esquisita começou a acontecer: o sujeito contribui a vida inteira para, ao final, receber uma quantia, e é aplicada essa punição. É confisco? É constitucional essa punição? O STF reconheceu que sim, que essa punição é constitucional.

#### 6.10. *Reformatio in pejus*

A controvérsia sobre o tema diz respeito à possibilidade de *reformatio in pejus*, pela própria Administração, da decisão punitiva em detrimento do direito do servidor, como, por exemplo, no aumento da pena imposta ao agente, sem provocação da esfera inferior da administração.

José dos Santos Carvalho Filho sustenta que, em caso de punição, não pode haver a reforma para prejudicar o direito do servidor. Segundo ele, a reforma somente pode se dar em 2º grau administrativo, se constatada alguma ilegalidade no procedimento e não para a reformulação de um juízo de valor. Essa é a corrente majoritária.

Outros autores entendem, por sua vez, que pode haver a modificação na decisão em prejuízo do servidor, porque o juízo de conveniência e oportunidade da Administração, nessa hipótese, se projeta à proteção do interesse público.

#### 7. Poder regulamentar

A função estatal de editar normas gerais e abstratas é do Poder Legislativo. Acontece que o legislador não é

<sup>27</sup> Nessa linha de inteligência, confira, ainda, os ensinamentos do Professor Diógenes Gasparini de que servidor público apenado criminalmente é alcançado pelos efeitos da condenação, nos termos do art. 92 do Código Penal, com “a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 anos nos demais casos”. Atente-se que o servidor público perderá parte do seu vencimento durante o afastamento por motivo de prisão preventiva ou em virtude de prisão decorrente de condenação definitiva, conforme disciplinavam os estatutos, e disso é exemplo o art. 229 da Lei nº 8.112/1990. Por fim, diga-se que, para efeitos penais, considera-se servidor público, nos termos do art. 327 e §1º, aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidade estatal, autárquica ou paraestatal (*Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006).



capaz de apreender todas as situações que surgem no meio social; consequentemente, não pode prever, no texto positivo, todas as situações fáticas.

Sendo assim, tem o administrador a faculdade de clarificar as leis, detalhando e explicitando seus meandros, para dar executividade àquelas que não são autoexecutáveis, denominando-se essa competência de poder regulamentar, que é definido pelo mestre Hely Lopes Meirelles como:

[...] a faculdade de que dispõem os chefes de Executivo (presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei.<sup>28</sup>

Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para *complementar os vazios da lei*, não podendo, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando; se assim o fizer, cometerá *abuso de poder regulamentar*, invadindo a competência do Legislativo, tanto é que o art. 49, V, da Carta Vigente, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.

### 7.1. Fundamento legal

O fundamento constitucional do poder regulamentar, em relação à União, é o inciso IV do art. 84, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que ao Presidente da República compete expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. No que diz respeito aos Estados-Membros e Municípios, são os dispositivos semelhantes consignados nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, até porque, pelo princípio da simetria constitucional, o mesmo poder é conferido aos chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos, interventores) para os mesmos fins.

Com efeito, entre nós, o fundamento legal está nas próprias leis, e nessas, em um de seus últimos artigos, quase sempre, outorga ao chefe do Poder Executivo, a quem cabe executá-la, a competência para expedir regulamento necessário à sua execução. Tal outorga é supérflua, em face da atribuição ampla para promover a regulamentação dada ao Executivo pelo citado inciso IV do art. 84, da Lei Maior. De sorte que, mesmo inexistindo essa outorga legislativa, o Executivo pode regulamentar

a lei omissa nesse particular. Diga-se, por fim, que, mesmo na ausência dessas prescrições, no vazio legislativo, seu exercício seria do Poder Executivo, tendo em vista a natureza originária dessa atribuição.

Destarte, no poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Poder Legislativo que estiverem, naturalmente, na alçada do Poder Executivo. Isso porque os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem a reclamar providências imediatas da Administração impõem que se reconheça ao chefe do Executivo a atribuição de regulamentar, através de decretos e regulamentos, as normas legislativas incompletas ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas que são ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pelo art. 5º da Constituição da República.

Quanto às justificativas do poder regulamentar, estas vêm frequentemente assim apontadas: a lei não pode abrigar todas as minúcias da matéria que disciplina; só o Executivo tem conhecimento pleno dos mecanismos e meios administrativos necessários à fiel execução da lei, por vezes sendo necessário indicar, adaptar ou criar órgãos administrativos para o cumprimento da lei; por outras, a execução da lei depende de procedimentos administrativos, da elaboração de formulários etc. Porém, o poder regulamentar é subjacente à lei e pressupõe a existência desta, sendo com esse enfoque que a Constituição autorizou o chefe do Executivo a expedir decretos e regulamentos para viabilizar a efetiva execução das leis.

Só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação de leis, ou atos análogos a elas. Daí seu caráter derivado. Há alguns casos, entretanto, em que a Constituição da República autoriza determinados órgãos a produzirem atos que, tanto com as leis, emanam diretamente da Carta, inexistindo qualquer ato de natureza legislativa que se situe em patamar entre a Constituição e o ato de regulamentação, como ocorre com o poder regulamentar. Exemplo disso é o art. 103-B, da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que, instituindo o Conselho Nacional de Justiça, conferiu a esse órgão a atribuição para expedir atos regulamentares no âmbito de sua com-

<sup>28</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 124.

petência, ou recomendar providências. Apesar de falar em atos regulamentares, estes não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar. Como eles têm por objetivo regulamentar a própria Constituição, são autônomos e de natureza primária, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa.

### 7.2. Limites do poder regulamentar

A atribuição regulamentar, contudo, tem seus limites que, se inobservados, invalidam-na. São eles de ordem formal, legal e constitucional. São *formais*, por exemplo, os que dizem respeito ao veículo de exteriorização (regulamento exteriorizado por portaria, quando o exigido por lei é o decreto); são *legais* os que se relacionam com o extravasamento da atribuição (por regulamento aumentou-se certo prazo fixado em lei, isto é, mais do que a lei permite); são *constitucionais* os que se relacionam com as reservas legais (criação de cargos por regulamento, quando a Constituição da República, para isto, exige lei). A inobservância desses limites vicia o regulamento, tornando-o ilegal.

Então, reforçando, dizemos que, no Direito brasileiro, o poder regulamentar destina-se a explicitar o teor das leis, preparando-as para sua fiel execução, completando-as, se for o caso. O exercício dessa atribuição regulamentar resulta na expedição de atos normativos, veiculados por meio de decretos e regulamentos, também chamados de *regulamentos de execução*, que são atos administrativos que visam a aclarar os ditames da lei, facilitando sua execução e orientando sua aplicação, cuja competência é privativa do chefe do Executivo.

### 7.3. Diferença entre lei e regulamento

Partindo de que o chefe do Poder Executivo tem a competência para expedir regulamento necessário à execução da lei, cumpre lembrar a distinção entre lei e regulamento, cuja diferença reside não somente no fato de uma provir do Legislativo e outro do Executivo, como também pela posição de supremacia da lei sobre o regulamento, que faz com que este não possa contrariar aquela, mas cujo ponto diferencial, de relevo máximo, consubstanciado no princípio da legalidade sob o enfoque da reserva da lei, consiste no fato de que só a lei pode inovar a ordem jurídica, ou seja, apenas a lei, em sentido formal, pode criar direitos e obrigações; só ela

pode ser fonte primária do Direito, enquanto o regulamento é fonte secundária, inferior, não podendo, portanto, alterá-la.

Como diz Diogenes Gasparini, em nosso ordenamento, regulamento é “o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la”,<sup>29</sup> afirmando, assim, que o Direito Positivo só admite o regulamento de execução, ou seja, aquele que se destina à fiel execução da lei, consoante prescreve o inciso IV do art. 84 da CRFB.

Quanto a esse potencial normativo do regulamento, complementa Miguel Seabra Fagundes, dizendo que:

Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas, apenas, pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso.<sup>30</sup>

### 7.4. A legitimidade de atos meramente regulatórios

Por via de consequência, não se podem considerar legítimos os atos de mera regulamentação, seja qual for o nível da autoridade de onde se tenha originado, que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações aos indivíduos.

Haverá, nesta hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação de Poderes insculpido no art. 2º da Constituição da República. Por isso, de inegável acerto é a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição:

[...] só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer [...], e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.<sup>31</sup>

### 7.5. A independência da norma legal perante o poder regulamentar

Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode se dar *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limi-

<sup>29</sup> GASPARINI, *op. cit.*, p. 119.

<sup>30</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 2. ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 316.

<sup>31</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 317.

tes que ela impuser, decorrendo daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico, qual seja: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CRFB).

Contudo, pelo fato de ser tido como lei em sentido material, o regulamento observa o mesmo, ou quase o mesmo regime da lei no que respeita à técnica legislativa (preâmbulo, texto e fecho), à vigência, à publicação, à nulidade (é nulo se afrontar a lei ou a Constituição), à revogação (por conveniência e oportunidade), à referência ministerial (deve conter, além da assinatura do chefe do Executivo, as assinaturas do ministro da Justiça e, no mínimo, a do ministro que deve executá-lo), à *vacatio legis* (espaço temporal entre a publicação e a vigência).

Em suma: aplicam-se-lhe, no que couber, as disposições da Lei Complementar federal nº 95/1998, consoante determinado pelo parágrafo único do art. 1º desta Lei.<sup>32</sup> Assim, conforme vêm julgando nossos tribunais, o regulamento não pode ser atacado via mandado de segurança, devido ao seu caráter normativo; a ele, portanto, aplica-se, tal qual à lei, o verbete nº 266 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

Embora a formalização do poder regulamentar se processe basicamente por decretos e regulamentos, há também atos normativos que, editados por outras autoridades administrativas, podem caracterizar-se como inseridos no poder regulamentar. É o caso de instruções normativas, resoluções, portarias etc. que têm frequentemente um círculo de aplicação mais restrito, mas que, por veicularem normas gerais e abstratas para a explicitação das leis, não deixam de ser, a seu modo, meios de formalização do poder regulamentar.

## 7.6. A questão da deslegalização

Surgido na França, o instituto da *deslegalização* traz em seu bojo a possibilidade de outras fontes normativas, estatais ou não, regularem por atos próprios determinada matéria, ou seja é retirada do âmbito da lei propriamente dita o condão de reger determinada matéria.

De forma resumida, a deslegalização modificou a postura tradicional da técnica de delegação, no sentido de que o titular de um determinado poder não ter dele a disposição, mas tão somente o exercício, passando-se a aceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*).<sup>33</sup>

O conceito de deslegalização oferecido por Gianmario Demuro, trazido à colação pelo mesmo Diogo, determina de forma concisa e precisa os contornos deste instituto: “é a transferência da função normativa (sobre matérias determinadas) da sede legislativa estatal a outra sede normativa”.<sup>34</sup>

No Brasil, a Constituição Federal traz em vários dispositivos a possibilidade da deslegalização, quais sejam: art. 22, parágrafo único; art. 217, I, e seu § 1º; art. 220, §§ 3º e 4º; Emenda Constitucional nº 8, que alterou a redação do art. 21, XI; Emenda Constitucional nº 9, que alterou a redação dada ao art. 177, § 2º, III.

Como não foi proibida genericamente a deslegalização *legal*, será sempre possível no ordenamento constitucional vigente desde que a Constituição não a proíba expressamente.

Deve se consignar que o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a revogação de todas as normas delegadoras de competência normativa, *in verbis*:

*Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito esse 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;*

*II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.*

Por óbvio que o dispositivo transcrito se propõe a pôr termo aos abusos praticados pelo regime ditatorial que vigia até a promulgação da atual Carta, mas não se propõe a pôr termo à *delegação legislativa*, proposta por

<sup>32</sup> Tal dispositivo se refere não só aos decretos e demais atos de regulamentação expedidos por órgão do Poder Executivo, no que couber, bem como às medidas provisórias, emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias e delegadas, decretos legislativos e resoluções, que deverão observar aquelas disposições contidas na referida Lei Complementar.

<sup>33</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 215, jan.-mar. 2003, p. 77.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, item 20, p. 78.

diversas vezes pela própria Constituição, conforme supraexposto.

No caso das agências reguladoras, trata-se de uma delegação legislativa conhecida pela doutrina e jurisprudência americana como *delegation with standards*, que ocorre quando o ato emanado pelo Poder Legislativo fixa parâmetros (*standards*) adequados e satisfatórios para pautar a atuação do órgão delegado, ou seja é a fixação de limites à atuação do poder delegado.<sup>35</sup>

Para o procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso:

[...] a doutrina brasileira passou a encarar com certa atenuação a questão das delegações legislativas, para admiti-las, com reservas, sempre que o legislador oferecesse *standards* adequados, isto é, quando houvesse início de delegação apta a confirmar dentro em limites determinados a normatização secundária do órgão delegado. Inversamente, quando o órgão legislativo abdicasse de seu dever de legislar, transferindo a outros a responsabilidade pela definição das alternativas políticas e diretrizes a seguir, a invalidade seria patente.<sup>36</sup>

[...] Cumpre remarcar, nesse passo, que o poder regulamentar, em sentido rigorosamente técnico, é privativo do Presidente da República, nos termos da letra expressa do inciso IV do art. 84 da Constituição Federal. De sorte que, a rigor, não deve utilizar a expressão quando se trate de atribuição desempenhada por órgão qualquer do Poder Executivo ou por entidade da Administração Direta. Tais órgãos e entidades, é certo, titularizam, em certos casos, competências para expedir atos administrativos normativos – gênero do qual regulamento é espécie. Mas, por evidente, não desfrutam, no particular, de franquias mais amplas do que as que pode desfrutar o Chefe do Poder Executivo.

De fato o ato normativo é gênero do qual regulamento é espécie, entretanto, em virtude do exposto pelo dr. Barroso sobre a nomenclatura errônea – poder regulamentar – entendo, que não se trata de *poder regulamentar* e sim de *poder regulador* (buscando aqui uma nomenclatura diferenciada), pois cria, dentro de padrões prefixados (*standards*) pela lei originária da agência reguladora, uma normatização que “inova no ordenamento” visto que não visa a explicitar a lei ou lhe dar executabilidade como deve fazer o regulamento propriamente dito, mas sim direcionar a execução dos serviços públicos prestados ou resolver conflitos atra-

vés da norma infralegal advinda da necessidade setorial concreta e inédita.

Exemplos de deslegalizações legais, visto que os exemplos supracitados são de deslegalizações constitucionais, são os casos da Lei nº 9.427/1996 que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – Anell, que possibilita a agência regular, entre outras, a produção, transmissão e comercialização de energia elétrica. (art. 2º).<sup>37</sup>

Essa é a espécie de delegação que as agências reguladoras deverão possuir. A lei determina seu âmbito de atuação e os atos normativos produzidos pelas agências regerão o mercado de atuação específica de cada agência. A celeridade das decisões é imprescindível para a gestão eficaz do negócio e essas normas direcionaram rapidamente o rumo a ser tomado sem a morosidade que impera no Poder Legislativo, seja pela desídia de seus parlamentares, seja pelo devido processo legal, normalmente longo e lento.

Insta acrescentar que não há falar em riscos de injustiças nesse processo de deslegalização, pois as empresas reguladas não são hipossuficientes juridicamente para sofrerem alguma lesão irreversível visto que a Constituição Federal disponibiliza a qualquer tempo a ida ao Poder Judiciário para proteger qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

### 7.7. Os graus de regulamentação

Considerando nosso sistema de hierarquia normativa, podemos dizer que existem graus diversos de regulamentação conforme o patamar em que se aloje o ato regulamentador. Os decretos e regulamentos podem ser considerados atos de regulamentação de primeiro grau; outros atos que a eles se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como atos de regulamentação de segundo grau, e assim por diante.

Embora o poder regulamentar expresso por atos de regulamentação de primeiro grau seja, em regra, formalizado por decretos e regulamentos, existem situações especiais em que a lei indicará, para sua regulamentação, ato de formalização diversa, apesar de ser idêntico seu conteúdo normativo a complementar e minudenciar as normas da lei, mas terá ele a natureza do ato regu-

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 173.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, item 22, p. 173 e 182.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, item 11, p. 172.

lamentar de primeiro grau, produzido no exercício do poder regulamentar.

### 7.8. A omissão do Poder Executivo em editar regulamentos

Quanto à omissão do Poder Executivo em editar regulamentos, a Constituição de 1988 trouxe remédio que resolve parcialmente o problema, quando previu o *mandado de injunção* e a *ação de inconstitucionalidade por omissão*.

O primeiro tem alcance restrito às hipóteses em que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI). Cabe, nesse caso, ao Poder Judiciário suprir a omissão, estabelecendo a norma que resolva o caso concreto.

O segundo, previsto no art. 103, § 2º, tem âmbito um pouco menos restrito, porque é cabível quando haja omissão de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional; nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para julgar, deverá dar ciência da decisão ao Poder competente para cumprimento no prazo de 30 dias.

Continuam desprotegidas, no entanto, as hipóteses em que a falta de regulamentação torna inviável o cumprimento da legislação infraconstitucional.<sup>38</sup>

Havendo omissão indefinida e intermitente do Poder Executivo em não inviabilizar a vontade da lei, o cidadão vai poder exercer seus direitos porque a vontade da lei tem de ser cumprida. Logo, se não houver regulamentação dentro do prazo (“Essa lei será regulamentada pelo Poder Executivo em 60 dias”, por exemplo), a lei passará a ser eficaz, cabendo observar que, contra o ato omissivo, cabe mandado de segurança, e a jurisprudência usa o prazo para ele estabelecido, que é de 120 dias, pois está inviabilizando o exercício de um direito que a lei outorgou.

Enfatizando, mais uma vez, a lei deve prever o prazo para a sua regulamentação, sob pena de ser considerada formalmente inconstitucional. Expirado o prazo em branco, a lei deve tornar-se exequível para que a vontade do legislador não se figure inócua e eternamente condicionada à vontade do administrador. Nesse caso,

os titulares de direitos previstos na lei passam a dispor de ação com vistas a obter do Judiciário decisão que lhes permita exercê-los, com o que estará sendo reconhecido que a lei deve ser aplicada e observada. As leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é condição da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando seus efeitos pendentes até expedição do ato do Executivo.

De acordo com a previsão do art. 103, § 2º, da Constituição, cabe ação de inconstitucionalidade por omissão; o Supremo Tribunal Federal expede um provimento, declarando a mora administrativa, que, em se tratando de órgão administrativo, terá o prazo de 30 dias para fazê-lo.

### 7.9. A submissão do poder regulamentar aos princípios da legalidade e da reserva legal

Para complementar a abordagem sobre o poder regulamentar da Administração, relevante é ressaltar que, no Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 limitou-o consideravelmente, em face dos princípios da legalidade e da reserva da lei, não deixando espaço para os regulamentos chamados “autorizados” ou “delegados”, existentes em outros sistemas jurídicos, nem muito menos para os regulamentos ditos “independentes” ou “autônomos”, admitidos em alguns países. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, “entre nós, só podem existir regulamentos conhecidos no Direito alienígena como ‘regulamentos executivos’ [...]. Nenhum outro tipo de regulamento é tolerado”.<sup>39</sup>

Destarte, quis a Constituição delimitar, nos termos do art. 84, IV, o sentido da competência regulamentar do chefe do Poder Executivo que, valendo-se de regulamento, poderia inferir no bem-estar social, incompatível com o próprio interesse do Poder Público, daí o art. 48 da Constituição estabelecer que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União, não havendo espaço jurídico, portanto, para o regulamento autônomo ou independente, assim como para os regulamentos delegados, tanto assim que o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), revogou, a partir de 180 dias da promulgação

<sup>38</sup> Hely Lopes Meirelles entende do mesmo modo: “Quando a própria lei fixa o prazo para sua regulamentação, decorrido este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma legislativa podem invocar utilmente os seus preceitos e auferir todas as vantagens dela decorrentes, desde que possa prescindir do regulamento, porque a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais do Legislativo” (MEIRELLES, *op. cit.*, p. 125).

<sup>39</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 311 e nº 3.

da Constituição (sujeito este prazo à prorrogação por lei), todos os dispositivos legais que atribuísem ou delegassem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa.

Com efeito, do entendimento de Diógenes Gasparini, podemos observar que “se o regulamento não é lei no sentido formal, não pode criar direito novo, como os regulamentos autônomos criam”,<sup>40</sup> da mesma forma que, uma vez que não se pode delegar atribuições delegadas, não se pode admitir o regulamento delegado, pois, afinal, o Executivo recebeu sua atribuição por delegação do povo e, por esta razão, não a pode delegar. Quando a Constituição permite a delegação, ela o faz expressamente nos termos do art. 68 (delegação para elaborar lei), mas, no que respeita a regulamento, nada estabeleceu a Lei Maior.

É claro que aqui não se faz referência, por óbvio, aos atos administrativos individuais, como aqueles que nomeiam ministro de Estado, que exoneram um servidor, que declaram a utilidade pública de um bem para fins de desapropriação, por exemplo, nem aqueles atos internos, normativos ou ordinários que, embora dirigidos ao funcionamento da Administração e a seus agentes podem, por via mediata, abranger a esfera de direitos e interesses particulares que se relacionam com o Poder Público, como são as resoluções, as portarias, dentre outros, mas que são criados para situações específicas, e não para normatizar; são atos da própria função administrativa, ou seja, para materializarem o texto legal.

Assim, reforçando, no atual ordenamento jurídico pátrio, os regulamentos autônomos não são admitidos, porque a Constituição de 1988, como visto, atribuiu à chefia do Executivo o poder de editar atos para a fiel execução das leis, razão por que só teria admitido os regulamentos de execução. Dessa forma, por força do art. 37 da CF, que estabelece a obediência ao princípio da legalidade, o entendimento majoritário é de que a competência de regulamentar, constitucionalmente, está presa à vontade da lei, isto é, toda e qualquer normatização que a Administração faça é para sua fiel execução, cujo fundamento reside no art. 84, IV, do Texto Constitucional, que revela a finalidade a que se destinam o decreto e regulamento, acabando com a possibilidade de ser criado pela Administração o decreto autônomo ou independente, cabendo observar um detalhe interessante: o decreto é a forma na qual o conteúdo é o regula-

mento, ou seja, o decreto é a forma pela qual se põe em vigor o regulamento. O regulamento é um ato normativo e assim sempre será, diferentemente do decreto, que nem sempre o será.

Além disso, conforme vimos, o art. 25 do ADCT revogou todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam aos órgãos do Poder Executivo competência que fosse do Congresso Nacional, especialmente no que diz respeito a ações normativas. Paralelamente, o art. 61, § 1º, II, *e*, faz depender de lei, de iniciativa do Presidente da República, “a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública, observado o disposto no art. 84, VI”. Por essas razões, em matéria de organização administrativa, ratifica-se que os regulamentos autônomos não existem no Direito brasileiro, embora esse poder seja atribuído aos demais Poderes, conforme arts. 51, IV (relativo à Câmara dos Deputados), 52, XIII (relativo ao Senado) e 96, I, *b* (relativo aos tribunais).

A título ilustrativo, reporta-se ao antigo poder de legislar, concentrado que era nas mãos dos Chefes de Estado, quando os regulamentos autônomos eram verdadeiras leis em sentido material, não atrelados a nenhuma lei nem dependentes de qualquer delegação prévia do Legislativo. Na Constituição de 1967, o art. 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”, única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública.

Saliente-se, todavia, que, dependendo da abordagem que se faça sobre o princípio da legalidade, é adotada uma concepção diversa sobre o regulamento autônomo. Se, por exemplo, esse princípio for concebido como supremacia da lei, como assim o faz Hely Lopes Meirelles, teoricamente admitir-se-ia a existência do regulamento autônomo, pois eles dispõem sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei, cabendo ao Executivo, no entanto, a observância de, ao expedir regulamento autônomo, não invadir as matérias só disciplináveis por lei, assim dizendo o mestre Hely que “a doutrina aceita esses procedimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei [...]”.<sup>41</sup> Porém, se enfocado o princípio da legalidade como reserva da lei, não há como se cogitar de um regulamento que atue fora de seus parâme-

<sup>40</sup> GASPARINI, *op. cit.*, p. 120.

<sup>41</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 175.

tros, conforme assim concebe Celso Antônio Bandeira de Mello, que o vê como “ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente da lei”,<sup>42</sup> intuindo-se, desse modo, que não há entendimento pacífico sobre a existência ou não do regulamento autônomo ou independente.

Somado a isso, cumpre registrar a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001, que trouxe à baila a questão em tese, posto que, até então, em face do princípio da legalidade estrita, o Texto Maior só aludia à expedição de decretos e regulamentos no inciso IV de seu art. 84, os quais se prestam a assegurar a fiel execução da lei e, consoante isso, só agasalha a figura do decreto de execução, não se referindo, portanto, aos regulamentos autônomos.

### 7.10. Exceções de regulamentos autônomos

Ocorre que a referida Emenda deu nova redação ao inciso VI do art. 84, da Constituição, acrescentando-lhe dois dispositivos – alíneas *a* e *b* –, que criaram hipóteses de edição de decretos autônomos pelo Presidente da República, passando a existir, doravante, autorização expressa para que, mediante decreto, disponha sobre a organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, de sorte que alguns autores, como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>43</sup> passaram a admitir o regulamento autônomo *unicamente* nessas hipóteses, uma vez que é pacífico o entendimento doutrinário de que o decreto regulamentar não pode dispor contra ou a mais que a lei regulamentada, pois, caso contrário, será inconstitucional.

Destarte, a partir da Emenda Constitucional nº 32/2001, os dispositivos previstos no art. 84, VI, passam a ser disciplinados mediante decretos autônomos, vistos como atos primários, cujas edições *somente* serão admitidas no que couber às respectivas matérias, consubstanciando, portanto, a reserva de Administração, que não pode ser disciplinada pelo Poder Legislativo, sob pena de afronta ao princípio da separação entre os Poderes. De resto, concluímos que, no Direito brasileiro, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do chefe do Poder Executivo.

Há de se destacar, contudo, que a regra constitucional insculpida no art. 96, I, *b*, da CF, caracteriza o exer-

cício do poder regulamentar autônomo. Isto porque, admitindo a existência de lei, haveria uma violação da independência do Judiciário e sua consequente autonomia (art. 2º), visto que aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços.

## 8. Poder de polícia

### 8.1. Considerações iniciais

O homem que vive em sociedade pensa, anda, movimenta-se, trabalha, toma atitudes, edita atos, celebra contratos; são atividades que demonstram não só sua capacidade física e mental, mas que, sobretudo, significam a liberdade, os direitos que ele tem, sejam expressos explícita ou implicitamente em nosso ordenamento jurídico.

No entanto, para que essas atividades possam se processar do modo mais perfeito possível é necessário que o homem tenha um mínimo de segurança, pois com ela o homem trabalha melhor, e, consequentemente, produz mais.

Para isso, em todos os países, uma determinada parte do Estado especializou-se, constituindo um corpo diferenciado ao qual se dá o nome de *polícia*, que é um organismo encarregado de assegurar a ordem pública e de promover a segurança humana cujo poder se manifesta para conter os excessos, estando intimamente ligado, portanto, à contenção dos direitos individuais em face do interesse público. Por conseguinte, tem o administrador o poder de conter esses direitos, cuja competência é indicada pela expressão *poder de polícia*.

O Estado, em face de sua soberania, é detentor de prerrogativas especiais perante os indivíduos, sem as quais não se tornaria possível organizar a vida em sociedade. Entretanto, é sabido que, para *organizar*, necessário se faz utilizar o *poder*, ou seja, pressupõe-se a existência de um indivíduo, ou de um grupo de indivíduos, hierarquicamente superior aos demais e que dita as regras de organização. Ademais, é milenar o fato de que as pessoas não se organizam voluntariamente, sendo imprescindível a existência de uma soberania para reger uma sociedade e torná-la organizada.

Desta feita, tem-se que com a evolução do Estado, que se caracteriza como uma instituição política, este passou a nortear as relações sociais entre os indivíduos e entre estes e a Administração, pondo-se precipuamente a serviço da coletividade. Nesse panorama, o interesse

<sup>42</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 311.

<sup>43</sup> *Apud* GASPARINI, *op. cit.*, p. 122.

particular se curva perante o coletivo, em face da prevalência do princípio da supremacia do interesse público.

Em função dessa ordem, surgiu o *poder de polícia*, para cristalizar e legalizar a soberania estatal, já que esta deverá protagonizar as relações sociais e a ordem pública. A propósito, o sentido originário de *polícia* significa cidade e foi tomando corpo na ideia de organizar as cidades.

Em sentido estrito, portanto, polícia corresponde ao conjunto de instituições fundadas pelo Estado a fim de que exerça a adequada vigilância no que concerne à ordem pública, bem como que se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais.

Conforme resume Cretella Júnior:<sup>44</sup>

[...] ao passo que a polícia é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o poder de polícia é um *facultas*, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem de através da polícia, que é a força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos.

Pode-se dizer que o poder de polícia é uma potencialidade; é algo em potência, ao passo que a polícia é uma realidade; é algo em ato. O poder de polícia legitima a ação da polícia e sua própria existência.

Com isso, o poder de polícia é uma prerrogativa outorgada pela Administração Pública a seus agentes, que lhes dá o poder-dever de agir em nome desta. É através dessas ações que o Estado intervém nas relações sociais, que é o seu real objetivo. Nessa relação, o homem é destituído de seu poder individual supostamente absoluto e passa a figurar como coadjuvante num cenário maior, que é o interesse público.

De relevância deve-se ressaltar, porém, que não há direito individual absoluto. Os direitos são todos relativos em prol do interesse público, o que significa dizer que a Administração pode limitar, condicionar e restringir os direitos individuais em prol do interesse público, mas sem poder retirar jamais o próprio direito, ou seja, o poder de polícia visa a limitar, condicionar e restringir o direito, mas não retirar o direito do cidadão, hipótese em que não seria poder de polícia e sim arbítrio. Em nossos dias, predomina a ideia da relatividade dos direitos porque, como adverte Georges Ripert:

[...] o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo.<sup>45</sup>

O poder que é conferido aos agentes públicos é irrenunciável, não cabendo a eles a discricionariedade de usá-lo ou não. Ao contrário do que ocorre na esfera particular, no âmbito público o poder será obrigatoriamente exercido, tendo sempre em vista os interesses da coletividade.

Melhor definição sobre o enunciado anteriormente exposto retira-se dos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles:<sup>46</sup>

Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade.

Referido poder, que é outorgado ao agente público, denomina-se poder de polícia.

## 8.2. Conceitos de poder de polícia

Da farta doutrina, formada por autoridades no assunto, temos alguns conceitos de poder de polícia, a começar pela definição do mestre Hely Lopes Meirelles, para quem poder de polícia:

[...] é a faculdade de que dispõe a Administração para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.<sup>47</sup>

No dizer de Marcelo Caetano,<sup>48</sup> trata-se de um modo de atividade administrativa, como são os serviços de utilidade pública. Entretanto, enquanto esses serviços atuam promovendo prestações que beneficiam os indivíduos, melhorando a qualidade de vida, a polícia é um sistema de restrições que limita a liberdade individual.

Já o mestre José dos Santos Carvalho Filho conceitua poder de polícia como “a prerrogativa de Direito Público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.”<sup>49</sup>

<sup>44</sup> CRETELLA JR., José. *Manual de Direito Administrativo*, p. 263.

<sup>45</sup> *Apud* MEIRELLES, op. cit., p. 131.

<sup>46</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, p. 82.

<sup>47</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 127.

<sup>48</sup> *Apud* MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 88.

<sup>49</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.



Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>50</sup> define poder de polícia como sendo a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos.

O poder de polícia não esvazia um direito, apenas molda a forma como ele pode ser exercido.

Contrariando os conceitos doutrinários vigentes, Carlos Ari Sundfeld<sup>51</sup> sugere que se substituam as noções de poder de polícia e polícia administrativa por administração ordenadora, definindo esta como sendo a função administrativa exercida através do uso do poder de autoridade para a organização da vida privada.

### 8.3. A Administração Pública e o poder de polícia

A Administração, no exercício da atividade de polícia, pode agir de duas formas. Primeiramente, pode editar atos normativos que possuem como características a generalidade, a abstração e a impessoalidade, o que os torna dotados de grande abrangência. Nessa hipótese, os limites são causados por meio de decretos, regulamentos, portaria, resoluções, instruções.

Pode ainda a Administração atuar por meio de atos concretos, sendo que estes são direcionados a determinados indivíduos devidamente identificados, como por exemplo, no caso dos atos de sanção ou de consentimento, como as multas, as licenças e as autorizações.

No tocante à licença, que é um ato vinculado e concreto, o que se tem é que, preenchidas todas as exigências legais, não pode o interessado ter seu direito negado, tendo esta a natureza de definitividade, embora muitas vezes sujeita a prazo de validade e também à possibilidade de anulação ante a sua ilegalidade.

Já as autorizações são atos administrativos discricionários e precários, não existindo direito subjetivo. Porém, no âmbito do poder de polícia, pode-se dizer que não é oportuno impedir de modo absoluto, apesar das atividades muitas vezes constituírem perigo ou dano para a sociedade. Tem a autoridade administrativa a *“faculdade de examinar caso a caso as circunstâncias de fato em que o exercício pode se desenvolver, a fim de apreciar a conveniência e a oportunidade”*.<sup>52</sup>

### 8.4. Soberania

O Estado é dotado de poderes políticos que são exercidos pelos seus três poderes: Legislativo, Executivo e

Judiciário, e pelos poderes administrativos, que efetivamente é o meio de atuação da Administração Pública, a forma como ela exterioriza a prestação de seus serviços para a sociedade.

Em decisão recente, o STF teve a oportunidade de julgar a ADIn nº 1.717-DF, com os votos do Relator Sydney Sanches e do Ministro Nelson Jobim, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), contra o art. 58 e seus parágrafos, da Lei nº 9.649, resultante da conversão em lei da Medida Provisória nº 1.651-42 a qual concedeu medida cautelar de suspensão de dispositivo da Lei nº 9.469, que previa a delegação de poder público para o exercício, em caráter privado, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas mediante autorização legislativa, com o seguinte teor: “o mencionado serviço constitui atividade típica do Estado, envolvendo, também, poder de polícia e punição, insuscetível de delegação a entidades privadas”.

Com esse julgamento, entende-se que o mencionado serviço de fiscalização constitui atividade típica do Estado, envolvendo também poder de polícia e punição, insuscetível de delegação a atividades privadas.

Calorosas discussões também envolveram as aplicações de multas a veículos automotores realizadas na cidade do Rio de Janeiro, por guardas municipais, tendo sido, por fim, canceladas por decisão do STJ, com o correto argumento de que a aplicação de multa se constitui eminentemente em poder de polícia, atividade típica de agente público, e que os referidos guardas municipais não poderiam valer-se de poder de polícia para aplicá-las, haja vista serem contratados pela Administração Pública e não agentes desta.

Atendo-se ainda a essa questão, é de se ressaltar que a polícia de trânsito, atividade-meio da polícia militar, é passível de ser delegada tão somente por via de lei, para pessoa jurídica de Direito Privado.

Não obstante, de acordo com previsão constitucional, a segurança pública é dever do Estado, e “os Municípios poderão constituir guardas municipais destinados à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei” (art. 144, § 8º da Constituição Federal). Com isso, conclusivo se torna que o Município poderia delegar poder de polícia a guardas municipais que se destinassem à proteção de seus serviços, com previsão

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 709.

<sup>51</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15-21.

<sup>52</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 354.

em lei, o que pressupõe a criação de empresa pública destinada a esse fim, e o que de fato não ocorreu, mas sim a terceirização desse serviço, descaracterizando-se a soberania estatal.

### 8.5. Natureza jurídica do poder de polícia

A polícia administrativa funda-se em um vínculo geral entre Administração Pública e os administrados, que autoriza a imposição de condicionamentos ao uso, gozo e disposição da propriedade e ao exercício da liberdade, em benefício do interesse público: a propriedade, porque deve cumprir sua função social, e a liberdade, por se compatibilizar com o princípio da prevalência do interesse público, condicionamentos estes relacionados ao bem-estar público ou social.

A razão do poder de polícia é, portanto, o interesse social, e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que, a cada passo, opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.

Destarte, os elementos que caracterizam a polícia administrativa são: os atos editados pela Administração Pública, diretamente ou por delegação legal; ter vínculo com o interesse público ou social; incidir sobre a propriedade ou a liberdade; ter caráter notadamente preventivo, para evitar a ocorrência de dano social, ou especificamente repressivo, se já consumado o dano social ou se recalitra o administrado em atender à prevenção.

Então, a Administração, para desempenhar sua função de polícia administrativa, funda-se na supremacia geral do interesse público sobre todos os cidadãos indistintamente, expressão em termos legais. Não recai sobre esse instituto qualquer limitação advinda da supremacia especial, decorrente de algum vínculo específico entre o Poder Público e determinado sujeito, como ocorre com os concessionários, funcionários públicos, usuários de serviços públicos e com as próprias autarquias.

Vejamos, então, a jurisprudência:

Ementa: mandado de segurança. Objetivo. Permanência de atividade comercial em prédio ameaçado de ruína.

Inadmissibilidade. Recurso provido para denegar a segurança.

Administração Pública agia dentro de seu poder de polícia, garantindo a segurança da coletividade, uma vez que o prédio estava ameaçado de desabamento. Nessa hipótese não há que se falar em ilegalidade administrativa (AC nº 138.854-1, São Roque, Rel. Flávio Pinheiro).<sup>53</sup>

De nosso ordenamento jurídico, ao estabelecer as hipóteses de incidência do tributo referente às taxas, tem-se uma definição precisa do instituto no art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN), cujo conceito seria, parcialmente, adaptável para o Direito Administrativo:

*Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*

*Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio do poder.*

É bom lembrar que o aludido artigo não vai exaurir, não vai tratar de todas as possibilidades, de todas as modalidades de exercício do poder de polícia, pois as situações grifadas acima são meramente exemplificativas.

Ocorre que essa definição vem sofrendo críticas doutrinárias, visto que estaria enveredada pelo sentido de *poder, regras, coerção*, ligada à ideia de *restrições à liberdade*, bem como a ideia de propriedade, apresentando-se seus elementos “defasados a essa altura do desenvolvimento do Direito Administrativo”,<sup>54</sup> até porque o termo *polícia*, face à sua etimologia, a qual observamos estar ligada à noção de administração, encerra, atualmente, a ideia de vigilância. Há autores que se insurgem contra a existência do próprio conceito de poder de polícia, como o jurista argentino Augustin Gordillo, para quem a ideia relacionada a esse poder mostra-se vaga, contaminada de autoritarismo de um Estado policial e, por conseguinte, ultrapassada no tempo. Para esse autor, que repele a própria existência do poder de polícia, a evolução

<sup>53</sup> A respeito, diz Hely Lopes Meirelles: “A finalidade do poder de polícia [...] é a proteção ao interesse público no seu sentido mais amplo [...]. Onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para a proteção desses interesses.” É a regra, sem exceção. (grifos do autor).

<sup>54</sup> COELHO MOTTA, *op. cit.*, p. 543.

da figura de Estado, de absolutista para democrático de direito, teria aumentado o número de atribuições a ele conferidas, deixando de voltar-se ao atendimento das necessidades que a vida em sociedade impunham, o que merece ser prontamente retificado, posto que o poder de polícia, sobretudo na vigência de um Estado Democrático, não se configura apenas repressivo ou punitivo, mas, sobretudo, preventivo.

A noção jurídica de *polícia*, portanto, não encontra uma exata precisão doutrinária, vagando-se entre definições indeterminadas quanto à sua natureza, objeto e conteúdo. Numa acepção mais ampla, pode-se afirmar que o seu significado recai sobre o exercício do Poder Público sobre pessoas e bens.

Com previsão hierarquicamente superior, contudo, tem-se que a Constituição da República reconhece o poder de polícia através do art. 145, II, que assegura à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para instituir as taxas, em razão do exercício do poder de polícia.

Em face das definições e previsões legais, verifica-se que a noção de *polícia* vem-se firmando no decorrer da História, democratizando-se e ganhando contornos que mais se alinham a um Estado Social de Direito, cujo ideário é o bem comum. Com isso, observa-se que sua concepção caminha juntamente com as formas de Estado que se sucedem, identificando-se com o governo e com a Administração, e, dessa forma, pode-se conceituar poder de polícia como o mecanismo adotado pela Administração Pública para coibir o abuso do direito individual, procurando deter a atividade dos particulares que se revelar contrária, maléfica ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança.

Pode-se dizer, então, que o poder de polícia é uma potencialidade, é algo em potência, ao passo que a polícia é uma realidade, é algo em ato. O poder de polícia legitima a ação da polícia e de sua própria existência, embora, como manifestação da soberania estatal, esteja sofrendo as mutações consequentes das próprias modificações de seu sujeito, que é o Poder Público.

A respeito, cumpre destacar que, quando se invoca expressamente a ordem pública como um instrumento de manutenção da segurança, da tranquilidade e da salubridade públicas, não se pode esquecer que o conceito de ordem jurídica de poder de polícia está impregnado de outros valores, voltando-se também à proteção da dignidade humana.<sup>55</sup>

Conclusivo, então, que o poder de polícia guarda estreita relação com a constrição dos direitos individuais em face do interesse público; consequentemente, conclusivo também que o direito individual não é absoluto, sendo que o direito público prevalece sobre o privado, podendo ser restringido, limitado ou condicionado em razão do primeiro.

Precipuamente, afirma-se que a polícia administrativa não é uma faculdade nem um poder propriamente dito, mas sim uma atribuição conferida por lei a certos órgãos da Administração Pública.

O agente que exerce o poder de polícia não atua com faculdade ou discricionária manifestação de vontade, mas tão somente cumpre o preceito constitucional previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal concernente ao princípio da legalidade da Administração Pública.

## 8.6. Competência

Como o Brasil é uma federação com três espécies de entidades jurídicas com capacidade política, é importante abordar, de maneira ampla, a competência do poder de polícia, esclarecendo como cada uma dessas esferas, na medida de suas competências constitucionais, exerce o seu poder de polícia administrativa sobre os administrados de cada uma dessas três esferas.

Então, em princípio, importante é atentar para a seguinte regra: será competente para exercer o poder de polícia administrativa a entidade que tem competência para legislar sobre a matéria, segundo a repartição constitucional de competências, e o nosso sistema constitucional de competências discrimina quais são os assuntos de competência legislativa privativa da União, que são os assuntos contemplados no art. 22.

No âmbito da competência comum (art. 23 da CF), cada entidade exercerá o poder de polícia, dentro do respectivo território e, conforme o art. 24, esta é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, esclarecendo o § 1º desse artigo que em tais matérias a competência da União restringe-se à edição de normas gerais. Assim, a União traça as diretrizes gerais e essenciais do tema legislado, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a complementação dessas normas gerais, de acordo com as suas peculiaridades. Os demais parágrafos do artigo estabelecem outras regras para o sistema de competências concorrentes.

<sup>55</sup> Conforme diz Marçal Justen Filho: "[...] o reconhecimento de que o poder de polícia se orienta a realizar o princípio da dignidade da pessoa humana conduz à sua imediata aproximação com o instituto do serviço público – cuja essência se relaciona com o mesmo valor".

Aos Estados, a competência é residual, segundo dispõe o § 1º do art. 25, estabelecendo como competência dos Estados aquelas que não lhes sejam vedadas pela Constituição.

A competência legislativa dos Municípios é conferida pelo inciso I do art. 30. A regra desse inciso confere competência ao Município para legislar sobre assuntos de interesse local, fazendo coro a doutrina ao dizer que o interesse há de ser predominantemente local, ou seja, entre interesses de dois entes diferentes, o interesse preponderante deve ser o do Município, para que seja sua a competência para legislar sobre o assunto, bem como suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, segundo o inciso II desse mesmo artigo.

Nesse contexto, convém destacar que havia uma lei do Município de São Paulo, estabelecendo que as drogarias não poderiam ter menos de cem metros de distância de uma para outra, para evitar a aglomeração de farmácias. Em princípio, seria uma lei de interesse local, relacionada à atividade econômica no Município, condicionando ou restringindo o uso de bens. Trata-se de uma limitação: pode-se construir o que quiser, menos uma farmácia. O STF considerou essa lei inconstitucional, porque compete à União apenas legislar sobre essa matéria, pois interfere na livre-iniciativa, no princípio da ordem econômica e uma série de elucubrações sobre livre concorrência (art. 170, da Constituição). Mas, em outras oportunidades, embora pareça estranho, o STF tem o entendimento de que a lei municipal, dispondo sobre o funcionamento de estabelecimentos comerciais aos domingos é constitucional, pois é assunto de interesse local.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Assim vêm decidindo os nossos Tribunais: Ementa: Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo – Inocorrência – Escala para Funcionamento de Drogarias por Lei Municipal – Norma que se Ajusta ao Art.30, Inciso I, da Constituição da República – Aplicação da Súmula nº 419 do Supremo Tribunal Federal – Município, ademais, Detentor do Poder de Polícia Administrativa – Segurança Denegada – Recurso Provido. Os Municípios têm competência para regular horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas (AC nº 212.772-1; Bragança Paulista; Rel. Marcus Andrade).

Ementa: Mandado de Segurança – Preventivo – Objetivo – Funcionamento de Farmácia aos Sábados das 13, às 21 h, quando não Escalada para o Plantão – Inadmissibilidade – Matéria Inserida no Poder de Polícia Administrativa – Não Violação ao Art. 170, IV, V e VII, da Constituição da República – Ordem Denegada – Recurso não Provido.

Não se vislumbra inconstitucionalidade na regulamentação dos horários e plantões de farmácias e drogarias de modo discricionário através de regulamento. É que tal matéria está inserida no poder de polícia administrativa para ordenação da vida da cidade, e tem fulcro no art. 30, I, da Constituição da República, que recepcionou a Lei Municipal nº 8.794/78-SP (AC nº 171.225-1; São Paulo; Rel. Marcus Andrade).

<sup>57</sup> Nesse sentido, veja STJ: Ementa: Constitucional. Administrativo. Poder de Polícia do Município. Expressão “Legislar Sobre Interesses Locais.” Limitação.

A comercialização de materiais bélicos (armas, munições etc.) está sujeita ao controle federal, e os limites dentro dos quais se realizará essa atividade mercantil, é objeto de disciplinamento em legislação editada pela União, compreendendo-se, ainda, que a fiscalização desse comércio é de alçada de órgãos federais, mais precisamente, fica a cargo do Ministério do Exército.

Os Municípios, por mais nobres que sejam os objetivos, não dispõem de competência para expedir regulamento sobre a matéria (venda de armas e munições), quando muito exercerão um poder suplementar, conquanto que não conflitante com a legislação federal. A expressão material bélico, consignada na Constituição Federal (art. 21, VI) compreende todo e qualquer tipo de objeto ou instrumento (revólver, metralhadora, dinamite, granada) utilizado pelas forças armadas na manutenção da ordem interna. Recurso provido. Decisão Unânime (ROMS nº 5.751-8/RJ; STJ; Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

De outra feita, o Município do Rio de Janeiro quis regular a compra e venda de material bélico, quando, na real verdade, a Constituição estabelece à União o poder de legislar sobre essa matéria.<sup>57</sup>

Assim, embora a União tenha competência privativa para legislar sobre Direito Comercial, o horário de um comércio determinado, bem como o lugar em que pode ser estabelecido, é um assunto em que prepondera o interesse local, daí ser de competência legislativa municipal. Em decorrência disso, o Município exerce o poder de polícia sobre os assuntos em que prepondera o interesse local. Senão, vejamos a jurisprudência:

Ementa: jazida mineral. Exploração autorizada que ameace formação espeleológica. Suspensão de atividades determinada pela municipalidade até parecer do órgão competente - medida que se insere no poder de polícia. Proteção aos bens de valor cultural que também incumbe ao município. Tutela constitucional do direito de propriedade que não confere a faculdade de destruir aqueles bens. Inexistência de direito líquido e certo. Mandado de segurança denegado. Inteligência dos arts. 20, x, 23, III, e 216, V e § 1º, da CF (TJM, RT 657/149).

Ementa: Advocacia.Localização, funcionamento e instalação de escritório. Taxa de licença. Lançamento. Inadmissibilidade.Profissão que foge ao poder de polícia do município. Concessão de segurança (1ª TACivSP, RT 560/120)

Outro problema interessante, e recente, é a respeito da poluição sonora, de decibéis. No Município do Rio de Janeiro, pretendeu-se alargar o nível de emissão de ruído, que seria permitido através de legislação municipal. Ora, aparentemente, isso nos parece ser matéria

de interesse local. Compete ao Município, na sua área, dizer qual vai ser o ruído. Mas acontece que essa matéria é atinente ao meio ambiente, e meio ambiente é competência a todos os entes da Federação (art. 30, II, da CF). Trata-se de um caso típico de competência supletiva. O Município, no seu poder de polícia, não poderia alargar, ser mais benéfico, no que tange a essas matérias, pois a competência é, conforme já frisamos, supletiva, mas supletiva no sentido de *não alargar*, é claro. Há resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente – Conama – dispondo sobre emissão de ruídos.<sup>58</sup>

No que tange ao funcionamento de bancos, curiosamente, o STF já entendeu, ao contrário dos estabelecimentos comerciais em *shopping centers*, considerando constitucional a lei municipal que trata do assunto, mas, no tocante ao funcionamento de agências bancárias, a competência é da União.

Ademais, quando se tratar de matéria cuja competência é concorrente, a atividade poderá estar sujeita à polícia administrativa de mais de uma esfera federativa.<sup>59</sup>

Observação importante a fazer é que o poder de polícia pode ser exercido pelo Legislativo, na aprovação das chamadas limitações administrativas (exemplos: gabarito de prédio, recuo, alinhamento) e também pela Administração, que regulamenta a legislação e pratica atos materiais tendentes a sua obediência. Só a Administração, contudo, exerce a polícia administrativa.

Outrossim, oportuno é registrar que só a Administração direta, nas três esferas da Administração Pública, e as autarquias têm competência para exercer a polícia administrativa. Hoje, tem-se entendido que as fundações de Direito Público, por serem verdadeiras autarquias, parecem ter legitimidade para desempenhar essa função. As demais entidades integrantes da Administração indireta e as concessionárias de serviços públicos, portanto, ficam excluídas, não tendo legitimidade para exercer a polícia.

Não sendo pessoa política, a autarquia não edita, obviamente, o direito. As normas jurídicas a que se submete são as criadas pela entidade que a instituiu. Embora não legisle sobre matéria alguma, pode ser credenciada a exercer o poder de polícia, na área de sua atuação, mediante delegação da pessoa que detém a competência originária, mediante lei específica. É o caso do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), que fiscaliza o trânsito e o tráfego nas rodovias federais, ou do Ibama, em relação ao meio ambiente e recursos naturais renováveis.

Então, quanto à limitação da competência do poder de polícia, concluímos, que:

- a) exercerá o poder de polícia aquele ente competente para legislar sobre a matéria;
- b) não se exclui a competência municipal, quando houver repercussões ulteriores na esfera do Mu-

<sup>58</sup> Assim decidiu o STF: Ementa: Alto Falante em Via Pública. Ato da Prefeitura Cassando a Autorização. Poder de Polícia (RE nº 49.911/CE; STF; Rel. Min. Candido Motta).

Ementa: Ato Administrativo – Templo Religioso – Igreja Universal do Reino de Deus – Fechamento – Cultos Ruidosos, Disseminados por Aparelhagem de Som – Prejuízo ao Sossego de Vizinhança – Exercício do Poder de Polícia que não Afronta a Liberdade de Culto – Inexistência de Afronta ao Art. 5º, VI, da Constituição da República/1988 – Município que é Competente para Proibir a Prática Religiosa Quando ela se Torna Abusiva e Antissocial – Inexistência de Decreto-Lei Complementar a Ser Resguardado – Recurso não Provido (AC nº 146.692-1; Diadema; Rel. Andrade Marques).

<sup>59</sup> Nesse sentido, decidiram o STJ e o STF: Ementa: Mandado de segurança. Denegação da ordem. Ato de servidor público municipal, atividades de mineração. Inobservância das posturas municipais.

Cumpra distinguir o exercício da atividade de lavra minerária autorizada pelo governo federal – o que não significa a concessão de poderes absolutos – e o exercício do poder de polícia conferido ao Município, no que diz respeito ao seu peculiar interesse.

Agindo a municipalidade dentro de suas prerrogativas legais, ao exigir a obtenção de alvará de licença a ser expedido em harmonia com as posturas municipais e as normas de preservação ambiental, o ato não feriu direito líquido e certo (Resp 38.042/SP– STJ; Rel. Min. Hélio Mosimann).

Ementa: Competência Legislativa – Comércio de Agrotóxicos e Biocidas – Matéria que Corresponde ao Poder de Polícia da União, já Constante de Leis Federais – Competência Concorrente do Estado Inadmissível – Representação de Inconstitucionalidade da Norma Estadual Disciplinadora Procedente – Inteligência do Art. 8º, XVII, da CF (STF– RT 634/177).

Ementa: Representação de Inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.747, de 22 de dezembro de 1982, em Conjunto com os Decretos nºs 30.787, de 22/7/1982 e 30.811, de 23/8/1982, Todos do Estado do Rio Grande do Sul. Competência Constitucional da União Para Legislar sobre Normas Gerais de Defesa e Proteção à Saúde (art. 8º, XVII, c, da CF), e, Supletivamente, dos Estados (parágrafo único do art. 8º). Supremacia da Lei Federal. Limites. Caráter Supletivo da Lei Estadual, de Modo que Supra-Hipóteses Irreguladas, Preenchendo o “Vazio”, o “Branco” que Restar, sobretudo quanto às Condições Locais.

Existência, *in casu*, de legislação federal que regula a espécie. Inconstitucionalidade da definição de agrotóxicos e outros biocidas por lei estadual; ou da fixação de normas gerais e parâmetros para a classificação toxicológica. Competência da União para estabelecer proibições à produção, comércio e consumo de mercadorias que contenham substâncias nocivas. Poder de polícia do Estado – Limites. Representação procedente, em parte (RP 1.153/RS – STF; Rel. Min. Aldir Passarinho).

- nicípio, imprevisíveis no momento da fiscalização por qualquer outro dos Poderes Públicos;
- c) permite-se a competência cumulativa do Município, quando houver risco de que o exercício da polícia administrativa pelo poder competente seja intempestivo, a ponto de prejudicar os interesses públicos; e
  - d) na hipótese, entretanto, em que se deu o pleno exercício do poder de polícia pela competente pessoa de direito público, sem ocorrência das circunstâncias previstas nos itens b e c, não compete ao Município qualquer parcela suplementar do referido poder.

Apenas a Administração direta, nas três esferas da Administração Pública, e as autarquias têm competência para exercer a polícia administrativa. Tem-se entendido modernamente que as fundações de Direito Público, por serem verdadeiras autarquias, têm legitimidade para desempenhar essa função. As demais entidades integrantes da Administração indireta e as concessionárias de serviços públicos não têm legitimidade para exercer a polícia.

A autarquia, por não ser pessoa política não edita o Direito, tendo as suas normas jurídicas criadas pela entidade que a instituiu. Não obstante essa inabilidade, quando no exercício na área de sua atuação, poderá credenciar-se e exercer o poder de polícia tão somente mediante delegação da pessoa que detém a competência originária e mediante lei específica.

Exemplificando o exposto, cite-se o caso do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, que fiscaliza o trânsito e o tráfego nas rodovias federais ou do Ibama, em relação ao meio ambiente e recursos naturais renováveis.

Celso Ribeiro Bastos, em sua obra, faz uma pequena conclusão no tocante à limitação da competência do poder de polícia:

- a) exerce o poder de polícia o ente público competente para legislar sobre a matéria; b) a competência do item anterior não exclui a competência municipal, quando houver repercussões ulteriores na esfera do Município, imprevisíveis no momento da fiscalização por qualquer outro dos Poderes Públicos; c) permite-se ainda a competência cumulativa do Município, quando houver risco de que o exercício da polícia administrativa pelo poder competente seja intempestivo, a ponto de prejudicar os interesses públicos; d) na hipótese, entretanto, em

que se deu o pleno exercício do poder de polícia pela competente pessoa de direito público, sem ocorrência das circunstâncias previstas nos itens b e c, não compete ao Município qualquer parcela suplementar do referido poder.<sup>60</sup>

Recapitulando, o ente da federação que tiver competência sobre aquela matéria, terá também competência para o exercício do poder de polícia. Se a competência for comum, todos terão competência. Se for concorrente, se dará a competência para o exercício do poder de polícia dentro dos limites do interesse. Se for interesse nacional, é da União; se for interesse regional, é estadual; se for interesse local, é municipal.

### 8.7. Poder de polícia originário e poder de polícia delegado

Se o poder de polícia, como já dito, é conferido a todas as pessoas políticas da federação, cabendo a elas atuar editando leis e atos administrativos, coerente é que se lhes confira, também, em decorrência, o poder de expor minuciosamente as restrições, atuação que caracteriza o *poder de polícia originário*, o qual nasce, portanto, com a entidade que o exerce, sendo pleno o seu exercício, subordinado unicamente à Constituição. Melhor dizendo, é exercido pelo próprio Estado – *pela administração direta*. Então, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para exercer poder de polícia dentro daquele sistema de partilha de competências estabelecido na Constituição.

Existe, ainda, o *poder de polícia delegado*, que é o que se transfere a outras pessoas administrativas vinculadas ao Estado – *administração indireta* –, para atuarem através de lei formal, caracterizando-se por serem atos de execução. É o poder que, embora limitado, as pessoas recebem por meio de um ato próprio para isso, mas cuja delegação não é outorgada a pessoas de Direito Privado desprovidas de vinculação real com os entes públicos, pois estas não possuem o *ius imperii* necessário ao desempenho do poder de polícia, ou seja, não têm competência legal, atribuída originalmente a elas, para fazer determinada fiscalização, como foi na época dos vários planos econômicos, quando diversos órgãos da Administração municipal e estadual receberam competência para fiscalizar o tabelamento de preços, e como no caso do Ibama, uma autarquia federal que, na área de meio ambiente, exerce poder de polícia derivado ou delegado.

<sup>60</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157.

O mestre Hely Lopes Meirelles ensina que:

[...] deve-se distinguir o poder de polícia originário do poder de polícia delegado, pois que aquele nasce com a entidade que o exerce e este provém de outra, através da transferência legal. O poder de polícia originário é pleno no seu exercício e consecutório, ao passo que o delegado é limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução.<sup>61</sup>

Dessa forma, confirma-se que, tanto no poder de polícia originário quanto no delegado, o que se pretende é ver alcançado o fim maior pretendido, que é o de disciplinar direitos e liberdades individuais em prol do interesse público.

As características do poder de polícia derivado são a limitação no tempo e em matéria. A competência do dele é nominativa, isto é, tem que ser indicado o órgão, o período e qual o âmbito da fiscalização desse poder de polícia, cujo poder cessará quando cessar o motivo.

Aliás, a respeito, há se tomar muito cuidado com o tema que trata de delegação do poder de polícia, pois, por ser este entendido pela doutrina majoritária como um serviço essencial, em princípio não pode ser delegado a particulares. Ocorre que o art. 30, V, da Constituição Federal, quer queira ou não, traz um serviço essencial delegável. Ao dispor que cabe aos Municípios organizar e prestar diretamente os serviços públicos de interesse local, ao mesmo tempo delega esse poder sob o regime de concessão ou de permissão, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. Então, hoje, já se tem, amparada pelo próprio Texto Constitucional, a possibilidade de afirmar que não é todo e qualquer serviço essencial que é indelegável, como radicalmente se coloca na doutrina.

Como se pode observar, o poder de polícia abrange uma área muito mais ampla do que polícia de segurança. Assim, certas áreas de atuação do poder de polícia não só podem como devem ser delegados ao particular, inclusive pela falência dos próprios órgãos públicos, especialmente a polícia de costume.

A título de ilustração, vale transcrever a Apelação Cível nº 3.012, da Sétima Câmara Cível, cujo relator foi Maurício Gonçalves de Oliveira, assim julgado por unanimidade: “Se é a Comlurb que realiza as autuações em decorrência de um poder de polícia delegável em legislação, é sua a legitimidade *ad causam* no polo passivo.”

Outro caso é o da Cedae, que possui atribuição legal da análise da qualidade da água consumida, ou seja,

exerce o poder de polícia ambiental das águas. Por tal motivo, é obrigada a publicar relatórios. A Cedae é empresa pública, com a mesma personalidade jurídica de qualquer outra pessoa de Direito Privado.

Mais um exemplo de poder de polícia realizado por pessoa jurídica de Direito Privado, mas que foi suspenso por liminares, é a vistoria de veículos automotores, prevista no Código de Trânsito Brasileiro e regulamentada pelo Contran, pois esta seria entregue a empresas privadas, que passariam a ser concessionárias de serviço público e a exercer, então, o poder de polícia de fiscalização. Só que o Código de Trânsito e o Contran falam que essa competência será delegada à empresa que vencer uma licitação.

Enfocaremos, então, a seguir, vários problemas pertinentes ao poder de polícia delegado. Eis alguns deles:

1º – A doutrina entende que o poder de polícia, como atividade estatal que é, não pode ser transferido para particulares, porque a supremacia do interesse público e a supremacia do Estado em relação ao particular impedem esse tipo de transferência. Já houve, inclusive, discussão acerca da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, decidindo a respeito dos Conselhos Regionais Profissionais (o art. 58 da Lei nº 9.649/1998, que previa a delegação do poder público para o exercício, em caráter privado, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas mediante autorização legislativa), pois a jurisprudência vinha entendendo que, se esses conselhos não integram a Administração indireta e não sendo pessoas jurídicas de Direito Público, como é que poderiam exercer o poder de polícia? (arts. 5º, XIII, e 22, XVI, todos da Constituição). Então, o STF, na ADIn nº 1.717, reconheceu que não haveria possibilidade de exercício de poder de polícia pelo Conselho, se este continuasse a ser classificado como pessoa de Direito Privado, chegando a ponto de o Supremo exteriorizar um reconhecimento expresso e formal no sentido de que o poder de polícia de punição é insuscetível de delegação a entidades privadas.

2º – Se o poder de polícia pode ser delegado, de que forma essa delegação deve ocorrer? Pode ser por meio de um contrato? Pode ser através de ato administrativo? Por decreto? Há consenso da doutrina no sentido de que a transferência do poder de polícia, do âmbito da Administração direta

<sup>61</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 128.

para a Administração indireta, só pode ser realizada por lei, pois o exercício do poder de polícia acarreta uma limitação à liberdade individual, uma privação do particular, e esse tipo de restrição precisa ser amparado e fundamentado em uma lei. Logo, o poder de polícia não pode ser exercido com base em poder regulamentar.

- 3º – É oportuno chamar a atenção, *também*, para o problema dos radares, salientando que quem vai multar não é a concessionária; *ela apenas se faz presente nos pontos onde os radares são afixados meramente para aparelhar o Estado a exerça seu poder de polícia*.

A título de ilustração, suponhamos que a Prefeitura vai demolir uma casa – porque foi construída clandestinamente – e, para tal, contrata uma firma para materializar a demolição. Quem vai operacionalizar esse ato pouco importa, pois isso não é exercício do poder de polícia. Atentemos, pois, que uma coisa é o ato de ordenar a demolição; outra é viabilizar essa demolição. Há, portanto, que se “separar o joio do trigo”.

- 4º – O que pode ser transferido para a Administração indireta em relação ao poder de polícia? É de fundamental importância observar que nem tudo pode ser transferido para a Administração Indireta, pois há limites materiais para essa delegação, como, por exemplo, em relação à atividade de legislar, que não pode ocorrer, ao contrário das atividades de fiscalizar, multar, punir, que podem ser transferidas.

O Conselho Regional de Medicina, por exemplo, não pode criar normas, obrigações que digam respeito aos requisitos para ser um médico, *ou seja, quem pode ou não ser médico. E isto não significa limitar? Certamente que sim*. Então, esse tipo de coisa somente pode ocorrer mediante lei, e a atividade de legislar não é delegável para os conselhos profissionais (limite material).

- 5º – Pessoa jurídica de Direito Privado, que integra a Administração Pública indireta (sociedade de economia mista ou empresa pública), pode exercer o poder de polícia?

Para ilustrar melhor essa questão, tem-se o seguinte caso: o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou que a guarda municipal do Rio de Janeiro, que é empresa pública, não poderia exercer o poder de polícia de multar, decisão que, vale dizer, foi cassada pelo Supremo Tribunal Federal. Isto porque *o TJ/RJ firmou entendimento de que o poder de polícia de multar só pode ser delegado à pessoa de direito público ou mesmo fundações*, como a Feema, por exemplo, que é uma fundação e pode multar (multa ambiental). No entanto, é interessante observar que o próprio Tribunal tem uma decisão envolvendo a Comlurb, que também é empresa pública municipal, dizendo que ela pode multar quem não colocar o lixo em sacos plásticos, por exemplo. Incrível!

Comlurb. Aplicação de multas. Poder de polícia. Multa por infringência do regulamento de limpeza urbana. Colocação de entulho de obra na via pública. Multa aplicada pela Comlurb – Companhia Municipal de Limpeza Urbana, dotada de poder de polícia delegado, daí a possibilidade de aplicação de multa pela infração das posturas municipais.

Notificação efetuada regularmente. Observância do princípio do contraditório na esfera administrativa. Multa aplicada dentro dos limites do poder discricionário. Desprovido do apelo.

## 8.8. Finalidade e fundamento

Outra não é a finalidade do poder de polícia se não a proteção dos interesses públicos, no seu sentido mais amplo e nos diversos aspectos em que estes possam estar presentes, tais como os valores material, moral, cultural etc. É mister que para o Estado exercer essa proteção atuará imbuído do seu peculiar poder de polícia, e nesse contexto, o interesse do particular não poderá transcender o interesse público, que será o ápice dessa tutela, mas, ao contrário, poderá a Administração até mesmo condicionar o exercício dos direitos individuais e o uso de bens que afetem a comunidade, de forma preventiva ou repressiva.<sup>62</sup>

Em palavras conclusivas,<sup>63</sup> “se o interesse público é o fundamento inspirador dessa atuação restritiva do Estado, há de constituir alvo dela a proteção do mesmo interesse”.

<sup>62</sup> É o preciso ensinamento do ilustre administrativista José Carvalho Santos, em sua obra, destaca a nossa lição, ao salientar que: “... outra não poderia ser a finalidade dessa intervenção através do poder de polícia senão a de proteção dos interesses coletivos, o que denota estreita conotação com o próprio fundamento do poder, ou seja, se o interesse público é o fundamento inspirador dessa atuação restritiva do Estado, há de se constituir algo dela a proteção do mesmo interesse. Este tem que ser entendido em sentido amplo, para alcançar todo e qualquer aspecto, como o material, moral, cultural, ecológico etc.” (*op. cit.*, p.66).

<sup>63</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro – *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.



O fundamento do poder de polícia é a supremacia do interesse público sobre o individual, com respaldo no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal que reza:

*Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*(...)*

*IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Essa assertiva também encontra respaldo jurisprudencial, senão vejamos:

Ementa: processual civil. Remessa necessária. Permissão de uso. Bem público. Instalações precárias. Necessidade de reforma. Desocupação do bem. Reintegração de posse. Impossibilidade. Poder de polícia. Indenização indevida. Apreensão de mercadorias. Necessidade de devolução. I – não cabe reintegração de posse em face do poder público, quando o ato realizado pela administração se pautou em interesse relevante; II – nos casos em que o poder de polícia foi utilizado de forma adequada, mostra-se incabível indenização por parte do ente público, vez que não há abuso ou ilegalidade no ato; III – tendo sido apreendidas mercadorias tão somente com o escopo de desocupar o imóvel que seria reformado, mister se faz a devolução das mesmas, quando o fim tiver sido atingido; IV – remessa conhecida e improvida.

(Nº do Processo: 6591 – Min. Relator Augusto Giba Falcão – 2ª Câmara Cível – TJ/Maranhão).

Com base na doutrina pátria, verifica-se que a finalidade e o fundamento do poder de polícia é a defesa da ordem pública. Para o Direito Administrativo essa expressão (ordem pública) significa condições mínimas e essenciais para uma vida adequada e pacífica.

Modernamente, muitos autores consideram a ordem pública como o próprio interesse público, assim definindo: “a custódia de qualquer tipo de bem ou interesse de todos ante o indivíduo ou *grupo restrito de indivíduos*”.<sup>64</sup>

Já o professor Carvalho Santos acrescenta que, quando o Estado intervém no conteúdo dos direitos individuais, a justificativa se dá pela “finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o *interesse da coletividade*”<sup>65</sup> (grifo nosso).

Vale salientar que várias expressões são utilizadas pelos autores como sinônimo de interesse público, como, por exemplo, interesse geral, bem comum interesse coletivo, entre outras.

Diógenes Gasparini ensina que no que tange ao poder de polícia, seu fundamento está centrado num vínculo geral que existe entre a:

[...] Administração Pública e os administrados, que autoriza o condicionamento do uso, gozo e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público e social.<sup>66</sup> (grifo nosso)

Conclusivo, portanto, que o objetivo maior do interesse público é promover o bem de todos, agindo com imparcialidade e sem restringir a sua atuação a nenhum indivíduo ou classe, o que vale dizer que toda a sociedade é suscetível de ser abarcada na consecução de atos do Poder Público que visam a garantir ao cidadão o bem comum. Isso é o que se configura num Estado democrático, excepcionando a observância dos direitos individuais apenas quando colidirem com o interesse social. A exemplo do exposto, podemos citar o mencionado na própria Lei Maior, em seu inciso XXIII, art. 5º, em que é garantido o direito de propriedade, mas este é condicionado ao cumprimento de sua função social.

## 8.9. Objeto

O poder de polícia tem como objeto todo bem, direito ou atividade física que tenha capacidade de afetar a coletividade ou a segurança nacional, e para tanto exerce o controle necessário por meio de regulamentação e contenção pelo Poder Público. É por isso que se permite à Administração restringir os direitos, os exercícios de atividades e o uso de bens que possam afetar a sociedade, a ordem jurídica ou que contrarie a finalidade de uma Nação.

## 8.10. Condições de validade

Os atos decorrentes da polícia administrativa possuem como condição de validade os mesmos elementos do ato administrativo comum, ou seja, competência, forma, finalidade, motivo e objeto, sendo acrescentados a estes a proporcionalidade da sanção e a legalidade dos meios empregados pela Administração.

Dessa forma, percebe-se que todo ato de polícia deve ser praticado por agente em regular exercício de sua competência e na forma determinada por lei, de acordo com o objeto, a finalidade e o motivo apresentados.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, deve-se frisar que este se encontra ligado de forma intrínseca ao poder de coerção que a Administração Pública dispõe

<sup>64</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 351.

<sup>65</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 65.

<sup>66</sup> GASPARINI, Diógenes, op. cit., p. 115.

para praticar os atos de polícia. Na verdade, não se pode admitir que a coerção seja utilizada indevidamente por quem tem a prerrogativa de exercer o poder de polícia.

Modernamente, a doutrina mais abalizada sustenta que a proporcionalidade foi erigida a princípio necessário à legitimidade do ato de polícia, sendo que a desproporcionalidade do ato ou seu excesso equivaleria a abuso de poder e, como tal, ensejaria a tipificação da ilegalidade nulificadora da sanção.<sup>67, 68</sup>

Outra condição de validade é a legalidade dos meios empregados pela Administração; vale dizer que a Administração deve escolher o melhor modo dentre os legais para a realização das medidas de polícia.

Frise-se, assim, que os meios devem ser compatíveis com a urgência da medida adotada, no entanto, ele deve estar previsto legalmente, não se podendo aceitar que a Administração não atue de conformidade com as leis.

Emoldura-se todo o exposto com o caso das multas referentes à infração de trânsito, detectadas por equipamentos eletrônicos, denominados “pardais”.

Embora incida sobre essas multas forte resistência, sob a forma de recursos administrativos e judiciais, tem-se que o Código de Trânsito Brasileiro permite ao administrador, no exercício de seu poder de polícia, regular a velocidade *considerando* o local e o horário do tráfego.

Portanto, observa-se a legalidade do ato administrativo de polícia que fixa esses limites, posto que ele não malfeire a lei, além de o administrador público, no uso de suas atribuições legais, mormente do poder de polícia, aplicar a razoabilidade e a proporcionalidade à medição da velocidade admitida, sendo esta, frise-se, proveniente de trabalho de técnico do administrador, cuja aferição escapa ao poder judicante, sobretudo na esfera de recursos especiais, que tem tramitado em nossos tribunais, quer pela invasão da matéria fática, quer pela intromissão indevida no âmbito do Administrador.

Ademais, os redutores eletrônicos de velocidade, em regra sob a forma de “pardais” e barreiras eletrônicas,

são frutos da falta de respeito de muitos dos condutores de veículos automotores, que trafegam negligenciando as regras de trânsito e os limites de velocidade, tendo, por conseguinte, gerado a intervenção da Administração Pública, haja vista os alarmantes índices de acidentes de trânsito causados pelo excesso de velocidade, mercê de legitimados pelo Código de Trânsito brasileiro.

A atitude do condutor de veículo em ultrapassar a velocidade estipulada pela Administração, no exercício de seu poder de polícia, o inabilita legalmente a obter, por vias judiciais, o cancelamento da multa por tentar transferir ao Judiciário decisão eminentemente Administrativa.

### 8.11. Polícia administrativa e polícia judiciária

Dentro do estudo do poder de polícia, há uma clássica distinção entre a polícia administrativa e a judiciária, cujas modalidades são bem distinguidas por Hely Lopes Meirelles,<sup>69</sup> quando salienta que a *polícia administrativa* é a que incide sobre *bens, direitos e atividades*, ao passo que a *polícia judiciária* incide sobre as *pessoas*. Assim, o poder de polícia judiciária é privativo dos órgãos auxiliares da Justiça (Ministério Público e polícia em geral), enquanto o poder de polícia administrativa se difunde por todos os órgãos administrativos, de todos os poderes e entidades públicas. Exemplificando: quando a autoridade apreende uma carta de motorista por infração de trânsito, pratica ato de polícia administrativa; quando prende o motorista por infração penal, pratica ato de polícia judiciária.

Ocorre que a primeira diferença que todo mundo enfoca é que a polícia administrativa atua de forma preventiva, mas que hoje em dia perdeu a força, enquanto a polícia judiciária atua de forma repressiva. É evidente que, em princípio, toda atuação da polícia administrativa é preventiva, mas não se nega a ela atuação repressiva. Assim, quando o fiscal da salubridade visita um supermercado,

<sup>67</sup> Nesse sentido, é a correta observação do ilustre administrativista, professor Carvalho Santos: “... à Administração são conferidas prerrogativas que têm o único escopo de atender aos interesses coletivos, não lhe sendo lícito, todavia, atuar em detrimento deste ou daquele indivíduo, a pretexto de buscar aqueles interesses. Se a conduta administrativa é desproporcional, a conclusão inevitável é a de que um ou alguns indivíduos estão sendo prejudicados por excesso de poder, revelando-se ausente o verdadeiro interesse coletivo a ser perseguido e configurando-se, sem dúvida, ilegalidade que merece correção” (*op. cit.*, p. 73).

<sup>68</sup> A respeito do tema, muito oportuna se faz a lição do Dr. Rogério Silva Lima que conclui que: “se o princípio da proporcionalidade fundamenta a valoração entre o meio menos prejudicial (ato administrativo a ser aplicado) e o fim (interesse público aspirado, o bem-estar social), procurando equilibrar ambos, o descompasso entre eles, conseqüentemente, convergirá no abuso de poder, visto o administrador exceder-se nas medidas necessárias que deve tomar para atingir a finalidade pública que lhe foi designada por lei, pois o “poder” que dispõe lhe foi concedido por razão de um dever, ao qual deve seguir à risca, e, se exacerba os limites de cumprimento desse dever, abusou do “poder”, viciando o ato e, assim, levando-o à anulação” (LIMA, Rogério Silva. O princípio da proporcionalidade e o abuso de poder no exercício do poder de polícia administrativa. In: *Revista dos Tribunais*, mar. 2000, p. 7-419).

<sup>69</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 127.

ele vai preventivamente (fazer uma fiscalização), mas, ao encontrar um alimento com data de validade vencida, imediatamente faz a inutilização do alimento impróprio para o consumo, abandonando a atuação preventiva para atuar repressivamente, lavrando o auto de infração bem como o auto de destruição, para dar ampla defesa e contraditório ao dono do supermercado, sob pena de ser um ato arbitrário. Isto quer dizer que não se pode negar à polícia administrativa atuação repressiva, embora seja óbvio que não é essa a sua atividade principal.

Por fim, anote-se, a título de mais uma ilustração, o caso em que o indivíduo construiu uma casa em área pública, de forma irregular e clandestina, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que a edificação em tal circunstância está sujeita a demolição, não tendo o invasor direito à retenção, nem à indenização por eventuais benfeitorias.

Insta ressaltar, mais uma vez, que o caráter da polícia administrativa é eminentemente preventivo e visa a impedir comportamentos nocivos à sociedade. Já a polícia judiciária, que apesar de ser atividade administrativa, age como preparadora da função judicial penal e possui natureza repressiva. Saliente-se, no entanto, que tal distinção não é absoluta, visto que os doutrinadores também têm observado que os agentes da polícia administrativa, às vezes, também agem de forma repressiva e os agentes de segurança de forma preventiva com o intuito de evitar crimes. Então, essa diferença não tem fundamento, porque tanto a polícia administrativa quanto a judiciária, ambas podem ser repressivas ou preventivas.

Polícia Federal, na regra geral, é a de que ela seria uma polícia judiciária, para auxiliar a Justiça Federal no cumprimento de suas decisões, para investigar, cumprir mandados. Mas a Polícia Federal também desempenhará o papel de polícia administrativa, por exemplo, na emissão de passaportes.

Destaca-se, ainda, em relação à diferença entre elas, o fato de que a polícia administrativa é composta de uma só fase administrativa, se exaurindo com esta, e executada por órgãos administrativos na prática de atos preventivos e repressivos.

José Cretella Júnior possui uma denominação própria no tocante às polícias, acrescentando em sua classificação, além da polícia administrativa ou judiciária, a polícia mista. Essa polícia seria aquela realizada por organismos estatais que acumulariam ou exerceriam, “sucessiva ou simultaneamente, as duas funções: a preventiva e a repressiva, como é o caso da polícia brasileira, em que o mesmo órgão (o mesmo agente policial) previne e reprime”.<sup>70</sup>

Pode-se exemplificar essa assertiva com o exemplo de um fiscal de insalubridade que vai a um estabelecimento comercial cumprir uma fiscalização preventiva e, ao chegar lá, depara-se com alimentos com a data de validade vencida ou em más condições de higiene na sua conservação. De certo, fará a imediata apreensão destes e aplicará a multa equivalente ao ilícito. Então, de acordo com o caso, a execução do agente público poderá ser preventiva ou repressiva.

Portanto, no caso da polícia administrativa, verifica-se que muito embora a ação do agente público seja a princípio fiscalizatória, meramente preventiva, nada impede que esta se converta em repressiva, a fim de que seja garantida a salubridade pública.

No que concerne à polícia sanitária, em especial, dispõe o agente público de uma grande discricionariedade quando de sua atuação, eis que o objeto tutelado é a higiene e a saúde da população, e suas atuações envolvem situações de perigo presente ou futuro que lesam ou ameaçam lesar esses bens.

Já a polícia judiciária, por seu turno, embora também seja uma atividade administrativa, é a primeira fase para a função jurisdicional penal e é executada por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), sendo, portanto, preparatória para a repressão.

Quando agentes administrativos estão executando atos de poder de polícia, tais como a fiscalização de um crime, caracterizam-se em atos de poder de polícia judiciária. Eles se dão de forma repressiva, ou seja, preparatória para a repressão, que se dará pelo Poder Judiciário.

Não obstante, pode um policial militar ou civil praticar ato de polícia administrativa preventiva assim como um agente público praticar ato de polícia administrativa repressiva. Exemplificando, o primeiro ao acompanhar uma passeata, e o segundo, ao apreender um alimento estragado.

Da mesma forma ocorre quando a autoridade administrativa se utiliza do poder de polícia para internar compulsoriamente loucos, ébrios e portadores de certas doenças, quando encontrados perambulando em via pública, visto que o poder de polícia é conceituado como o mecanismo de frenagem para conter os abusos do direito individual. Assim, se houver expressa autorização legal, poderá a Administração Pública interná-los, obedecendo, por óbvio, ao procedimento legal, assegurando-lhes o direito de defesa (art. 5º, LV, da CRFB), mas cabendo observar que, em situações de emergência, quando houver perigo maior para sociedade em deixá-los na rua,

<sup>70</sup> CRETILLA JUNIOR, José, *op. cit.*, p. 536.

caso não haja lei que autorize esse procedimento, poderá a Administração Pública, excepcionalmente, dispensar a autorização legal, sempre visando ao interesse público. Por intermédio desse mecanismo, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. Entretanto, se a Administração agir arbitrariamente com excessos (de força, por exemplo), responderá pelos danos causados, conforme reza o art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Quando há uma passeata, por exemplo, quem se faz presente é a polícia militar, que faz polícia de segurança, acompanhada de seu batalhão de choque, para ostensivamente prevenir quaisquer incidentes. Na hipótese de na passeata ocorrer confusão, tumulto, o batalhão de choque entra em ação para que se volte à ordem, ou seja, a polícia militar abandona sua atuação preventiva, que não funcionou, e começa a atuar repressivamente.

Já a polícia judiciária não atua de forma repressiva, mas de forma preparatória para repressão, preparando o inquérito; posto que, na verdade, quem vai reprimir é o Poder Judiciário, por meio da sentença.

Vale lembrar, aqui, que a guarda municipal entra no grupo de polícia administrativa, e quem deixa isto bem claro é o art. 144, § 8º, do Texto Constitucional. A guarda municipal faz polícia de preservação dos bens públicos, tomando conta do logradouro público, dos prédios municipais, assim o fazendo sem poder usar armas.<sup>71</sup>

Dessa forma, para a maior parte da doutrina, a polícia é eclética ou mista, porque o mesmo organismo age preventiva e repressivamente. Essa distinção tradicional de que a polícia administrativa tem caráter preventivo e a judiciária, caráter repressivo, não tem o mínimo fundamento.

Portanto, a distinção atual é a seguinte: a polícia administrativa incide sobre *bens, direitos e atividades*, ou seja, não se pode usar o bem imóvel, por exemplo, senão de acordo com a legislação edilícia do Município; não se pode exercer atividade profissional, se não for de acordo com as normas de ética e de conduta profissional estabelecidas pelos conselhos de fiscalização profissional. Já a polícia judiciária incide sobre *pessoas* diante da ocorrência de ilícito penal.

Também não se pode diferenciar a polícia administrativa da judiciária pelo órgão aplicador, porque a polícia militar, que é polícia de segurança, atua em ambas

as vertentes, ou seja, na administrativa e na judicial: Na administrativa, quando conduz uma passeata de modo que as pessoas não invadam uma área não permitida a ela. A polícia civil só atua na polícia judiciária e não exerce polícia administrativa. Assim sendo, *blitz* de polícia civil não pode ser executada, pois ela não exerce polícia administrativa e sim, apenas, polícia judiciária, a não ser que esteja no curso da investigação policial, dando-se, como exemplo, um sujeito que está se evadindo do local do crime, sendo possível, aí sim, fazer uma *blitz*.

Agora, a polícia federal exerce “ambas” as polícias, tanto a administrativa quanto a judiciária, ao apurar as infrações, por meio do inquérito policial, podendo realizar *blitz* e, inclusive, conter os manifestantes de uma passeata.

Mas, pelo óbvio, refoge a esse trabalho um melhor enfoque à polícia judiciária, uma vez que ela merece ser objeto de estudo detalhado no Direito Processual Penal. A atividade policial que aqui nos cabe abordar é a de polícia administrativa.

## 8.12. Formas de atuação do poder de polícia

Ultimamente, vem sendo colocada a seguinte questão: os momentos do poder de polícia podem ser materializados por pessoas de Direito Privado?

*Afirmar que o poder de polícia não pode ser delegado, por ser uma atividade adstrita à soberania estatal*, e o Estado não poder delegar aquilo que é ligado a sua soberania, trata-se de um posicionamento superado. Nem tudo ligado ao poder de polícia é vinculado à soberania do Estado, ou seja, ao poder de Império, pois existem atividades ligadas ao poder de polícia que correspondem ao de gestão. Por isso, hoje predomina a posição intermediária; isto é, o poder de polícia é parcialmente delegável.

Para se responder a tal questão, conveniente é observarmos, primeiramente, as formas do ato de polícia, que podem ser a escrita ou a verbal, admitindo-se, ainda, a simbólica, como os silvos dos policiais de trânsito, a sinalização do tráfego de veículos e pedestres etc., elencando-se quatro formas de atuação do seu poder, quais sejam: a) ordem de polícia; b) consentimento de polícia; c) fiscalização de polícia; e d) sanção de polícia.

Assim, a ordem de polícia é qualquer norma-princípio da legalidade (reserva da lei), pois só se pode fazer o que está na lei; o consentimento de polícia ocorrerá após

<sup>71</sup> Crettela Júnior entende que: “A polícia administrativa tem por objetivo a manutenção da ordem pública e age *a priori*, preventivamente. Daí receber também os nomes de polícia preventiva ou polícia *a priori*. A polícia administrativa tem por objetivo impedir as infrações das leis antes que as infrações se concretizem. Incumbem-lhe a vigilância, a proteção da sociedade, a manutenção da ordem e tranquilidades públicas, assegurando os direitos individuais e auxiliando a execução dos atos e decisões da Justiça e da Administração. A polícia judiciária, também denominada polícia repressiva, age *a posteriori*, investiga os delitos, mas funciona apenas como auxiliar do Poder Judiciário” (*op. cit.*, p. 265).

a ordem de polícia; a fiscalização de polícia, por sua vez, ocorrerá após as outras duas anteriores; e a sanção de polícia, quando desobedecida a norma.

Então, o *primeiro momento* do exercício do poder de polícia é a *ordem de polícia*, que se consubstancia no princípio da legalidade, ou seja, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei; logo, a ordem de polícia é matéria sujeita a reserva legal e só por lei se pode veicular ordem de polícia. Por isso, as autarquias reguladoras não podem legislar. Um exemplo de ORDEM DE POLÍCIA é quando o Código de Trânsito brasileiro menciona os requisitos para que seja obtida a Carteira Nacional de Habilitação – uma norma genérica e também abstrata, dirigida a todos os casos e também a todas as pessoas, que restringe a liberdade de conduzir um veículo automotor em prol da segurança de terceiros.<sup>72</sup>

Ao lado da ordem de polícia, encontra-se o *segundo momento* do exercício: o *consentimento de polícia*, que se manifesta por autorizações, licenças. Logo, no momento que o Estado emite a carteira de habilitação, está consentindo que o cidadão desempenhe uma atividade sujeita ao seu controle. O Código de Trânsito brasileiro, na parte referente aos requisitos para *emissão* da carteira, é o exemplo de ordem de polícia; a emissão da Carteira de Habilitação é exemplo de CONSENTIMENTO DE POLÍCIA.

O *terceiro momento* é a *fiscalização*, que é a atividade material; ou seja, é o que vai verificar se determinada

atividade está sendo desempenhada de acordo com as normas de polícia. Por exemplo, se os banheiros dos restaurantes encontram-se em perfeitas condições higiênicas; se a edificação do imóvel está sendo realizada segundo o alvará de licença concedido etc.

Finalmente, o quarto e o *último momento* seria a *sanção de polícia*, decorrente da fiscalização que, em síntese, seria a aplicação de multas nos casos de inobservância das normas.

Assim, respondendo à questão, chamamos a atenção a que, simplesmente, não se pode afirmar que o particular não pode exercer o poder de polícia. Se fosse assim, a Guarda Municipal também não poderia exercer poder de polícia no que tange ao patrimônio público, por ser pessoa jurídica de Direito Privado. Portanto, a questão, de suma importância e vital, é, sim, identificar quais os momentos do poder de polícia que podem ser exercidos ou não pela pessoa jurídica de Direito Privado.

O *consentimento* e a *fiscalização* são atividades administrativas delegáveis, bem como as atividades materiais necessárias ao exercício do poder de polícia, pois estão ligadas ao poder de gestão. A vistoria de veículos (fiscalização), por exemplo, pode a Administração Pública exercê-la diretamente, mas, às vezes, por não dispor da tecnologia, do equipamento necessário à verificação dos automóveis, contrata com terceiros as *atividades instrumentais*. E isso não é o poder de polícia que está sendo delegado.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Observe-se a jurisprudência, expedida pelo STJ, no julgamento do RMS nº 19510/GO; Primeira Turma:

Ementa: "Direito Administrativo. Recurso Ordinário em mandado de segurança. Procon. Aplicação de multa no exercício do poder de polícia. Princípio da legalidade. Ausência de tipicidade da infração.

1. O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do poder de polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração.

2. Recurso ordinário provido."

<sup>73</sup> Nesse sentido, esclarecedora a decisão do STJ – REsp. nº 712312/DF; Segunda Turma:

Ementa: "Administrativo. Recurso Especial. Multa de Trânsito. Necessidade de identificação do agente. Auto de infração.

1. Nos termos do art. 280, § 4º, do Código de Trânsito, o agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência. O arresto consignou que toda e qualquer notificação é lavrada por autoridade administrativa.

2. 'Daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita ou em decorrência de um simples contato de prestação. Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de 'credenciamento'. Adilson Dallari, em interessantíssimo estudo recolhe variado exemplário de 'credenciamentos'. É o que sucede, por exemplo, na fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, pertencentes e operados por empresas privadas contratadas pelo Poder Público, que acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto e lhe captam eletronicamente a imagem, registrando dia e momento da ocorrência' MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, p. 726):

3. É descabido exigir-se a presença do agente para lavrar o auto de infração no local e momento em que ocorreu a infração, pois o § 2º do CTB admite como meio para comprovar a ocorrência 'aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual (...) previamente regulamentado pelo CONTRAN.'

4. Não se discutiu sobre a impossibilidade da Administração valer-se de cláusula que estabelece exceção para notificação pessoal da infração para instituir controle eletrônico.

5. Recurso especial improvido."

Quando se trafega em excesso de velocidade, o “par-dal” fotografa (fiscalização), por meio de serviços terceirizados. Ocorre que não é esse terceiro que vai aplicar a multa, apenas encaminhará a infração ao poder concedente para lavrar o auto. Baseando-se naquela informação, que goza de presunção de veracidade – porque os delegatários exercem função administrativa –, o Poder Público vai aplicar a sanção de polícia. A sanção de polícia é *indelegável*, pois é matéria sujeita à reserva coercitiva do Estado. Pressupõe o poder de império para aplicar a sanção. Aqui, no Rio de Janeiro, a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET não aplica multa; ela simplesmente lavra o auto de infração, entrega-o à Prefeitura, que é quem vai notificar o proprietário dos veículos. Repetindo, só pessoas jurídicas de Direito Público, autarquias e fundações públicas de Direito Público, que pressupõem o poder de império do Estado – atividade exclusiva de Estado – podem *multar*. Em São Paulo, o Tribunal já teve a oportunidade de analisar multas aplicadas pela CET-São Paulo – pessoa jurídica de Direito Privado, anulando-as.

Calorosas discussões também envolveram as aplicações de multas a veículos automotores realizadas na cidade do Rio de Janeiro, por guardas municipais, tendo sido, por fim, canceladas por decisão do STJ, com o correto argumento de que a aplicação de multa se constitui eminentemente em poder de polícia, atividade típica de agente público, e que os referidos guardas municipais não poderiam valer-se de poder de polícia para aplicá-las, haja vista serem contratados pela Administração Pública e não agentes desta.

Atendo ainda a essa questão, é de se ressaltar que a polícia de trânsito, atividade-meio da Polícia Militar, é passível de ser delegada, tão somente por via de lei, para pessoa jurídica de Direito Privado.

Não obstante, de acordo com previsão constitucional, a segurança pública é dever do Estado, e “os Municípios poderão constituir guardas municipais destinados à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei” (144, § 8º, da Constituição Federal). Com isso, conclusivo se torna que o Município poderia delegar poder de polícia a guardas municipais que se destinassem à proteção de seus serviços, com previsão em lei, o que pressupõe a criação de empresa pública destinada a esse fim, e o que de fato não ocorreu, mas sim a terceirização desse serviço, descaracterizando-se a soberania estatal.

Cumprе sublinhar que a contrapartida do poder de polícia exercido pela Administração Pública é o dever de fiscalizar as atividades particulares. A falta de fiscalização ou o abuso no exercício do poder de polícia implica a responsabilização da Administração por suas ações ou omissões. A responsabilidade é, por força do § 6º do art. 37, da Constituição Federal, objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa ou dolo, mas tão somente do nexo causal.<sup>74</sup>

Em decisão recente, o STF teve a oportunidade de julgar a ADIn nº 1.717-DF, com os votos do relator Sydney Sanches e do ministro Nelson Jobim, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), contra o art. 58 e seus parágra-

<sup>74</sup> Nesse sentido, transcrevemos:

Ementa: “Prefeitura – Poder de Polícia – Omissão – Caracterização.

A construção de barracos na calçada, em torno do muro de proteção de propriedade do autor, caracteriza omissão da prefeitura no exercício do poder de polícia para impedir a má utilização do bem comum do povo. A omissão abusiva gera o direito subjetivo daquele que é diretamente prejudicado, facultando-lhe a propositura de ação de preceito cominatório para compelir a Prefeitura a desobstruir o bem de uso comum” (TJ-RJ – ApCív. nº 1.548/2006 – 1 CCív.; Rel. Des. Martinho Campos).

Ementa: “Agravо de Instrumento Desprovido. Inexistência de Julgamento *Ultra Petita* Responsabilidade Civil do Estado. O Exercício do Poder de Polícia Não Admite a Livre Disposição, pelo Estado, de Automóvel Ilegalmente Apreendido” (AI nº 45.740/SP; STF; Rel. Min. Amaral Santos).

Ementa: “Administrativo. Civil. Responsabilidade do Estado. Art. 159, CC. Danos Morais.

1 – É lícita a atuação do Estado que, em face de denúncia recebida, prende agentes policiais federais encapuzados no instante em que conduzem motorista de táxi em mala de carro, deixando rastro de sangue, para local deserto, sem que tenham mandado de prisão.

2 – O disfarce utilizado pela autoridade policial presume a inconveniência legal do ato praticado.

3 – É dever do Estado, em qualquer circunstância, atuar com o exercício de seu poder de polícia, para que se cumpram as disposições constitucionais garantidoras da liberdade humana.

4 – Impossível o reexame da prova em sede de recurso especial.

5 – Homenageia-se, em consequência da Súmula nº 7 do STJ, acórdão que, com base no conjunto probatório, entende ter o Estado agido lícitamente ao efetuar a prisão de quem encontrado em flagrante delito.

6 – Só há violação ao art. 535, II, do CPC, quando o acórdão deixa de examinar tema jurídico alegado pela parte, suficiente para alterar ou confirmar o julgado, e que não foi objeto da análise no *decisum* principal.

7 – Recurso não conhecido” (Resp 177.943/RR – STJ; Rel. Min. José Delgado).

fos, da Lei nº 9.649, resultante da conversão em lei da Medida Provisória nº 1.651-42, a qual concedeu medida cautelar de suspensão de dispositivo da Lei nº 9.469, que previa a delegação de poder público para o exercício, em caráter privado, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas mediante autorização legislativa, com o seguinte teor: “O mencionado serviço constitui atividade típica do Estado, envolvendo, também, poder de polícia e punição, insuscetível de delegação a entidades privadas.”

Cumpra observar, porém, que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que não é possível a emissão de multas pela guarda municipal (sociedade de economia mista municipal – Empresa Municipal de Vigilância Municipal), mas o STF, em decisão cautelar, permitiu. O TJ/RJ decidiu assim porque a guarda municipal tem forma de S.A., que visa a lucro. Trata-se de uma questão que não é só jurídica, parecendo-nos mais antiética, tendo em vista que, quanto maior for a aplicação das multas pela S.A., maior será o lucro de seus sócios.

Também oportuna é a seguinte observação: há um acórdão do órgão especial do TJ/RJ, contra esse acórdão. Foi interposto recurso extraordinário perante o STF. A lei que regula o recurso extraordinário e recurso especial diz textualmente que tais recursos não têm efeitos suspensivos. Extraordinariamente, o STF e o STJ admitem concessão de efeito suspensivo, desde que:

- 1ª) O recurso tenha sido admitido pelo Tribunal *a quo*;
- 2ª) seja requerida medida cautelar inominada ao tribunal *ad quem*.

### 8.13. Sanções de polícia

Como visto, o poder de polícia é coercitivo e conta com medidas punitivas indicadas nas diversas leis que o disciplinam. Tais medidas punitivas são as sanções do poder de polícia, que não se confundem com as sanções do poder disciplinar e, muito menos, com as sanções penais. São os elementos de coação e de intimidação, sem o qual o poder de polícia não teria razão de ser; isto é, seria inane, ineficiente. Quem exerce o poder de polícia deve estar aparelhado de meios coercitivos para as hipóteses de desobediência às leis em geral e às ordens da autoridade competente.

Porém, importante se torna deixar bem claro que tais meios devem estar, previamente, indicados na lei específica que discipline a matéria policiada. A sua aplicação deve obedecer estritamente às condições e aos limites estabelecidos na lei, ou seja, sua aplicação consiste no conhecido brocardo do Direito Penal, ou seja, *nullum*

*crimen*. Em outras palavras, é necessária a observância do princípio da legalidade; somente a lei pode instituir as sanções com a indicação das condutas que possam constituir infrações administrativas.

A aplicação de toda e qualquer sanção, por sua vez, depende, para sua validade, que, em processo administrativo regular, ofereça-se ao infrator o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme determina a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV.

Dentre as sanções, citem-se: as formais – cassação de licença, revogação de autorização; as pessoais – quarentena; as reais – apreensão e destruição de gêneros alimentícios deteriorados, apreensão de armas e instrumentos usados na caça e pesca proibidas, guinchamento de veículos; as pecuniárias – multa única e multa diária; impedimentos temporários ou definitivos de exercício de atividades – suspensão de atividades, interdição de atividades, fechamento de estabelecimentos, embargo de obra, demolição de obra, demolição de edificação.

As referidas sanções são executáveis independentemente de autorização judicial, em virtude da autoexecutoriedade dos atos de polícia, devendo, a cada sanção a ser aplicada, estar presente a proporcionalidade entre ela e a infração cometida.

A ação punitiva da Administração Pública Federal direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, prescreve em cinco anos, a contar da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Esse prazo prescricional veio fixado pela Lei nº 9.873, de 23/11/1999 (art. 1ª). Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo prescrito na lei penal (art. 1ª, § 2ª, da mesma Lei).

Interrompe-se a prescrição: I – pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III – pela decisão condenatória recorrível (art. 2ª).

Suspende-se a prescrição durante a vigência: I – dos compromissos de cessação ou de desempenho, previstos nos arts. 53 a 58 da Lei nº 8.884, de 11/06/1994 (defesa da concorrência); II – do termo de compromisso de que trata o § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 07/12/1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 05/05/1997 (mercado de valores mobiliários e atuação punitiva da Comissão de Valores Mobiliários).

O disposto na Lei nº 9.873/1999 não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.

#### 8.14. Meios de execução do poder de polícia

Como a finalidade do poder de polícia, como já visto, é atender ao interesse público, resguardando o bem comum, no seu sentido mais amplo, a Administração, com respaldo legal, pode editar decretos (ato administrativo da competência do chefe do Executivo), regulamentares ou não, resoluções, deliberações (órgãos colegiados), portarias, instruções, despachos, para sua consecução.

O primeiro meio de atuação administrativa se manifesta pelos *atos normativos em geral*, que são aqueles que não têm destinatários determinados, que possuem como características a generalidade, a abstração e a impessoalidade, o que os torna dotados de grande abrangência, daí as limitações serem instituídas por lei. Nessa hipótese, os limites são perpetrados por meio de decretos, regulamentos (como a venda de bebidas nos períodos eleitorais), portarias, resoluções, instruções. O exemplo clássico seria o gabarito dos prédios, ou, então, qualquer ordem de polícia. Ao lado das limitações administrativas, vamos encontrar os regulamentos de execução, os quais são baixados pelo Executivo para regulamentar as leis e disciplinar sua aplicação.

Pode ainda a Administração atuar por meio de *atos concretos*, que, como a própria expressão sugere, são aqueles que têm destinatários determinados, são direcionados a determinados indivíduos devidamente identificados. E, por sua vez, podem ser: *atos sancionatórios*, sendo a multa seu principal exemplo, bem como a interdição de estabelecimentos, a dissolução de passeatas, a destruição de coisas – eles impõem uma sanção de polícia; e os chamados *atos de consentimento*, que basicamente seriam as licenças e as autorizações, que representam uma resposta positiva da Administração à intenção daqueles interessados em exercer determinada atividade que necessite do referido consentimento para ser considerada legítima.

O terceiro meio de exercício do poder de polícia é o chamado *ato de fiscalização* – uma atividade material da Administração, que previne danos decorrentes da ação dos administrados, como é o caso, dentre outros, das visitas dos agentes públicos competentes a restaurantes, bares e lanchonetes, para fiscalizar ou verificar se estão sendo cumpridas as normas necessárias à correta determinação dos atos, no que concerne à higiene, à qualidade dos alimentos postos ao consumo público; a construções, também no que respeita à fiscalização quanto à higiene, segurança, habitabilidade etc.

Nesse contexto, abrimos parêntese para observar que a fiscalização apresenta duplo aspecto, ou seja, o aspecto *preventivo*, quando os agentes administrativos procuram impedir um dano social, e o *repressivo*, que redundará em sanção, se transgredidas as normas de polícia, impondo ao administrado uma obrigação de fazer ou não fazer. Assim sendo, neste último caso decidiu o STJ que:

[...] a construção clandestina em logradouro público está sujeita à demolição, não tendo o invasor de má-fé direito à retenção, nem à indenização pelo Município de eventuais benfeitorias.<sup>75</sup>

Situação similar ocorre com o proprietário do imóvel que nele pretende construir, devendo-se adequar às regras edilícias ou o comerciante industrial, os profissionais liberais desejosos de obter alvará que licencie sua loja, indústria ou escritório, devendo obedecer ao zoneamento, sob pena de repressão.

Portanto, inicialmente, o ato de polícia fiscalizatório é preventivo, uma atividade administrativa corriqueira à concessão de licença, que se encontra na esfera municipal. Se, por exemplo, uma pessoa pretende edificar, terá que elaborar projeto e levá-lo ao órgão administrativo competente, solicitando licença para construir. O administrado tem a faculdade de construir no que é seu, mas só pode fazê-lo em harmonia com os códigos de obras e leis de zoneamento. Nesses dois diplomas é que geralmente se encontram os coeficientes de edificação, a determinação de recuos (limitações administrativas), afastamentos, composição do índice do aproveitamento do solo em relação à área verde.

O fundamento dessas restrições reside na função social da propriedade. O proprietário não pode gozar, dispor, usar, fruir de sua propriedade sem observar a sua função social, estipulada no art. 5º, XXV, da Constituição Federal.

Toda e qualquer obra realizada sem licença ou fora do projeto aprovado é obra clandestina. A autoridade administrativa tem competência para verificar se a obra está sendo realizada de acordo com o projeto licenciado, sob pena de multa ou embargo administrativo (a Administração previne e reprime). Assim, em havendo obra clandestina ou fora da licença, o Município deve provocar o Judiciário, via ação de nunciação de obra nova, com pedido liminar de embargo, se a referida estiver em curso. Estando concluída a obra clandestina, dever-se-á propor ação demolitória.

<sup>75</sup> REsp nº 111.670/PE; Quarta Turma; Rel. Min. César Asfor Rocha.



Como é cediço, o planejamento urbanístico local encontra seu fundamento no art. 30, VIII, da Constituição Federal. Nesse artigo está o reconhecimento exclusivo do Município para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento, controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Esse ordenamento deve ser posto no plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, elevado pela Constituição como instrumento básico da polícia de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º), obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes.

Portanto, é possível a concessão de liminar determinando a concessão à demolição de residência edificada clandestinamente em área, por exemplo, de proteção ambiental, quando o particular foi devidamente notificado e teve a oportunidade de exercer a mais ampla defesa administrativa. A tolerância com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente fará com que, estimulados pelo uso de meios retardatários da execução da liminar demolitória, novas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas em prejuízo de toda a comunidade.

Em se constatando omissão da polícia administrativa de edificações, caberá ação civil pública para responsabilizá-la.<sup>76</sup>

Nesse diapasão, um registro interessante a se fazer é que seria dever da Administração municipal coibir a edificação em morros e encostas. Em registrando omissão, por parte do ente público, responsabiliza-se pelo desmoronamento. A ação da vítima é direta em face da Administração Pública municipal. Mesmo havendo construção fora do projeto licenciado, seria dever da Administração proibir, prevenir tal construção. Assim sendo, o Poder Público não pode se eximir da responsabilidade.

Se a autoridade administrativa, depois de concedida a licença, verificar que há um vício de ilegalidade, a mesma será anulada. Por outro lado, nada impede que a licença seja cassada, quando o particular se desvia do projeto licenciado e aprovado.

Há polêmica quanto ao caráter definitivo do exercício do poder de polícia pela Administração, no tocante à sua revogabilidade ou irrevogabilidade, pois sabemos, perfeitamente, que serão as normas vigentes, no momento da apresentação do projeto, que regularão a concessão da licença, daí a dificuldade de se desfazer a licença quando não há vício de ilegalidade nem desvio na construção.

Suponhamos: se a licença foi devidamente concedida, de acordo com a lei em vigor à época, a mesma poderá ser objeto de anulação ou cassação? Em acontecendo, por exemplo, ao longo da execução do projeto licenciado, uma mudança quanto ao código de obras, passando a determinar que a edificação máxima seja de cinco andares, poderá, tranquilamente, haver revogação da licença, uma vez que nada prevalece em face do interesse público. Contudo, se a revogação ocorre no curso da obra, caberá indenização pelo que já foi gasto pelo administrado.

Há inúmeras decisões do STF mencionando que, se a obra ainda não começou, embora licenciada, revoga-se a licença desde que haja processo administrativo. O Supremo só entende que deve haver indenização quando o particular já fez gastos quanto à própria execução da obra. Os gastos, quanto ao projeto, puro e simples, não são indenizáveis. Há quem entenda que caberia, ao caso enfocado, a cassação expropriatória.

Em face do interesse público, há sempre possibilidade de revogação. Portanto, caso sobrevenha uma nova ordem jurídica, poder-se-á revogar a licença, embora o proprietário, provando que houve prejuízo, um esvaziamento do conteúdo econômico de sua propriedade, poderá ser paga uma indenização.<sup>77</sup>

Convém aqui registrar que se encontra em moda, em concurso público, questão sobre ter ou não a Administração a possibilidade de retirar uma licença, e a maior discussão a esse respeito se refere à licença para edificação.

Assim sendo, como exemplo, tem-se o seguinte caso: em janeiro de 2007, João requereu uma licença para edi-

<sup>76</sup> Ementa: Responsabilidade Civil – Desabamento de Construção – Ação de Indenização Proposta Contra a Construtora, a Prefeitura Municipal e a Seguradora – Responsabilidade da Municipalidade não Arredada pela Alegação de ter sido Erguida sobre Faixa *Non Aedificandi*, Com Violação à Lei, uma vez que lhe Incumbe Aprovar a Planta, Devendo Conhecer a Localização do Imóvel, e Fiscalizar a Obra Até a Expedição do “Habite-se”, no Exercício de seu Poder de Polícia – Condenação Também da Seguradora, Porquanto Tem o Direito-Dever de Fiscalizar o Objeto do Contrato de Seguro, que, na Espécie, Cobre os Riscos da Atividade Econômica, Irrelevante a Culpa da Construtora (TJSP/ RT 651/67).

<sup>77</sup> Ementa: “Recurso Denegado. Agravo Desprovido. Licença para a Exploração de uma Pedreira, no Perímetro Urbano, e Concedida a Título Precário, Pode ser Revogada a Qualquer Momento, Principalmente, em Benefício da Segurança da População, Sem Que a Entidade Concedente Fique Obrigada a Indenizar Pelo Simples Exercício do Poder de Polícia” (AI nº 24.584/SP – STF; Rel. Min. Antônio Villas Boas).

ficar e, por estar seu projeto em conformidade com as posturas municipais, foi-lhe conferida a licença por um período de seis meses. Essa licença para edificar costuma manter um período de validade que está vinculado ao tempo médio em que durará a construção. Em abril do mesmo ano, a legislação de posturas municipais foi modificada, tornando a construção inadequada em face da nova lei. Há duas hipóteses para resolver a questão: na primeira, João já havia iniciado a construção antes da edição da nova lei, enquanto na segunda hipótese, João ainda não a tinha iniciado.

Na primeira hipótese, segundo o Supremo Tribunal Federal e a orientação de Hely Lopes Meirelles, João adquiriu o direito de edificar, ou seja, o direito constante na licença ingressou na esfera patrimonial de João; logo, a nova lei não pode ser capaz de retirar esse direito.

Na segunda hipótese, porém, o entendimento não é unanimidade. A maior parte da jurisprudência e da doutrina sustenta que a nova lei tornou caduca a licença para edificar, ou seja, a licença deixou de ter validade e, por isso, o direito à edificação não teria ingressado no patrimônio de João; ele teria apenas uma expectativa de poder edificar, desde que uma legislação nova não estabelecesse o contrário.

Há, ainda, uma corrente minoritária que defende que, durante o prazo de validade da licença, seu detentor teria assegurado o direito de iniciar a construção, independentemente do conteúdo de lei posterior, tendo o STF um acórdão isolado seguindo essa tese. Contudo, é de se salientar que o mais adequado, em concurso público, é seguir a corrente majoritária.

Anote-se que o direito de propriedade confere ao titular de um bem a perspectiva de gozar, usar e dele dispor, e dentro do conteúdo de uso e gozo, há o direito de edificar. Esse direito advém da propriedade e deverá ser exercido em conformidade com a legislação pertinente ao assunto – posturas municipais (art. 5º, XXII, da CF/1988 c/c arts. 524 e 572, ambos do Código Civil).<sup>78</sup>

Desse modo, a Administração não pode deixar de conferir a licença a essa pessoa. O proprietário tem direito subjetivo de obter a licença, que não pode ser concebida como algo precário, pois há um direito conferido pela lei de postura municipal. Se essa lei for modificada,

haverá uma alteração do conteúdo do direito de propriedade.

Se a legislação nova inviabilizar de tal maneira a utilização econômica do terreno, a doutrina defende que o proprietário poderia fazer jus a uma indenização pelo esgotamento econômico de seu bem.

Se a licença para edificar for conferida, a Administração Pública não pode revogá-la porque se trata de ato vinculado e não discricionário. O ato é vinculado porque a Administração é obrigada a conferir a licença se o requerente preencher todos os requisitos dispostos em lei.

Mas, mesmo assim, se a licença for “revogada” (o que não é correto dizer), estará caracterizada, na realidade, uma desapropriação do direito de construir. Essa hipótese representa um dos poucos casos de desapropriação de um direito, e não de um bem, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello. Cabe, assim, ao titular do direito desapropriado pleitear uma indenização.

Não se pode confundir a “revogação” da licença – ato da administração – com a edição de lei posterior modificando os padrões de construção, que implica na caducidade da licença, caso não iniciada a construção. Trata-se de um tema importante, que costuma ser indagado em provas de concurso.

Curiosa foi a questão inquirida pelo examinador no concurso de ingresso à Procuradoria do Estado. Ei-la: *Pode o Município revogar a licença para edificar concedida à União Federal?*

Resposta sugerida pela banca examinadora: de acordo com a legislação de desapropriação (DL nº 3.365/1941 – art. 2º, § 2º) há um princípio de hierarquia. A União pode desapropriar bens estaduais e municipais, enquanto o Estado pode desapropriar bens municipais. O Município não pode desapropriar bens da União ou do Estado, daí porque inviável a revogação da licença para construir conferida à União, porque tal “revogação” importa, tecnicamente, na desapropriação do direito de construir.

Há, porém, uma discussão muito grande sobre a constitucionalidade do disposto nesse dispositivo da lei de desapropriação porque concederia um tratamento diferenciado aos entes da Federação que, no âmbito interno, devem ser tratados de forma igual. Contudo, o STF já consolidou o entendimento acerca da constitu-

<sup>78</sup> “Art. 5º, XXII (CF/1988). É garantido o direito de propriedade.”

“Art. 524 (CCV). A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente o possua.”

“Art. 572 (CCV). O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e regulamentos administrativos.”

cionalidade de tal dispositivo, em razão da predominância dos interesses. O interesse da União tem um caráter nacional, enquanto dos Estados é regional e dos Municípios local; por isso que, em termos da predominância do interesse público, o da União é mais amplo.

Mas, caso interessante é aquele em que o proprietário de um prédio residencial unifamiliar foi atingido por um incêndio, que o destruiu, com perda da totalidade de seus elementos estruturais, que requereu alvará de licença para sua reconstrução. O Município do Rio de Janeiro negou-lhe o alvará requerido, alegando que o lote onde se situava a edificação está sujeito a afastamento, conforme a legislação edilícia atualmente vigente, e que a reconstrução pretendida se fará parcialmente sobre a área de recuo. O proprietário recorreu da decisão, sustentando que a negação fere seu direito de propriedade, impedindo a recomposição de seu patrimônio, e que o prédio, se reconstruído, ocupará exatamente a área anteriormente ocupada. Ameaçou, inclusive, o Município com a responsabilização por perdas e danos, caso persistisse sua negativa. A autoridade a que é dirigido o recurso solicita a audiência da Procuradoria-Geral. Qual a orientação a ser dada?

Nesse caso, entendem os legisladores da matéria que o loteamento, o desmembramento, o remembramento, a construção, a reforma e a demolição de iniciativa privada, pelo grande dispêndio de recursos e pelo tempo que demandam, não devem ficar sob controle *a posteriori*. Assim, a licença será expedida após a verificação em abstrato do atendimento às prescrições edilícias. No caso, a licença fica subordinada à observância das normas edilícias. É válida, portanto, a argumentação do Município ao negar o alvará de licença para reconstrução do prédio, uma vez que o projeto, atualmente, não preenche os requisitos impostos pela lei vigente. No tocante a essa questão, como o prédio foi destruído pelo incêndio, não há que se falar em definitividade do alvará de licença anterior.

Em certa ocasião, o examinador no concurso de ingresso para o Ministério Público indagou se o alvará de licença, que foi licitamente conferido, mas que se tornou inconveniente, poderia ser revogado. O administrador não pode revogar o alvará de licença porque não há mérito para ser reavaliado. Não pode ser anulado porque foi licitamente conferido; não há ilegalidade. O que fazer?

A solução dada pela maioria da doutrina é a desapropriação do direito, mediante prévia e justa indenização. Desapropria-se o direito de construir, não se tratando de desapropriação do terreno. A Administração não deseja o imóvel; deseja, apenas, paralisar a obra. Na desapropria-

ção, abraça danos emergentes e lucros cessantes. É uma solução onerosa para a Administração. Esse posicionamento é majoritário na doutrina. O consagrado administrativista Diogo Figueiredo fala na cassação expropriatória.

O Supremo Tribunal Federal parte do raciocínio de que, se a obra não tivesse começado, caberia a revogação do alvará de licença com indenização pelos danos emergentes. Essa decisão é muito criticada, pois revoga o ato vinculado e ainda arbitra indenização, incompatível com a revogação, cuja regra é não gerar indenização. Questiona-se, então: e se a obra já começou? Esse entendimento deixa um questionamento em aberto: o que é obra iniciada? Essa pergunta é resolvida pelos Municípios, por meio do plano diretor. Essa decisão do STF tem que ser analisada em cada Município, pois cada qual é que vai tipificar o que é obra iniciada por sua legislação. No Rio de Janeiro, por exemplo, o plano diretor menciona que obra iniciada é aquela na qual as fundações estão concluídas. Então, se as fundações estiverem finalizadas, não caberia mais revogação, pelo entendimento do Supremo. Aí, desapropria-se com indenização.

Fechando-se aquele parêntese, retomamos a análise da atuação da Administração que, como vimos, também pode expedir, no exercício do poder de polícia, atos de consentimento, representados pela licença e a autorização, cujo instrumento formal é normalmente o alvará, embora outros documentos possam formalizar tais atos, como carteiras, declarações, certificados etc., que tenham idêntica finalidade.

A *licença* é ato administrativo *vinculado* pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, possibilita-lhe a realização de atividades ou de fatos materiais, vedados sem tal apreciação. A licença supõe apreciação do Poder Público no tocante ao exercício de direito que o ordenamento reconhece ao interessado; por isso, não pode ser negada quando o requerente atende a todos os requisitos legais para sua obtenção. Logo, se o titular do direito comprova que atende a todas as exigências estabelecidas para a concessão da licença, a Administração Pública é obrigada a conceder a licença. Há o dever da Administração deferir licença-ato vinculado da Administração Pública. Uma vez expedida, traz o pressuposto da definitividade, embora possa estar sujeita a prazo de validade e possa ser anulada ante ilegalidade superveniente. A licença se desfaz, ainda, por cassação, quando o particular descumprir requisitos para o exercício da atividade, e por revogação, se advier motivo de interesse público que exija a não realização da atividade licenciada, cabendo, nesse caso, indenização ao particular.

Já a *autorização* apresenta-se como ato administrativo *discricionário e precário*, pelo qual a Administração consente no exercício de certa atividade; portanto, inexistente direito subjetivo à atividade. Isto porque, no âmbito do poder de polícia, diz respeito ao exercício de atividades cujo livre-exercício pode, em muitos casos, constituir perigo ou dano para a coletividade, mas que não é oportuno impedir de modo absoluto; desde que a Administração Pública esteja convencida de que a atividade pretendida pelo administrado é conciliável com o interesse público, poderá deferi-la. É o caso da autorização para o comércio de fogos e de porte de arma, pois ninguém tem o direito de portar arma, pelo contrário, trata-se de um ilícito. Mas, se alguém pretender portar arma, para isso precisará de uma autorização da autoridade administrativa, que tem a “faculdade de examinar caso a caso as circunstâncias de fato em que o exercício pode se desenvolver, a fim de apreciar a conveniência e a oportunidade da outorga”.<sup>79</sup>

De regra, a autorização se expressa por escrito, de modo explícito. Mas, pode-se cogitar de autorização implícita, no caso em que se exige, para o exercício da atividade, comunicação prévia à autoridade administrativa. A não oposição dessa equivaleria a uma autorização implícita; se a autoridade considerar que há perigo na atividade, manifesta-se, de modo explícito, em sentido contrário. Então, a condição ao exercício da atividade encontra-se na comunicação prévia, como, por exemplo, o direito de reunião, sem armas, pacificamente, em locais abertos, independentemente de autorização, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (art. 5º, XVI, da CRFB).

A esse respeito, temos o seguinte exemplo: um motorista, transportador de cargas de alto valor, teve o seu pedido de concessão de porte de arma negado pelo Delegado Regional de Polícia, devido ao fato de estar respondendo a processo criminal, com base no Decreto nº 2.222/1997 e art. 12 da Portaria nº 101/1996, que determinam a negativa de concessão de porte de arma a quem se encontrar em tal circunstância. Inconformado, o motorista impetrou mandado de segurança, alegando direito líquido e certo para a concessão do porte de arma, dizendo ser imprescindível para o seu trabalho e que, em seu favor, milita o princípio da presunção de inocência, vez que ainda não foi julgado, estando a questão *sub judice*. Nesse caso, veremos que a negativa da concessão do porte de arma não ofende o princípio da presunção de inocência nem tampouco

é arbitrária e ofensiva ao direito líquido e certo, verificando-se os seguintes aspectos:

- 1ª) o ato administrativo que concede o porte de arma é da espécie dos atos negociais, ou seja, aqueles que são praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular. Tal ato é denominado *autorização*, consistindo em um ato precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade ou a utilização de determinados bens particulares, como a arma, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração;
- 2ª) a autorização é o ato administrativo discricionário e precário, pois a Administração pode praticá-lo com liberdade de escolha de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização, decidindo sobre a sua conveniência ou não, podendo negá-lo ao seu talante, como também pode cassá-lo a qualquer momento;
- 3ª) os requisitos para a sua concessão são os previstos no Decreto nº 2.222/1997, que regulamentou a Lei nº 9.437/1997, ou seja, comprovação de idoneidade e de bons antecedentes criminais, não estando o requerente respondendo a inquérito policial ou processo judicial. Frisa-se, todavia, que ainda que cumpridos os requisitos para a concessão, poderá a Administração negar a autorização, com base na sua discricionariedade, haja vista que não há qualquer direito subjetivo do sujeito à obtenção ou a continuidade da autorização.

Destarte, podemos concluir que a negativa de concessão não fere o princípio da presunção de inocência, ao revés, apenas cumpre, em clara homenagem ao princípio norteador da legalidade, o que determina a lei, que condiciona a concessão da autorização a certos requisitos que aquele motorista não preencheu, ressaltando, mais uma vez que, ainda que preenchidos os requisitos, a autorização pode ser negada pela Administração. Quanto ao aspecto de ofensa a direito líquido e certo oriunda da negativa, carece o mesmo de alicerces, posto que, em se tratando de ato administrativo discricionário e precário, não há que se falar em direito líquido e certo à obtenção da autorização, no que se difere substancialmente da licença, já que inexistente qualquer direito subjetivo que garanta a concessão. E, por derradeiro, não é arbitrária tal negativa, vez que norteadora pelo princípio da legalidade.

<sup>79</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 354.

de, e a sua concessão depende da conveniência ou não do Poder Público, sobre o atendimento da pretensão do interessado.

Nesse compasso, atenta-se para a seguinte questão: a natureza jurídica do ato do Poder Público, que permite o motorista dirigir veículos automotores, é licença ou autorização? Se o administrado atender a todas as exigências do Poder Público, pode ter negada sua habilitação? Não, pois é uma licença, um ato de consentimento que o Poder Público tem de cumprir, uma vez atendidos os requisitos legais.

As licenças portam – traduzem – portanto o reconhecimento da Administração Pública de que o titular do direito possui toda a qualificação necessária. A licença, pois, pressupõe a existência de um direito, sendo ele preexistente à licença. Mas o exercício desse direito se dá depois da licença, pois, por si só, a licença não constitui o direito, ela condiciona o seu exercício.

Para autorização, que é um ato de inteira discricção da autoridade administrativa, o mérito só caberá à Administração avaliar. O deferimento da autorização é distinto; a harmonização da atividade com o interesse público poderá ser rompida, sujeitando-se à revogação, a qualquer tempo, sendo ela precária, um ato administrativo unilateral, que não gera indenização, o que não ocorre com a licença, que tem caráter de definitividade.

Se a Administração tiver revogado a autorização, motivada tal atitude, esse motivo vincula seu ato. Mas, caso o motivo alegado não seja verdadeiro, cabe questionamento ao Judiciário.

Cumprе ressaltar que, em se tratando de atividade, pede-se autorização, pois, se o particular age sem ela, ou sem licença, submete-se à face repressiva do poder de polícia, pois estará agindo com ilegalidade e clandestinidade, sendo oportuno observar que as autorizações se aproximam das permissões de uso, que são atos administrativos pelos quais a Administração consente que uma pessoa utilize privativamente um bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado.

O que há de ficar bem destacado é que não se pode confundir licenças e autorizações com alvará. O *alvará* é o principal ato de consentimento de polícia que nós temos; é o *consentimento formal* da Administração com atividades sujeitas à polícia administrativa. É o instrumento, o veículo formal das licenças e autorizações, razão pela qual se pode falar em alvará de licença e alvará de autorização, sem nenhum problema, porque o alvará é o documento, o instrumento formal. Daí, nesse particular, frequente é se deparar, em concurso público,

com a seguinte questão: qual a diferença entre alvará de consentimento (licença) e alvará de autorização.

*Alvará de licença* – é típico ato vinculado. A autoridade administrativa está amarrada na lei, sem margem de escolha. Por exemplo, alvará de licença para construir, encontrado no plano diretor ou em código de obras. Caminha, também, sob o aspecto de ser permanente, porque, uma vez expedido, não pode ser revogado. É o problema que estamos vivendo atualmente com os *apart-hotéis*. O atual prefeito não conseguiu revogar as licenças passadas, pois são atos vinculados e, por isso, não possuem mérito. O decreto revogado possui efeito *ex nunc*, ou seja, daqui para frente, não podendo desfazer o que foi feito.

*Alvará de autorização* – é ato discricionário, constitutivo e precário, revogável a qualquer momento, pois, se um ato é discricionário, possui juízo de valor. É o oposto do alvará de licença porque, lá, o administrado tinha direito, mas, aqui, não o tem, pois pede-se a autorização, e a Administração, querendo, conferirá, por livre-arbítrio. Entretanto, como a Administração usou do juízo de valor, poderá, a qualquer momento, reavaliar o ato, inclusive revogando-o. Essa revogação demonstra que o ato é precário.

Vejamos o exemplo do alvará do porte de arma, que é um alvará de autorização, e não de licença, porque não se tem direito de andar armado. Para andar armado, tem-se que solicitar à Administração, a fim de avaliar a conveniência e a oportunidade de conceder o porte de arma. Assim, por ser a autoridade administrativa concedente, pode revogá-la a hora que achar conveniente, não dando margem ao direito adquirido.

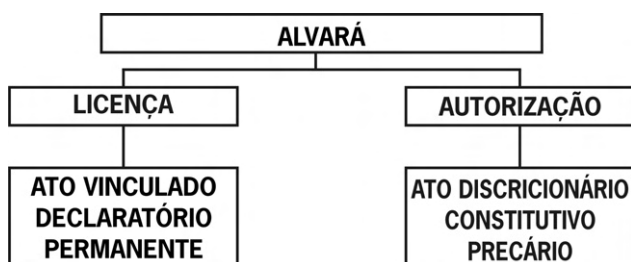
Outro exemplo significativo de alvará de autorização temos no art. 54 da Lei nº 8.884/1994. Esse artigo obriga a empresa, ao fazer uma fusão, incorporação com outras empresas, que são obrigadas a levar essa vontade de fusão ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Ao avaliar essa concentração de mercado, a Administração vai usar do juízo de valor. No § 2º do citado artigo, fala da discricionariedade do Cade, mesmo que a empresa cumpra os requisitos do art. 54, o Poder Público poderá conceder ou não a autorização. Alguns autores dizem que não se trata de uma ação discricionária, mas sim de um conceito jurídico indeterminado. No entanto, é posição majoritária visualizar esse ato como um ato discricionário do Conselho em aceitar a concentração de mercado.

Atividades materiais realizadas pela Administração também expressam o poder de polícia. Na fiscalização incluem-se: a observação (ou vigilância observadora), a

inspeção, a vistoria, os exames laboratoriais. Na imposição de sanções, salientam-se: o fechamento de estabelecimentos (aposição de lacre), a demolição de obra e de edificação, apreensão de mercadorias, guinchamento de veículos.

As autorizações constantes e arroladas na Constituição Federal de 1988 são para a prestação de serviços de utilidade pública, diferentemente da autorização que estamos aqui estudando, constituindo-se objeto do exercício do poder de polícia.

**Esquema:**



#### 8.15. Limites do poder de polícia administrativa

Diz-se que o exercício do poder de polícia deve perseguir os ideais do bem comum, daí sua extensão ser muito ampla, abrangendo desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes, até a segurança nacional em particular.

Partindo-se daí, tem-se que a polícia administrativa está sujeita a limitações, que são demarcadas pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo, assegurados na Constituição da República (art. 5º), por meio de restrições impostas às atividades do indivíduo que afetam a coletividade. Evolutivamente, passamos do absolutismo individual para o relativismo social.

O grande publicista Hely Lopes Meirelles lembra que “a cada restrição de direito individual – expressa ou implícita na norma legal – corresponde equivalente poder de polícia administrativa à Administração Pública, para

torná-la efetiva e fazê-la obedecida”, além de advertir que, sob a invocação do poder de polícia, “não pode a autoridade anular as liberdades fundamentais do indivíduo, asseguradas na Constituição”.<sup>80</sup>

Pelo óbvio, o poder de polícia não é ilimitado. Encontra barreiras ou limites intransponíveis, que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos dos governantes, barreiras ou limites estes que são de três ordens, pelo magistério de José Cretella Júnior: “os direitos dos cidadãos, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis”.<sup>81</sup>

Na expressão “direitos dos cidadãos”, incluem-se os direitos adquiridos e os subjetivos públicos, imunes ao poder de polícia do Estado que, se os atingisse, ultrapassaria a faixa da discricionariedade para configurar a prática da arbitrariedade.

As “prerrogativas individuais” são privilégios que certas pessoas recebem, por parte do Estado, em razão do *status* que ocupam na sociedade, como, por exemplo, os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República, que, quando sujeitos a prisão, antes de condenação definitiva, serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente (art. 295, VII, do Código de Processo Penal).

Quanto à expressão “liberdades públicas”, são estas faculdades de autodeterminação, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares selecionam modos de agir, dentro de limites previamente traçados pelo Poder Público (locomção, manifestação de pensamento, prática de culto religioso).

Essas três barreiras intransponíveis abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra o arbítrio do agente público, e, sendo estas ultrapassadas, vamos ter o ato arbitrário, ato ilegal, configurado no desvio, no abuso ou no excesso de poder.<sup>82</sup>

Os interesses tutelados pelo poder de polícia são aqueles que dizem respeito ao bem-estar da coletividade e, den-

<sup>80</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 129.

<sup>81</sup> CRETILLA JR, *op. cit.*, p. 264.

<sup>82</sup> Observe-se a jurisprudência:

Ementa: Licença para Comerciar. Não há que Confundir Arbítrio com Arbitrariedade; o Comerciante que Desde Muitos Anos Mantém seu Estabelecimento com Permissão da Autoridade, não Pode Tê-lo Inopinadamente Trancado por essa Mesma Autoridade, sem Razão Plausível, Ditada pelo Interesse Público, Desde que Sempre Cumpriu as Exigências Regulamentares (RE 25.981/SP – STF; Rel. Min. Afrânio Costa). Ementa: “O Poder Público Municipal Tutela o Interesse Coletivo e o Particular de Cada Cidadão, Devendo Agir com Equilíbrio; não Pode Arbitrariamente Declarar Abertos ou Fechados Logradouros Públicos, sem Ter, em Devida Conta, os Interesses Particulares Legítimos” (RE 23.621/RN – STF; Rel. Min. Afrânio Costa).

tre outros interesses coletivos, podemos citar: segurança, ordem, tranquilidade, higiene, saúde, valores estéticos, artísticos, históricos e paisagísticos, riquezas naturais, moralidade e economia popular. Daí a razão do poder de polícia, qual seja, o interesse social, verificando-se:

Ementa: Mandado de segurança. Farmácia. Proximidade de duzentos metros de uma já existente. Vedação pela Lei municipal nº 10.991/1991. Inadmissibilidade. Dispositivo que viola os arts. 170; 173, § 4º, da Constituição da República. Serviço farmacêutico de maior relevância que o lucro individual do proprietário. Inconstitucionalidade *incidenter tantum*. Segurança concedida.

Não deve a Municipalidade, sob alegação do exercício do poder de polícia, impedir a instalação de farmácias e drogarias, determinando distâncias mínimas de localização entre umas e outras, sob pena de se sobrepor a interesse individual do proprietário sobre a necessidade social da coletividade (MS 245.899-1, São Paulo, 8ª Câmara Cível, Rel. Felipe Ferreira).

Ementa: recurso extraordinário. Limitação administrativa. Prédio urbano: patrimônio cultural e ambiental do bairro do cosme velho. Decreto municipal 7.046/1987. Competência e legalidade.

1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/1987. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal.

2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC nº 01/1969, art. 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 121.140/RJ, STF, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Com efeito, o Estado Democrático, como o nosso, inspira-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum; cada cidadão cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade, recebendo em troca serviços prestados pelo Estado.

Aliás, há um aspecto puramente didático que começa a chamar a atenção: a existência ou não do poder de polícia impondo uma obrigação de fazer. Isso porque há um posicionamento doutrinário majoritário que defen-

de a tese de que o poder de polícia só impõe uma abstenção, só impõe seu aspecto negativo, tese com a qual não concordamos, até porque o próprio art. 78 do CTN diz que o poder de polícia regula a prática de ato (obrigação de fazer) ou a abstenção de fato (obrigação de não fazer). Assim sendo, pelo citado artigo, fica claro que ele pode impor nas duas formas, verificando-se, como exemplo, o caso do comerciante, que não pode abrir um estabelecimento sem que sejam instalados extintores de incêndio; ele terá que comprá-los e instalá-los. O comerciante, portanto, é obrigado a não deixar de colocá-los; consequentemente, é uma obrigação de fazer.

Há de se observar, no entanto, que a Constituição federal, com o objetivo de defesa das instituições democráticas e do Estado, permite a extensão do poder de polícia, excepcionalmente, quando da decretação do estado de defesa e de sítio.

De acordo com o art. 136, I, da Carta Magna, há a possibilidade de restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicações telegráficas e telefônicas no estado de defesa. Pode haver ainda, no caso de estado de sítio, na forma do art. 139, III, IV e VI, da Lei Maior, além das restrições previstas no estado de defesa, restrições à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão e restrições à inviolabilidade de domicílio.

Conforme nota Araújo Cintra,<sup>83</sup> os atos praticados nessas circunstâncias continuam submetidos ao direito, “o direito da crise”; em qualquer circunstância os direitos fundamentais devem ser respeitados.

Com efeito, a Constituição Federal usa o vocábulo “restrições” e não abolição; e prevê a formação de Comissão de parlamentares para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas (art. 140); prevê, ainda, a responsabilização dos executores e agentes pelos ilícitos cometidos (art. 141).

Assim, para evitar a corrupção, no exercício da fiscalização, a forma que o Direito Administrativo adotou foi a forma escrita, pois, resumindo a termo, o administrado poderá se defender do que foi escrito no auto de uma infração e/ou advertência ou no ato de uma interdição, tanto administrativa como judicialmente, via mandado de segurança ou outra mais adequada.

Quanto a essa matéria, vamos comentá-la com base em uma questão de concurso público para delegado de Polícia Civil, que assim foi formulada: “Nas hipóteses em que o poder de polícia administrativa se expressa através de atos no exercício da competência discricio-

<sup>83</sup> CINTRA, Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1979, p. 46.

nária, quais os limites dessas medidas de polícia, para fins de controle externo da atividade administrativa pelo Poder Judiciário? Responda justificadamente.”

Essa questão é complexa, pois aborda não só poder de polícia, mas fala do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário (Poder Judiciário), que já é ponto importante para seu desenvolvimento, pois já ofereceu a posição, embora seja apenas uma indagação complementar da questão. Isso porque o que na verdade a questão indaga é a atuação administrativa nos limites da lei, querendo saber quais seriam esses limites; o examinador quer saber, portanto, quais *os limites de atuação do poder de polícia* e, sendo esses limites respeitados, como se faz o controle do poder de polícia.

Como já observado, o limite do poder de polícia é a lei, o direito individual. O administrador deve respeito à lei, pelo princípio da legalidade, e ao art. 5º da Constituição, no que tange ao direito individual, sendo esse seu principal limite. E é esse limite que o Poder Judiciário irá controlar.

No caso que se analisa, como a questão traz uma indagação complementar, que é em relação ao controle pelo Poder Judiciário, parece que a questão está apenas voltada ao controle jurisdicional de um ato discricionário; só que essa não é a principal questão. Embora tenha ela que ser abordada, ideal seria responder à indagação dizendo que realmente o poder de polícia tem discricionariedade, mas o ato administrativo está preso aos limites da lei e aos da atuação administrativa; o Judiciário, ao realizar o controle externo, vai se debruçar na legalidade do ato administrativo discricionário, mas sem poder questionar o mérito da decisão administrativa. O princípio da razoabilidade é crucial, onde o Judiciário verifica se a atuação administrativa é adequada.

O motivo é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato de polícia. E o objeto do poder de polícia é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público.

Portanto, é de suma importância ficar consignado que o poder de polícia reside no *condicionamento e restrições, mas jamais na supressão do direito*, porque isso equivaleria, na prática, a uma desapropriação sem prévia indenização. Cite-se, a propósito, o proprietário de terreno de mil e poucos metros quadrados, afetado por uma lei estadual, declarando o imóvel de utilidade pública em virtude de projeto de urbanismo a ser implementado. O proprietário ficará impedido de realizar qualquer construção no respectivo imóvel e tendo negada a licença sistematicamente pela Administração Pública, sob o argumento de que aquele terreno estava adstrito à urba-

nização. Só que, na verdade, o STJ tem entendido que, nesse caso, existe uma inviabilidade do uso da propriedade. Em tese, é uma limitação administrativa, esgotando o conteúdo econômico da propriedade.

Outro caso é aquele em que uma determinada associação de moradores da cidade de Niterói convoca ato contra a cobrança do selo-pedágio, a ser realizado às 17 horas de uma segunda-feira, na Ponte Rio-Niterói. Nesse caso, mesmo tendo sido o Poder Público comunicado do evento, entendemos que a Administração Pública não poderá impedir a realização do protesto contra o aumento do pedágio, por ser até uma garantia constitucional (art. 5º, inciso XVI); poderá, e deverá, porém, em nome do interesse maior da coletividade, determinar a mudança de dia, lugar e horário, assegurando, desse modo, o bem-estar da sociedade. Logo, a Administração Pública, no exercício da polícia administrativa, agirá preventivamente, visando a obstar uma atividade particular que se revele contrastante com o interesse público, isto é, que cause um dano para a coletividade. A realização de uma passeata no dia e hora citados causaria, provavelmente, um dano, uma perturbação à coletividade. A atuação administrativa, na hipótese, funcionaria em relação aos futuros danos advindos do comportamento em questão.

Dessa forma, o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa a proteger. O poder de polícia não tem finalidade de destruir os direitos individuais, mas sim, de assegurar o seu exercício, adequando-o ao bem-estar social. Só poderá restringir um direito individual quando esse entrar em confronto direto com o interesse público, com interesses da coletividade.

A respeito, podemos citar o caso de um governador de Estado que, preocupado com o grande número de autuações ambientais que não estão sendo atendidas por vários estabelecimentos industriais de um subúrbio densamente povoado, por estar sendo pressionado pela opinião pública, que reclama ação mais enérgica em defesa do meio ambiente, determina à empresa estadual de águas que corte pela metade o abastecimento das fábricas, indicadas pela fiscalização como omissas ou remissas no cumprimento daquelas autuações. Inegavelmente, a atitude do governador foi errada e arbitrária, uma vez que, estando as empresas com as contas de água em dia, não poderia determinar o corte do fornecimento desse serviço. Afinal, a legislação ambiental coloca à disposição do Poder Público várias medidas coercitivas que podem ser aplicadas a essas empresas, para que parem de poluir o meio ambiente. Entre estas medidas, temos a multa diária e, até mesmo, a interdição do estabelecimento.



Ilustrando-se, ainda, pode-se ter uma lei municipal restringindo, por exemplo, que os *pitbulls* só podem sair à rua das 23h às 6h, com focinheira. Mas, por outro lado, os mencionados cães não podem ser exterminados, porque isso é *inviabilizar a propriedade*. Portanto, o poder de polícia não pode ir até o ponto de esgotar o conteúdo patrimonial do direito. Seria violar o direito da pessoa. E esse é um detalhe importante: até onde pode ir o poder de polícia.

#### 8.16. Remuneração pelo exercício do poder de polícia

De que forma se vai cobrar pelo exercício de poder de polícia? Por intermédio de taxas ou de tarifas?

A Constituição Federal exige, em seu art. 145, II, a cobrança através de taxas, mediante reserva legal, quando se tratar de serviço, não sendo cabível a cobrança de tarifa, que tem natureza negocial ou contratual.

Vejamos:

*Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*

*II – taxa, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.*

Existe uma discussão na esfera tributária em relação à natureza jurídica em termos de serviços públicos. Mas, em relação ao exercício do poder de polícia, não há dúvida, pois a cobrança se dará mediante tributo da espécie taxa.

Há uma observação interessante: só se pode exigir a cobrança de taxa pelo poder público se houver efetivamente o exercício do poder de polícia. Portanto, seria ilegítima a cobrança de taxa para renovação de licença de estabelecimento comercial ou industrial. Isso é um posicionamento curioso. Paga-se uma taxa quando da obtenção inicial de licença, porque se reconhece que o poder público municipal exerceu o poder de polícia, verificando se aquele estabelecimento cumpriu todos os requisitos legais. No entanto, vários Municípios passaram a exigir uma taxa de renovação de licença de localização. Isso não foi aceito pelo Superior Tribunal de Justiça, não se admitindo a cobrança de taxa, porque não há o que verificar, uma vez que na renovação não precisa mais aferir nada, pois o estabelecimento é o mesmo, está no mesmo local e a atividade é a mesma que inicialmente foi licenciado. Daqui a pouco, a renovação é diária!

O STJ, na Súmula nº 157, pacificou: “É ilegítima a cobrança de taxa, pelo Município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial.”

#### 8.17. Exceção excepcional

A Constituição Federal, com o objetivo de defesa das instituições democráticas e do Estado, permite a extensão do poder de polícia excepcionalmente, quando da decretação do estado de defesa e de sítio.

De acordo com o art. 136, I, da Carta Magna, há a possibilidade de restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicações telegráficas e telefônicas no estado de defesa. Pode haver ainda, no caso de estado de sítio, na forma do art. 139, III, IV e VI da Lei Maior, além das restrições previstas no estado de defesa, restrições à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão e restrições à inviolabilidade de domicílio.

#### 8.18. Características do poder de polícia

##### 8.18.1. Proporcionalidade

Sendo os atos de polícia administrativos, além de se sujeitarem aos mesmos princípios norteadores de tais atos, devendo ter, inclusive, a mesma infraestrutura, estes só serão legítimos se estiverem revestidos de todos os pressupostos de validade, ou seja, em outras palavras, neles devem estar presentes os elementos constitutivos, como a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto, além da *proporcionalidade* entre a medida adotada e o desejo da lei, “sob pena de vício de nulidade do ato de polícia e de responsabilidade de seu autor”, como leciona Diógenes Gasparini.<sup>84</sup>

Portanto, embora não seja uma característica peculiar apenas aos atos de polícia administrativa, a submissão ao princípio da proporcionalidade é de extrema relevância.

O sentido da proporcionalidade, como condição de validade do exercício do poder de polícia, é consequência da necessidade do uso desse poder para que se atinja o interesse público, o que equivale dizer que a arbitrariedade e a coerção não podem ser exercidas pelos agentes da Administração Pública. Dessa forma, o poder de polícia só pode ser exercido na *extensão e intensidade* proporcionais ao que seja demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que está atrelado, sob pena de, caso os meios utilizados serem mais enérgicos do que o necessário à obtenção do resultado

<sup>84</sup> GASPARINI, *op. cit.*, p. 129.

colimado, configurar-se o ato como ilegítimo. Segundo Marcelo Caetano:

O emprego imediato de meios extremos contra ameaças hipotéticas ou mal desenhadas constitui abuso de autoridade. Tem de existir proporcionalidade entre os males a evitar e os meios a empregar para a sua prevenção.<sup>85</sup>

É imperioso, portanto, o respeito à proporcionalidade entre a medida escolhida e a finalidade da lei que determina a execução de tal medida, uma relação de equilíbrio entre os *meios* e os *fins* da atividade administrativa, daí a doutrina mais autorizada ter erigido a proporcionalidade à categoria de princípio necessário à legitimidade do ato de polícia. Como realça Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da proporcionalidade representa uma *faceta da razoabilidade*, que impõe à Administração cautela na sua atuação, devendo observar critérios aceitáveis sob a ótica racional, atribuindo à sua conduta prudência e sensatez, até porque uma conduta desarrazoada não condiz com a finalidade da lei, pois é por meio dela que se obtém a medida ideal que atende de modo perfeito a finalidade pretendida, ou seja, o poder de polícia não deve ir além do necessário à satisfação do interesse público.

Quando há inobservância desse princípio, o qual está vinculado, inicialmente, à própria ideia do Estado Democrático de Direito, incorre o agente administrativo em abuso de poder. Assim, a decisão da Administração que for “desproporcional”, no que se refere a qualquer de seus elementos valorativos, deve ser considerada ilegal e, por via de consequência, ser anulada; sendo cabível, no caso concreto, o administrado valer-se, para resguardar seus direitos, do *habeas corpus* e do mandado de segurança, quando o ato atingir o exercício de uma liberdade ou o uso, gozo e disposição de uma propriedade, respectivamente. A medida utilizada deve ser, portanto, o único meio eficaz para alcançar a finalidade pretendida e não pode ser exercida de modo excessivo, com rigor maior que o necessário. O princípio da

proporcionalidade caminha no mesmo compasso que os princípios da supremacia do interesse público, da legalidade, da finalidade e da razoabilidade.

Exemplo elucidativo de ofensa ao princípio da proporcionalidade é o de reunião desautorizada pela lei, que, embora pacífica, é dissolvida com o uso da violência.<sup>86</sup>

Assim, quando o servidor público, no exercício de sua fiscalização, encontra uma irregularidade, ele irá avaliar qual a gravidade da infração para escolher uma sanção proporcional. Dessa forma, fica evidente que a lei não pode prever todo e qualquer tipo de sanção e, por tal motivo, dá ao administrador margem discricionária, usando o juízo de valor diante da infração, a fim de impor a sanção adequada.

A esse respeito, reporta-se àquela passeata dos taxistas que, interditando e engessando o trânsito da Cidade do Rio de Janeiro, causaram o caos por terem abandonado os táxis em via de maior fluxo de trânsito da cidade. A Secretaria de Trânsito, à época, ao ser perguntada por um repórter sobre a violência empregada para retirar os veículos do local – quando foram quebrados os vidros para que os mesmos fossem rebocados –, informou que estava agindo com discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

De fato, no tocante às sanções de polícia, a maioria da doutrina trabalha com os elementos da discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade (com proporcionalidade), que são atributos característicos do poder de polícia. Tais características possibilitam que a autoridade administrativa possa aplicar a sanção imediatamente, como foi no caso de algumas marquises de edifícios de Copacabana, que estavam caindo, expondo a vida dos pedestres que ali transitavam. O Poder Público, utilizando da discricionariedade, executoriedade e coercibilidade, interditou o local (defesa civil) e demoliu as marquises, que foram condenadas em laudo pericial.

<sup>85</sup> CAETANO, *op. cit.*, p. 1.159.

<sup>86</sup> Neste sentido, temos:

Ato Administrativo. Poder de Polícia. Apreensão de Mercadorias Destinadas ao Comércio Ambulante. Inadmissibilidade. Existência de Licença Para o Exercício em Lugar Diverso. Medida Aplicável que Seria a de Remoção. Coerção Ilegítima. Decisão Mantida. Recurso não Provido (AC nº 174.724-1/SP; Rel. P. Costa Manso).

A atuação da Administração Pública, no exercício do poder de polícia, ou seja, pronta e imediata, há de ficar restrita aos atos indispensáveis à eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade. Extravassando a simples correção do quadro que a ensejou, a ponto de alcançar a imposição de pena, indispensável é que seja precedida da instauração de processo administrativo, no qual se assegure ao interessado o contraditório e, portanto, o direito de *defesa*, nos moldes do inciso LV do art. 5º da CF. Não subsiste decisão administrativa que, sem observância do rito imposto constitucionalmente, implique a imposição de pena de suspensão, projetada no tempo, obstaculizando o desenvolvimento do trabalho de taxista (RE nº 153540-7/SP – STF; Rel. Min. Marco Aurélio).

### 8.18.2. Discrecionalidade ou vinculação?

O poder de polícia, na maioria dos casos, é exercido sobre o impulso do poder discricionário. Ao editar a norma jurídica sobre matéria sujeita ao poder de polícia, o legislador nem sempre tem condições de regradar, de maneira explícita e objetiva, o comportamento do agente público ante a situação concreta. Nesses casos, que são a maioria, ao agente é conferida, pela lei, liberdade discricionária para, de acordo com a conveniência ou oportunidade, optar pela atuação da polícia administrativa. Desse modo, a fiscalização do comércio de gêneros alimentícios ou da pesca, por exemplo, é feita de acordo com a escolha, meios e condições estabelecidos pelo órgão ou entidade encarregado do mister.

A Administração Pública deve, então, no exercício dessa faculdade discricionária, estabelecer a periodicidade e a extensão do exercício do poder de polícia, levando em consideração vários fatores, mas que, dentre eles, o mais importante é o interesse público. Contudo, a discrecionalidade não é absoluta; a liberdade do agente cinge-se a motivos e finalidade de acordo com a vontade da lei, ainda que implícitos.

Portanto, o atributo da *discrecionalidade* se traduz na *livre-escolha*, pela Administração, da oportunidade de atuar, com base em *conveniência e oportunidade*, sobre o momento de seu exercício e a sanção que será aplicada, cujos meios devem ser conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público, com observância do princípio da razoabilidade, da proporcionalidade. Consequentemente, não se pode interditar um supermercado por estar vendendo uma maçã podre. Não se pode utilizar da competência administrativa para aplicar sanção de medida maior do que aquela necessária ao atendimento do interesse público, no caso concreto. A discrecionalidade do poder de polícia reside no uso da liberdade legal da valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores.

Existem casos, entretanto, em que o comportamento do agente encarregado do poder de polícia vem regradado na lei que disciplina a matéria. Nesses casos, não há escolha. O agente está jungido à conduta prescrita na lei. É exemplo dessa vinculação a polícia que cuida da postura relativa à construção, instrumento materializador da licença para

construir, de competência do Município, que é obrigatória, se o interessado atender às condições e às exigências emanadas da lei e do regulamento. Nessa hipótese, o poder de polícia é *vinculado* ou regradado. O agente não encontra espaço para escolha. Portanto, nem sempre o poder de polícia é discricionário, pois em algumas hipóteses ele é vinculado, como o exemplo clássico das licenças.

O que não se pode deixar de observar é que, se o fim de qualquer ato administrativo é atender ao interesse coletivo, no caso do ato vinculado tal interesse já foi fixado previamente pelo legislador, condicionando de forma precisa a futura conduta do agente administrador. Se ele, no uso do poder discricionário de que dispõe, deixa de atender ao fim legal a que está inexoravelmente ligado, está patente que exorbita do poder que a lei lhe conferiu. Portanto, discrecionalidade não significa arbitrariedade, pois aquela trata da margem de liberdade que tem o administrador, dentro dos limites legais, de poder agir ou não agir, ao passo que essa última representa uma ação, por ele praticada, que está fora ou exorbitante das normas legais, verificando-se o abuso ou desvio de poder, que fere os direitos individuais.

A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social.<sup>87</sup>

Mister ressaltar que a Administração Pública há de conduzir-se com razoabilidade quando da prática de atos de poder de polícia discricionário, a fim de que estes não ultrapassem a legitimidade da atuação administrativa. Será, portanto, a razoabilidade o limite dessa atuação.

Serão vinculados esses atos quando a lei que os regula estabelecer o modo e a forma de sua realização. Agindo o administrador de forma contrária, torná-los-ão inválidos, por não estarem de acordo com o ordenamento jurídico que os norteia.

A discrecionalidade do administrador é fato rotineiro em suas funções. Ele deverá avaliar a situação, usar o bom senso e agir com observância ao princípio da supremacia do interesse público. Por exemplo, quando ele manda instalar semáforos em uma determinada rua da cidade, ele usou sua discrecionalidade para justificar por que deveria colocar ali e não em outro lugar.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> São de Seabra Fagundes as conceituadas palavras sobre a discrecionalidade do poder de polícia: "Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade, à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem estar sociais" (FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 306).

<sup>88</sup> Diógenes Gasparini ensina com precisão que: "A atividade de polícia ora é discricionária, a exemplo do que ocorre quando a Administração Pública outorga a alguém autorização para portar arma de fogo (porte de arma), ora é vinculada nos moldes do que acontece quando a Administração Pública licencia uma construção (alvará ou licença de construção). O certo, então, é dizer que tal atribuição se efetiva por atos administrativos expedidos através do exercício de uma competência às vezes vinculada, às vezes discricionária (*op. cit.*, p. 118).

Tem-se ainda nesse sentido o professor Carvalho Santos que diz que “a matéria tem de ser examinada à luz do enfoque a ser dado à atuação administrativa”.<sup>89</sup>

A discricionariedade, como é cediço, nada mais é do que a livre-escolha da Administração por meio dos critérios de oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, adotando os meios necessários para atingir um fim maior que é o interesse público.

Deve-se ter em mente que a discricionariedade é um ato legítimo, devendo ser realizado dentro dos termos legais, bem como que a autoridade competente atue de acordo com as opções de que dispõe.<sup>90</sup>

Vale ainda salientar que a discricionariedade não deve ser confundida com a arbitrariedade. A discricionariedade nada mais é que uma liberdade de atuar dentro dos limites normativos existentes, e será legítima e válida, enquanto a arbitrariedade é uma atuação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder, sendo que esse será nulo por ser sempre ilegítima e inválida.

Por oportuno, menciona-se que a doutrina atual vem-se manifestando quanto à necessidade de controle dos atos de polícia pelo poder Judiciário objetivando evitar excessos. No entanto, não pode o Judiciário agir como substituto do poder Executivo, ou ocorrerá uma invasão nas funções constitucionais.

### 8.18.3. Autoexecutoriedade

Desde o momento de sua expedição, os atos de polícia se revestem de executoriedade, que é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado ao cumprimento da obrigação que impõe e exigiu, com a característica de que não precisa buscar, previamente, as vias judiciais. Então, quando a Administração apreende bens, interdita um estabelecimento e destrói os alimentos nocivos ao consumo público, ela o faz com base na prerrogativa da *autoexecutoriedade* que, segundo a corrente clássica, é a possibilidade de a Administração *decidir e fazer atuar as suas decisões por seus próprios meios*, independentemente de título judicial, assegurados o contraditório e a ampla defesa, ressalvados nos casos de urgência e flagrância, hipótese em que se lavra o auto de infração. Poderá, então, a Administração empregar meios diretos de coerção,

compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se, inclusive, da força, se necessário. Esse atributo, que é próprio de todos os atos administrativos, possibilita que a atividade do poder de polícia, os atos de polícia administrativa, seja executada imediata e diretamente sem prévia apreciação judicial, mas cabendo observar que, como os atos de polícia são atos administrativos, estão sujeitos a todos os princípios e atributos norteadores dessa espécie de atos jurídicos.

Aliás, o STF já decidiu que a Administração pode executar diretamente os atos emanados de seu poder de polícia sem utilizar-se da via cominatória, que é posta à sua disposição em caráter facultativo. Nem se opõe a essa conclusão o disposto nos arts. 287, 934 e 936 do CPC, uma vez que o pedido cominatório concedido ao Poder Público é simples faculdade para o acerto judicial prévio dos atos resistidos pelo particular, se assim o desejar a Administração.

Podemos deduzir que os atos providos de autoexecutoriedade visam a evitar o dano social, que sobreviria sem a medida preventiva, tais como: destruição de alimentos impróprios para o consumo público, requisições de bens para socorrer a perigo público iminente etc.

No Direito Público, a autoexecutoriedade é a regra geral, mesmo quando não expressamente prevista no ordenamento jurídico. No entanto, no Direito Privado, é exceção, porque só é admissível diante de expressa previsão da lei, como nos atos praticados em legítima defesa ou estado de necessidade, destruição de coisa alheia para remover perigo iminente, desforço possessório, direito de vizinhança (corte de galhos e raízes pelo proprietário do terreno invadido).

Por outro lado, os direitos e garantias fundamentais, previstos na Lei Magna, são desprovidos de autoexecutoriedade

Assim, a interdição de um hotel que explore o lenocínio pode se dar independentemente de mandado judicial. O mesmo se diz da apreensão de alimentos deteriorados ou insalubres, do fechamento de estabelecimento comercial que não atenda às exigências do código sanitário e que não tenha atendido às intimações administrativas, da interdição de imóvel que não atenda às normas de segurança etc.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.*, p.69.

<sup>90</sup> Hely Lopes Meirelles salienta que: “No uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores é que reside a discricionariedade do poder de polícia, mas mesmo assim a sanção deve guardar correspondência e proporcionalidade com a infração” (*op. cit.*, p.120).

<sup>91</sup> Nesse sentido, esclarecedoras as seguintes decisões judiciais:

Ementa: “Estabelecimento Comercial. Lacração. Funcionamento Irregular. Empresa que não Atendeu às Várias Notificações que lhe Foram Dirigidas por Perturbar o Sossego Alheio com suas Atividades Musicais. Procedimento Administrativo Regular, com Observância do Direito da Defesa. Exercício do Poder de Polícia Municipal. Mandado de Segurança Denegado (TJSP, RT 656/83).

Ementa: Interdição de Prédio. Caráter Satisfativo. Tutela Jurisdicional Invocada pela Administração Municipal. Inadmissibilidade. Possibilidade de Imposição pela Própria Municipalidade, no Exercício do Poder de Polícia Administrativa. Intervenção do Judiciário Inadmissível. *Periculum In Mora* e *Fumus Boni Iuris* Inexistentes. Carência de Ação. Embargos Rejeitados” (JTJ 145/237).

O contraditório e a ampla defesa jamais podem ser abolidos, mas eles podem ser postergados naqueles casos de urgência e flagrância que justifiquem essa postergação. Nessas hipóteses, o que se deve fazer é lavrar o auto de infração e assegurar o contraditório *a posteriori*. É como acontece, por exemplo, com a secretaria de fiscalização de guardas municipais em que a Administração Pública utiliza o famoso “rapa”. O “rapa” é autoexecutorio, por quê? Porque existe uma situação de urgência. Posteriormente, lavra-se o auto de infração, discrimina-se cada bem que está sendo apreendido e dá-se o auto de infração para o camelô, a fim de possibilitar-lhe o contraditório e a ampla defesa.

Cumpra sublinhar que a autoexecutoriedade não se confunde com a arbitrariedade, pois ela será legítima apenas quando expressamente autorizada por lei, ou quando a urgência da situação possa necessitar de uma atitude imediata para a defesa do interesse público, ou, ainda, quando inexistir outra via assecuratória do interesse público.<sup>92</sup>

O ordenamento jurídico garante ao administrado que se achar lesado por medida dessa espécie, entendendo-a em desconformidade com a lei, o socorro da via judicial do mandado de segurança ou do *habeas corpus*, ou mesmo de outra ação apropriada.

A moderna doutrina divide a autoexecutoriedade em dois princípios: exigibilidade e executoriedade.

A *exigibilidade* é o poder que tem a Administração de tomar *decisões executórias*, obrigando o particular a cumprir uma obrigação, independentemente de sua concordância, ou mesmo contra a sua vontade. Pode ser, por exemplo, uma situação de um imóvel que esteja em estado precário de condições e sem segurança ao público. A Administração Pública lavra, então, um auto de infração e determina que o particular promova as obras de restauração, num prazo de 45 dias, por exemplo, sob pena de multa diária no valor de “x”. O particular está obrigado a fazer isso e, se por acaso, quiser se insurgir contra essa decisão executória, que é exigível dele, terá que ir ao Judiciário para tentar anular aquele ato e demonstrar que tal imóvel está em perfeitas condições, podendo ser utilizado sem nenhum problema.

Na exigibilidade, a Administração se vale de *meios indiretos de coação*, cujo exemplo principal é a *multa*, um meio indireto de obrigar o indivíduo a fazer alguma coisa sob pena de multa, como no caso da impossibilidade de licenciamento de veículos sem o prévio pagamento das infrações, o que vem sendo muito questionado no Judiciário, posto que se tem entendido que isto é um meio draconiano de cobrança, porque a Administração Pública tem os meios próprios de cobrá-las, até mesmo com a penhora do veículo, se for o caso. Daí, recentemente, uma associação entrou com uma ação civil pública pleiteando justamente que não fosse negada a uma empresa de táxis o licenciamento e o emplacamento de seus veículos sem o prévio pagamento das multas, tendo o juiz concedido a liminar.

A respeito, o juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, Gabriel de Oliveira Zéfiro, determinou que o Detran realize a vistoria nos veículos da empresa de ônibus Rio Ita Ltda., independentemente do pagamento de multa de trânsito, isso porque a empresa entrou com mandado de segurança em vista de o Detran ter condicionado a realização da vistoria obrigatória anual dos seus veículos ao pagamento das multas; na sentença, o juiz tornou definitiva a liminar concedida e acolheu parecer do Ministério Público, que concedeu a segurança.

Vale frisar, contudo, que há Tribunal de Justiça interpretando a hipótese mencionada em sentido diverso, alegando que isso equivaleria a uma grave lesão à ordem econômica e que, pelo menos em juízo de derivação, é possível impedir o licenciamento de veículos sem prévio pagamento de multas, embora isso tenha sido proferido em sede de suspensão de segurança, onde não é um juízo de Direito, mas um juízo político. Então, essa decisão não serve como parâmetro, pois há várias decisões de vários tribunais estaduais dizendo que isso é inconstitucional, que não se pode, por meio do poder de polícia, inviabilizar o uso da propriedade, uma vez que a essência desse poder é para condicionar e restringir, jamais para inviabilizar.

Com efeito, não se pode impedir o uso da propriedade pelo não pagamento de tributos ou multas. Os tri-

<sup>92</sup> Com esse mesmo entendimento:

Ementa: “Estabelecimento Comercial. Fechamento Compulsório. Inadmissibilidade. Ausência de Motivação Adequada. Poder de Polícia Extrapolado. Direito de Defesa não Assegurado. Sentença Confirmada” (JTJ, 125/107).

Ementa: “Mandado de Segurança. Ato Administrativo – Retenção Ilegal de Veículos e Documentos Após o Pagamento das Multas. Inadmissibilidade. Violação ao Direito de Propriedade. Segurança Concedida. Recurso não Provido.

O poder de polícia não é ilimitado, porque enquanto visa ao interesse social, se o lesar, encontra na lesão a barreira e o seu limite” (AC nº 194.199-1/SP; Rel. Villa da Costa).

bunais do nosso país entendem que não se pode pressionar, ou coibir, compelir o particular ao pagamento da multa mediante arrecadação de mercadorias, que era o que acontecia, com muita frequência, quando veículos eram apreendidos por estarem trafegando com o IPVA vencido, e isso o Supremo refutou.

O Detran não pode apreender veículos pelo não pagamento de multas ou IPVA, porque seria a mesma coisa caso a prefeitura retirasse o imóvel daquele proprietário que não pagou o IPTU. Há meios de cobrar a multa, e a cobrança só pode ser ultimada pelo Judiciário. A maneira correta é cobrá-la judicialmente e, se a empresa não pagar, o Estado pode cassar a concessão do serviço de transporte ou penhorar os veículos. A Administração pode impor a multa, mas não pode executá-la diretamente. Diferentemente, se os ônibus estão sem freio, ou com os pneus gastos (carecas), por exemplo, o Detran deve fazer o laudo de vistoria e apreender os veículos que não têm condições de trafegar. É óbvio que, se os veículos vistoriados não estiverem aptos a circular, a decisão não impede a apreensão conforme disposição legal do atual Código de Trânsito.

#### 8.18.4. Coercibilidade

O terceiro atributo do poder de polícia é a chamada *coercibilidade* que, no dizer sempre adotado de Hely Lopes Meirelles, é “a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração no exercício do poder de polícia”.<sup>93</sup> De fato, todo ato de polícia é imperativo, isto é, obrigatório para o seu destinatário, admitindo-se até o emprego da força pública para seu cumprimento, quando este opõe resistência. Não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-los efetivos, e essa coerção também independe de autorização judicial; é a própria Administração que determina e faz executar as medidas de força que se tornarem necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa. Portanto, a coercibilidade é a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração. Justifica-se o emprego da força física quando houver oposição do infrator.

Nos casos em que a força física exceder os limites da razoabilidade e for aplicado com violência desproporcional, caracterizar-se-ão o excesso de poder e o abuso de autoridade e serão passíveis de reparação e consequente punição dos agentes que a excederam. Daí esta-

rem os atos de poder de polícia submissos ao princípio da proporcionalidade.

Portanto, o ato de polícia não é facultativo para o administrado, de vez que todo ato de polícia tem a coercibilidade estatal para efetivá-lo. E, dado o atributo da autoexecutoriedade, como visto, essa coerção independe de autorização do Poder Judiciário, pois é a própria Administração Pública que decide e toma as providências cabíveis para a realização do que decidiu, removendo os eventuais obstáculos que o administrado oponha, inclusive, para isso, aplicando as medidas punitivas que a lei indique.

Dentro da matéria de atributos, abrimos parêntese para fazer uma observação importante, visando à boa compreensão da matéria, tratando-se de uma característica que, embora não seja elencada pela doutrina como um atributo do poder de polícia, particularmente consideramos a principal, que é a *atividade negativa* do poder de polícia.

Para iniciar essa abordagem, fazemos a seguinte indagação: o que vai diferenciar o poder de polícia de outras atividades, muito parecidas com o poder de polícia? A título de ilustração, vamos imaginar uma servidão administrativa de energia elétrica. Isso tem base no poder de polícia? Se está restringindo a minha propriedade em prol do interesse coletivo, então, em tese, sim. Ocorre que, na verdade, a resposta é não, não tem base no poder de polícia, a começar porque o poder de polícia é uma coisa genérica, que incide sobre todos.

Numa prova oral da Magistratura, o examinador questionou se a punição decorrente de um contrato administrativo era decorrência do poder de polícia. Trata-se de uma questão um pouco complicada, mas que, se bem interpretada, chega-se à conclusão de que não, porque o poder de polícia, como anteriormente dissemos, é aquele que incide genericamente sobre todos. Então, sempre que tivermos uma relação particularizada não há poder de polícia. O poder de polícia baseia-se num vínculo geral e todos estarão submetidos àquela fiscalização. É lógico que depois que se chega a uma infração de trânsito, como passar o sinal vermelho, por exemplo, existe individualização, e quem a individualizou foi o proprietário do veículo, mas tendo, como substrato, uma norma geral. Toda vez que houver uma situação especial, a exemplo do contrato administrativo, não há que se falar em polícia administrativa.

E no caso das limitações administrativas? O gabarito, o recuo ou afastamento são disposições de caráter

<sup>93</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 134.

genérico, impedindo o proprietário de construir numa área acima de tantos andares, na orla do Leblon, por exemplo. Todos, estando naquela determinada situação, estão jungidos por aquela limitação administrativa, que tem caráter genérico, abstrato e impessoal. No entanto, poder-se-ia argumentar contrariamente, pelo fato estar circunscrito aos moradores do Leblon. Mas, nesse caso, é norma geral e não específica, ou seja, é para todos aqueles que tenham imóveis no Leblon.

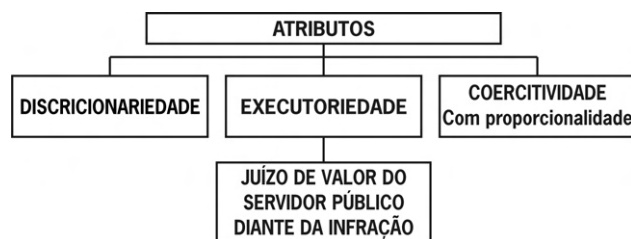
Voltando-se àquela questão da servidão administrativa, seria poder de polícia, ao tolerar a passagem de uma linha de transmissão de energia elétrica por um determinado terreno? Não. Não envolve o poder de polícia por dois motivos. Primeiro, porque existe uma relação particular entre sujeito e o Poder Público; depois, porque *não é um não fazer* (é um tolerar que se faça alguma coisa, tolerar a passagem). Não sendo um não fazer, não é poder de polícia. Existem raríssimas servidões administrativas que impõem até obrigações negativas, como aquelas que se estabelecem em torno de aeroportos, em que não se pode construir acima de determinada altura. Mas, a regra geral é essa: o poder de polícia é sempre uma abstenção, um não fazer por parte do particular, salvo aquelas hipóteses constitucionais (de parcelamento, edificação compulsórios), em que o poder de polícia tem aspecto positivo.

Assim sendo, por intermédio da polícia administrativa sempre se tem um não fazer, sob pena de multa. Ainda que, aparentemente, imponha a Administração uma prestação positiva, a exemplo da instalação de extintores como condição de licenciamento, não é essa a atividade efetivamente querida pela Administração. O que se quer, na verdade, é que aquela atividade privada não ponha em risco a população; gira, portanto, em torno de um não fazer, apesar de que uma corrente minoritária de autores não entenda dessa forma.

Ressalte-se, entretanto, que há uma exceção em que o poder de polícia é uma atividade positiva, contida no art. 182, § 4º, III, da CF, com respaldo na Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade –, quando o Poder Público faz imposições para que o particular use a sua propriedade de acordo com a sua função social. Seria, por exemplo, o parcelamento e edificação compulsórios do solo urbano improdutivo, previstos na Constituição e no Estatuto da Cidade. O Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, poderá exigir do proprietário no solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, de parcelamento ou edificações compulsórios, bem como o aumento do

IPTU progressivo no tempo. Nesse caso, não é poder de polícia, mas é poder tributário com natureza de sanção e, até mesmo, em último caso, a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, resgatáveis no prazo de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas. Logo, o ordenamento jurídico determina alguém fazer alguma coisa, tendo em vista o interesse coletivo, não se tratando de uma atividade negativa.

#### Esquema



#### 8.19. Âmbito de incidência do poder de polícia

As várias espécies de poder de polícia se distribuem segundo vários critérios, entre os quais os ditados pela conveniência da organização administrativa. Assim, o tratamento que se segue tem valor meramente exemplificativo.

Na polícia de costumes, a liberdade individual só é protegida até o ponto em que práticas corruptas e viciosas possam afetar a sociedade. Está-se no vestibulo da criminalidade; os vícios, a condescendência irresponsável e a corrupção dos costumes a predis põem, mas o Estado não deve, de braços cruzados, aguardar o pior. Antes, cabe-lhe policiar aquelas atividades que afetem, pelo exemplo, e destruam, tão só pela prática, o vigor moral de uma sociedade.

Essas limitações incidem sobre uma extensa lista de males sociais, com regulamentação destinada à prevenção e repressão, em nível administrativo, do alcoolismo, da pornografia, do decoro no trajar, na linguagem e nos gestos da mendicância, do uso de estupefacientes, da perversão sexual, do proxenetismo, da vadiagem, da crueldade contra animais, do vandalismo etc.

Entre os instrumentos de que dispõe a Administração para sua ação moralizante, contam-se a censura, a interdição de locais, a cassação de licença e a vigilância, esta última, a mais eficiente forma de prevenção.

A competência, em tema de estrito poder de polícia administrativa, é, dos três graus federativos, notadamente da autoridade municipal, dada a correntia predominância dos interesses públicos locais.

O direito à comunicação é um desses direitos preexistentes ao Estado e até à própria civilização, uma

vez que ela mesma é seu principal fator de aculturação. Erige-se, portanto, como atributo da pessoa humana e condição de liberdade.

O Texto Constitucional trata profundamente da liberdade de comunicação e, mais especialmente, dos meios de comunicação pela palavra falada e escrita e pela imagem.

O princípio básico é o da liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CRFB) e, como seu corolário, a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, da CRFB), extensiva às convicções filosóficas ou políticas, que poderão ser externadas ou praticadas, desde que não sirvam de escusa ao cumprimento de obrigação legal a todos imposta (art. 5º, VIII, da CRFB).

Importante inovação da Constituição Federal de 1988 encontra-se no campo da informação, afirmada como um direito individual, com ressalva do sigilo apenas em caso de segurança da sociedade ou do Estado (art. 5º, XIV e XXXIII).

A comunicação é, também, garantida no nível gregário, pois assegura-se a liberdade de reunião pacífica, sem armas, condicionada, se necessário, a prévio aviso à autoridade (art. 5º, XVI, da CRFB) e de associação, salvo com caráter paramilitar (art. 5º, XVII, da CRFB).

Em se tratando de correspondência e das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, assegura-se, além da liberdade, o sigilo, condicionado, embora, na forma da lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5º, XII, da CRFB).

A manifestação da inteligência humana é, também, absolutamente livre nas suas expressões intelectual, artística, científica e por intermédio dos meios de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, da CF).

Não obstante inexistir a censura (art. 220, § 2º, da CRFB), a União reservou ao poder de polícia para regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, § 3º, I, da CRFB), estabelecer os meios legais de defesa social contra o abuso bem como contra a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, II, da CRFB), prestigiando a autorregulação pelas entidades sociais intermediárias.

Quanto aos espetáculos públicos, especialmente, assim entendida a comunicação massiva artístico-cultural de todas as modalidades, mantêm-se a polícia de vigilância nos locais e casas onde se produzam, tanto no que respeita à ordem pública quanto aos aspectos admi-

nistrativos de trânsito, ruído, circulação de pessoas, emanções etc., tipicamente municipais (art. 30, I), não se confundindo, portanto, a polícia do conteúdo comunicativo das diversões e de espetáculos públicos com a polícia de vigilância do local e das condições dos espetáculos.

Coexistem, assim, o poder de polícia administrativa municipal e o estadual, necessário à manutenção da ordem pública, extensivos às manifestações religiosas, uma vez que os cultos, em princípio livres e constitucionalmente assegurados, não podem ser usados como pretexto para encobrir crimes ou a prática de contravenções.

A polícia sanitária visa à defesa da saúde humana, coletivamente considerada. Para tanto, desdobra-se em vários setores: polícia higiênica, polícia bromatológica, polícia médico-farmacêutica e polícia fitossanitária.

A polícia higiênica tem seus limites em rápida expansão; sua atuação se faz sentir no controle das moléstias infectocontagiosas, na obrigatoriedade de vacinações, no combate às epidemias, na erradicação das endemias, no regime de disposição das águas servidas, do lixo, dos dejetos e do cadáver humano e no controle do abastecimento de água às populações. A competência é dos três graus (à União cabe editar normas gerais de defesa e proteção da saúde – art. 24, XII, da CRFB).

A polícia bromatológica, também chamada de polícia dos alimentos, impõe limitações à comercialização de produtos alimentícios de modo que impeça a venda daqueles nocivos ao consumo e dos que não apresentem índices mínimos de qualidade. A União havia legislado a matéria no Código Brasileiro de Alimentos, Decreto-lei nº 209, de 27/2/1967, que foi, entretanto, revogado pelo Decreto-lei nº 986, de 21/10/1969, que veio a dispor extensivamente sobre caracterização do produto alimentar, registro e controle, rotulagem, aditivos, padrões de identidades e qualidade, fiscalização e a sanção de polícia, que é, basicamente, a interdição do alimento, obedecendo a procedimento administrativo vinculado, inclusive com a exigência de perícias bromatológicas.

À polícia médico-farmacêutica incumbe impor limitações atinentes às instalações e atividades de farmácias, laboratórios, consultórios médicos, gabinetes odontológicos, ambulatórios, hospitais, maternidades e outros estabelecimentos destinados à prática da medicina e de profissões afins, do fabrico e manipulação de drogas farmacêuticas, bem como exercer o controle sobre os produtos farmacêuticos, por meio de exames e análises químicos e biológicos, e finalmente, dos receituários. Igualmente, vale notar que a competência será dos três graus políticos.



Nesse contexto, temos o exemplo de uma determinada farmácia que estabeleceu o seu funcionamento em regime de 24 horas, visando a melhor atender os seus clientes. Ocorre que foi editado ato administrativo municipal restringindo o horário de funcionamento do referido estabelecimento comercial. Embora sabendo que é de alçada da municipalidade legislar e atuar em assuntos concernentes a horários de funcionamento do comércio local, a farmácia impetrou mandado de segurança visando à anulação do ato, com base na ofensa ao princípio da razoabilidade. Nesse caso, veremos que a farmácia obterá sucesso na demanda pelas seguintes razões:

- 1ª) o ato praticado pela municipalidade é ato administrativo discricionário, posto que está no âmbito de sua oportunidade e conveniência, sendo inclusive de sua competência a determinação do horário de funcionamento do comércio local, visando a atender melhor aos anseios e necessidades da comunidade e organizar o comércio no Município;
- 2ª) o ato ofende o princípio da razoabilidade. Apesar de ser um ato discricionário da Administração municipal, ele não deixa de ser vinculado em determinados aspectos para os quais a Administração deve atentar, não estando imune ao controle jurisdicional se inobservá-los, como por exemplo, o princípio da razoabilidade. O ato praticado restringiu o horário de funcionamento da farmácia, que pretendia funcionar 24 horas por dia. Tal ato aparece como não razoável diante do fato de que o atendimento em regime de 24 horas visa a atender o bem-estar da comunidade que, em razão de imprevistos e maus súbitos, podem se socorrer de medicamentos que extirpem a dor e o sofrimento. Ademais, notório é que o serviço farmacêutico é visceral e não atrapalha e perturba em nada o bom andamento e funcionamento do Município, consistindo em uma atividade tranquila e necessária, o que torna não razoável o ato que restringe o seu funcionamento, em detrimento do bem-estar social;
- 3ª) nesse caso, o ato administrativo é passível de controle jurisdicional sob dois fundamentos, a saber: a um, porque a administração municipal no atuar de sua discricionariedade deve observar os aspectos vinculados do ato a ser praticado, como, por exemplo, as garantias constitucionais que asseguram ao consumidor o direito de livre-escolha,

como também a garantia do bem-estar comum, sob pena de afronta ao disposto no art. 5º, XXII, da CRFB/1988; a dois, porque deve também ter sempre em vista a razoabilidade dos seus atos, jamais divorciando-se desse princípio, pois o ato restaria maculado pelo vício da ilegalidade, e até mesmo da inconstitucionalidade.

Assim verificadas as razões, a farmácia impetrante obterá sucesso na demanda, devendo ser concedida a segurança para anular o ato, por afronta ao princípio da razoabilidade e do disposto no art. 5º, XXXII, da CRFB/1988, garantindo, destarte, o bem-estar comum almejado.

A polícia zoofitossanitária se dirige à proteção dos animais e vegetais úteis ao homem, pelo controle das epizootias, epifitias, e à erradicação das pragas e doenças de toda sorte que os assolam, bem como promovendo a fiscalização dos produtos de uso veterinário e fitoterapêuticos, na defesa indireta da saúde humana.

Também os meios de transporte, a par de sua ponderável responsabilidade na construção da sociedade moderna, trazem contínuo perigo ao homem. Desenvolveu-se, para discipliná-los, uma polícia de viação, estabelecendo as necessárias limitações ao direito individual de se utilizar dos meios e das vias de transporte, no interesse da segurança da pessoa humana e dos bens. Distinguiram-se, a partir daí, as polícias de trânsito e de tráfego, em suas modalidades terrestre, marítima e aérea.

A polícia de trânsito disciplina a circulação de pessoas e veículos, enquanto à polícia de tráfego cabe regular o deslocamento de veículos em missão de transporte.

Trânsito e tráfego aéreo e marítimo, bem como fluvial e lacustre, são regidos por legislações próprias de competência federal, conforme as diferentes reservas constitucionais estabelecidas: para a navegação aérea, marítima, fluvial, lacustre e aeroespacial. Pela sua especificidade, embora constituam materialmente Direito Administrativo, esses temas são objeto, respectivamente, do Direito Aeronáutico e do Direito Marítimo, bem como, no caso de tratados e convenções internacionais de navegação aérea, marítima, fluvial e lacustre, a que o Brasil haja aderido, do Direito Internacional Público.

Quanto ao trânsito e tráfego nas vias terrestres, a União tem competência para legislar privativamente (art. 22, XI, da CRFB), podendo, entretanto, por lei complementar, autorizar os Estados e o Distrito Federal a legislar sobre questões específicas dessas matérias.

O trânsito e o tráfego ferroviários têm sua normatividade de polícia regulada infraconstitucionalmente pelo Decreto de 15/2/1991, que revogou o Decreto nº 15.673, de 07/09/1922, e o urbano e rodoviário, pelo Código Nacional de Trânsito, baixado pela Lei nº 9.503 de 23/9/1997.

No que tange ao trânsito e tráfego urbanos, a competência da União não inibe os Municípios de legislar no atendimento do interesse local, como, por exemplo, em matéria de mãos de direção e circulação em suas vias e logradouros, paradas e estacionamento, terminais de transportes coletivos, ruídos urbanos, emissões de gases, restrições quanto ao tamanho, peso e tipo de veículos etc.

A polícia do comércio e da indústria compreende um grande número de atividades administrativas disciplinadoras das atividades comerciais e industriais, voltadas, principalmente, à confiabilidade e à garantia do consumidor.

A disciplina de polícia do comércio e indústria parte das tipificações e padronizações, sob critérios quantitativos e qualitativos, passando pela imposição do sistema oficial de pesos e medidas, até a regulação dos estabelecimentos, das feiras, dos mercados e do comércio ambulante.

À União compete legislar privativamente sobre o sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais (art. 22, VI, da CRFB), estabelecendo as bases nacionais da segurança dessas atividades. O Sistema Nacional de Metrologia está definido no Decreto-lei nº 240, de 28/02/1967, que cria órgãos e fixa padrões, infrações e penalidades.

Compete, ainda, privativamente, à União dispor sobre o comércio exterior e interestadual (art. 22, VIII, da CRFB), hoje regulamentado infraconstitucionalmente; quanto ao comércio exterior, de importação e exportação, vige a Lei nº 2.145, de 29/12/1953, e legislação posterior, tratando-o em conjunto com aspectos de Ordenamento Econômico, razão pela qual transferimos seu estudo para Capítulo apropriado.

À União e aos Estados compete legislar concorrentemente sobre juntas comerciais (art. 24, III, da CRFB) e produção e consumo (art. 24, V, da CRFB), sendo que, tratando-se de competência concorrente limitada, à União cabe editar normas gerais e, aos Estados, legislar especificamente sobre essas matérias (art. 24, §§ 1º, 2º e 3º, da CRFB).

Finalmente, aos Municípios competem todos os ordenamentos cabíveis relativos às condições de localização e de estabelecimento de atividades comerciais

e industriais, bem como das modalidades itinerantes, transitórias e ambulantes (art. 30, I, da CF).

Quanto às profissões liberais e técnico-científicas, estas são atividades particulares que se submetem a especiais condições legais de exercício, entre as quais, o preparo reconhecidamente suficiente e o desempenho segundo deontologia própria. Cada vez em maior número, tornam-se essas profissões objeto de sistemas de normas disciplinadoras, voltadas à segurança e à confiabilidade públicas.

A União tem reserva para legislar sobre essa matéria, como se lê no art. 22, XVI, da Constituição Federal, daí a seguinte legislação especial que se enumera, à guisa de exemplo: de corretor de imóveis (Lei nº 6.530, de 12/05/1978), dos advogados (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906, de 04/07/1994), de médico (Lei nº 3.268, de 30/09/1957), dos farmacêuticos (Lei nº 3.820, de 11/11/1960), de médico-veterinário (Lei nº 5.517, de 23/10/1968), de economista (Lei nº 1.411, de 13/08/1951), dos dentistas (Lei nº 4.324, de 14/04/1964), e várias outras.

É também através do poder de polícia que o Poder Público protege, fundamental e precipuamente, o meio ambiente. Salvo raras exceções, a grande maioria das leis administrativas tendentes à proteção ambiental veicula restrições ao uso da propriedade e às atividades em geral, visando ao equilíbrio ecológico.

Cabe frisar que as restrições à propriedade e atividades em geral impostas a fim de proteger o meio ambiente têm natureza de limitação administrativa.

A competência para o exercício da polícia ambiental é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23, VI, da CRFB), bem como legislar sobre a matéria (art. 24, VI, da CRFB, para a União, Estados e Distrito Federal, e art. 30, I, II e VIII, da CRFB, para os Municípios).

Atendo-nos aos setores tutelados, podemos distinguir, didaticamente, a polícia da atmosfera, a polícia das águas e dos oceanos, a polícia da flora e a da fauna.

À polícia da atmosfera cabe atuar contra as restrições de emissões de fumaça e de poeira, as exalações de calor, os vapores e maus odores e também a projeção de ruídos. O problema do controle da poluição atmosférica fica principalmente sob a autoridade municipal.

A polícia das águas e dos oceanos obedece à legislação infraconstitucional existente: Código de Águas (Decreto-lei nº 24.643, de 10/07/1934), legislação de pesca (Decreto-lei nº 221, de 28/02/1967) e legislação marítima em geral.

A polícia da flora se encontra, basicamente, no Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15/09/1965), em legislação posterior e em outras, esparsas, protetivas de determinadas espécies consideradas em razão de sua importância econômica ou botânica.

A polícia da fauna se disciplina, fundamentalmente, na legislação de pesca, já referida, e no Código de caça (Decreto-lei nº 5.894, de 20/10/1943).

No controle ecológico, devemos considerar também a repressão ao uso dos fertilizantes químicos e dos defensivos perigosos na agricultura, de métodos predatórios no trato da terra e outras providências ligadas à irrigação, e à proteção das sementeiras; um conjunto de atividades que poderíamos denominar polícia rural.

Com relação aos estrangeiros, é problema diretamente ligado à segurança do Estado, apresentando também alguns aspectos sanitários. A Constituição Federal assegura, em tempo de paz, a qualquer pessoa, entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair (art. 5º, XV, da CF), mas, conforme o preceito ressalva, sob as limitações de polícia estabelecidas em lei.

A Lei nº 6.815, de 10/08/1980, dá complementaridade à norma constitucional, disciplinando os vistos de entrada com suas categorias: de trânsito, de turista, temporário, permanente, oficial e diplomático. O visto não plenifica o direito de ingresso ao território nacional, pois as autoridades poderão opor impedimentos à sua execução, dentre os quais, os fundados em motivos de saúde. Regulam-se, ainda, o registro, a concessão de passaportes para estrangeiro e sua expulsão, estabelecendo-se os casos em que ela se dará e aqueles em que haverá impedimento à expulsão. A extradição, a deportação e a condição de asilado são, a seguir, tratados, desenvolvendo-se um elenco de direitos e deveres dos estrangeiros. Regula-se, afinal, a naturalização, com seu procedimento administrativo, que culmina com a entrega solene das certidões da portaria de naturalização, pelo Poder Judiciário. A fiscalização cabe à Polícia Federal, em sua atribuição de executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteiras (art. 23, XXII, da CRFB).

E, por fim, a polícia edilícia, que é a que estabelece limitações de toda espécie nos meios urbanizados, para tornar mais segura, mais salutar, mais digna e mais agradável a vida nas cidades, regulando as construções públicas e particulares. A polícia edilícia ou das construções é dos instrumentos mais eficientes do Direito Urbanístico, essa importante ramificação do Direito Admi-

nistrativo, hoje erigido a ramo autônomo pelo art. 24, I, da Constituição de 1988, distribuindo sua competência pelos três níveis federativos.

Um assunto, que se encontra em moda, é o famoso paralelograma de forças. A título de ilustração, ocorreu uma grande enchente. O problema gerou várias demandas judiciais, mas muitos o fizeram somente em face de Município. No entanto, ao anunciarem a causa de pedir, alegaram enchente por forte temporal (caso fortuito – força maior), falta de assoreamento dos rios (Serla), obstrução dos esgotos, que é tratado pela Cedae – Sociedade de Economia Mista Estadual.

É preciso apurar-se a responsabilidade de cada um quanto à ocorrência do dano. Dever-se-ia propor ação em face não só do Município, mas também em face de todas as demais pessoas jurídicas. Logo, no paralelograma de forças – cada um dos vetores desse paralelograma será distintamente responsabilizado. Dividem-se os 100% (cem por cento) da dívida pelo número dos responsáveis (Cedae – 25%; Serla 25%; Comlurb 25%; Município 25%) e, se houver parte de culpa da própria vítima, dividir-se-á o total da indenização por cinco.

O exercício da atividade do poder de polícia é ineficiente e sua omissão acarretará a responsabilidade civil da Administração Pública (extensão do problema do poder de polícia).

O assunto edilício, todavia, é predominantemente do interesse municipal (art. 30, VIII, da CRFB), sendo regulado, geralmente, em seus Códigos de Obras, no que se refere às construções tomadas individualmente, e nos planos diretores, se coletivamente considerados.

Para finalizarmos poder de polícia, pergunta-se: É possível compelir a Administração Pública a exercer poder de polícia?

O poder de polícia é ato típico de autoridade investida desse poder. É claro que o cidadão não pode exercer o poder de polícia porque ele não é autoridade pública (fiscais do ex-presidente Sarney é uma impropriedade). Se alguém quiser postular em juízo a exigência do exercício do poder de polícia, só poderia fazê-lo em nome próprio para defender seu direito. O poder de polícia é para prevenir dano social e não individual. O particular não pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, pois não possui legitimação extraordinária.

## 8.20. Prescrição

Questão importante envolvendo poder de polícia é a prescrição.

Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, no dia em que cessado.

No procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, a prescrição não se regulará pelos cinco anos, mas por três anos, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

Quando o fato vier a ensejar o exercício do poder de polícia e também constituir crime, o prazo prescricional não será de cinco anos, previsto no art. 1º da Lei 9.873/1999, e sim será o prazo previsto na lei penal, sendo esse maior ou menor.

Outro dado importante é que se interrompe a prescrição:

- pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
- por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
- pela decisão condenatória recorrível (quer dizer, se decidirem o processo e, havendo recurso, há a interrupção da prescrição).

### 8.21. O poder de polícia e a responsabilidade da Administração Pública

Não há que se negar que a atividade de polícia, dentre as atividades administrativas, é a que ganha um retorque de fundamentalidade em relação às demais, dada a sua relevância tendente à conservação da ordem pública, nas suas mais díspares manifestações.

Tendo em vista a amplitude, sobretudo após a Carta de 1988, dos bens tutelados pelo Estado, maior se faz

a atuação de atos revestidos de poder de polícia, que vão desde a segurança pública até a segurança moral das pessoas. Por conseguinte, a amplitude dos bens tutelados gerou uma maior responsabilização estatal, sujeitando-se o Estado à supremacia do Direito.

Os atos de polícia, tanto administrativa quanto judiciária, embora de natureza diversa, serão passíveis e responsabilização quando de sua prática resultar eventos danosos a terceiros. Isso implica que esses atos sujeitam-se à legislação vigente, donde provêm também os limites de discricionariedade em que o agente público pode navegar.

Retendo-se a uma maior digressão, pode-se afirmar que a responsabilidade da Administração Pública ocorrerá por atos administrativos comissivos ou omissivos, quando praticados sem a devida discricionariedade, com o abuso ou excesso de poder, e com os atos praticados por omissão.

É da lavra do mestre Diogo de Figueiredo o oportuno questionamento sobre a questão: onde termina o discricionário? onde principia o arbitrário?<sup>94</sup>

É de substancial importância o limiar entre o discricionário e o arbitrário, haja vista que transpassando o administrador esse limite, quando na consecução de seus atos administrativos – subentende-se atos de poder de polícia – adentra na esfera do abuso, do arbítrio, do excesso e da consequente ilegalidade, fazendo pesar sobre a Administração Pública o fardo processual de reparação desse excesso.

Consolidado está que quando ocorrer qualquer afronta aos direitos individuais, constitucionalmente protegidos, e o consequente dano, evocar-se-á a sua reparação pela Administração Pública, desde que constatado o nexo de causalidade entre a conduta do administrador e dano.

<sup>94</sup> "A legalidade conforma o primeiro e o mais importante dos sistemas de limite; é a moldura normativa dentro da qual deve-se conter o exercício do poder de polícia de segurança, não obstante mesmo que a ilegalidade não possa ser diretamente aferida, mediante simples contestamento com o comando legal, ainda será passível, mediante dois outros sistemas de limite, submeter o exercício de poder de polícia de segurança pública, como de resto, qualquer ato discricionário, a uma tutela indireta e oblíqua da ilegalidade.

A realidade é o segundo sistema em que estejam diretamente observados os parâmetros legais. É preciso que os pressupostos de fato do exercício do poder de polícia de segurança sejam reais, bem como realizáveis as suas consequências. A vigência do Direito não comporta fantasias. O irreal tanto pode ser a fundamentação como tampouco poder ser objeto de um ato do Poder Público. Enquanto limite a realidade também resulta óbvio, pois o mediano sendo bom pode detectar inconsistência da atuação policial se não se manifestasse com reais ou razoáveis os motivos e objetos considerados respectivamente como fundamentos e resultados visados. Modernamente, pode-se estabelecer para distinguir a discricionariedade do arbítrio. Seu envolvimento mais recente deixa patente sua maior sofisticação, a começar do referencial, que é o demais difícil trato doutrinário e o mais alusivo na prática operativa à finalidade. De modo mais amplo, a razoabilidade é uma relação de coerência que se deve exigir entre a manifestação de vontade do Poder Público e a finalidade específica, que a lei lhe adscrive" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Comentários sobre os limites da discricionariedade do exercício do poder de polícia. 1º Congresso Brasileiro de Segurança Pública).

A verificação de acórdãos dos Tribunais conduzirá a um melhor entendimento fático do exposto.<sup>95</sup>

Em que pese a prerrogativa da Administração Pública na titularidade do poder de polícia, cumpre acrescentar que a essa prerrogativa corresponde uma obrigação, qual seja, o dever de fiscalizar as atividades particulares. A falta

de fiscalização, bem como o abuso praticado no exercício do poder de polícia, implicam na responsabilização da Administração, por suas ações ou omissões. Registre-se que a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa ou dolo, mas tão somente do nexo causal, é, por força do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Banco Central. Ato Omissivo de Fiscalização de Instituição Financeira no Mercado de Capitais. Coroa Brastel S/A. Prejuízo Causado a Investidores. Culpa Subjetiva. Negligência e Imperícia. Art. 159 do Código Civil. Art. 37, § 6º da CF/1988. Comprovação do Nexo de Causalidade Súmula nº 7/STJ.

1. Compete ao Banco Central do Brasil: a) exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta, ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizam; b) proteger os investidores contra emissões ilegais ou fraudulentas de títulos ou valores mobiliários; c) evitar modalidades de fraude e oferta ou preço de títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado. Revelado o nexo de causalidade entre o dano causado a investidores no mercado de capitais e o ato omissivo de fiscalização do Banco Central, sobressai inequívoca a responsabilidade civil.

2. Há responsabilidade civil do estado por omissão, sempre que o *facere* esteja consagrado como dever e a Administração Pública o transgrida.

3. O Banco Central do Brasil tem o dever legal de manter a normalidade dos mercados financeiros, sendo sua atuação regida pelo princípio básico de ação preventiva e orientadora. Detém, plenamente, o exercício do poder de polícia com o objetivo de manter o regular funcionamento do mercado de capitais.

4. Exegese do § 6º do art. 37 da CF/1988, aplicável aos atos omissivos.

5. O Banco Central deve ser responsabilizado pelas perdas e danos dos investidores de títulos emitidos sem lastro por entidade financeira fiscalizada, comprovado o nexo de causalidade.

6. O exame do nexo de causalidade afirmado pela sentença de 1º grau esbarra no enunciado da Súmula nº 7/STJ. Ressalva do entendimento do relator.

7. Recurso especial não conhecido.

Resp nº 472735/DF; j. 10/06/2003; Rel. Min. Luiz Fux.

Poder de Polícia. Autoridade Policial. Competência nas Questões de Segurança Pública. Município. Assuntos de Interesse Local. Alvará. Autorização. Comércio de Fogos de Artifícios. Indexação: Material Explosivo.

Ementa: Responsabilidade Civil. Poder de Polícia Administrativa. Competência. Município. Peculiar Interesse Local. A Competência do Município, no Âmbito do Poder de Polícia Administrativa do Comércio Local, Decorre da Predominância do Interesse Municipal, em Relação ao Estadual e Federal, quanto à Segurança de seus municípios. Concessão de Alvará Especial para Comércio e Depósito Material Pirotécnico em Área Urbana. Lei Municipal que Restringiu a Atividade à Área Rural. Risco Criado. Explosão. Responsabilidade da Administração. O Município que, no Exercício do Poder de Polícia Administrativa Concede Alvará Especial de Autorização para Depósito e Comércio de Explosivos na Área Urbana, Contrariando Disposição de Lei Municipal que Restringiu a Atividade a Área Rural, Assumiu a Responsabilidade pelo Risco Criado no Exercício de sua Atividade Administrativa. Sentença Reformada. (Apelação Cível Nº 598299436, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS; Rel. Mara Larsen Chechi).

Ementa: Indenização. Abuso de Poder. Município. Inocorrência. Poder de Polícia. Interesse Público. Não Age com Abuso de Poder o Município quando Apreende e Remove Banca de Comércio em Situação Irregular e em Mau Estado de Conservação, Mormente em tendo a Autora sido Regularmente Noticiada no Intuito de Encerrar suas Atividades. O Ente Público Age no Interesse da População, Devendo Direcionar Todos os seus Atos para esse Objetivo. Assim que, muitas vezes, a fim de Preservar o Bem Comum e o Interesse da Comunidade, Faz Uso do Poder de Polícia. Apelo Improvido. Sentença Mantida (Apelação Cível Nº 598331650; Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS; Rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha).

<sup>96</sup> Nesse sentido, transcrevem-se alguns entendimentos jurisprudenciais:

Ementa: Recurso Denegado. Agravo Desprovido. Licença para a Exploração de uma Pedreira, no Perímetro Urbano, e Concedida a Título Precário, Pode Ser Revogada a Qualquer Momento, Principalmente, em Benefício da Segurança da População, sem que a Entidade Concedente Fique Obrigada a Indenizar pelo Simples Exercício do Poder de Polícia.

(AI nº 24.584/SP – STF; Rel. Min. Antônio Villas Boas).

Ementa: Responsabilidade Civil – Desabamento de Construção – Ação de Indenização Proposta Contra a Construtora, a Prefeitura Municipal e a Seguradora – Responsabilidade da Municipalidade não Arredada pela Alegação de Ter Sido Erguida Sobre Faixa *Non Aedificandi*, com Violação à Lei, uma Vez que lhe Incumbe Aprovar a Planta, Devendo Conhecer a Localização do Imóvel, e Fiscalizar a Obra Até a Expedição do “Habite-se”, no Exercício de Seu Poder de Polícia – Condenação Também da Seguradora, Porquanto Tem o Direito-Dever de Fiscalizar o Objeto do Contrato de Seguro, que, na Espécie, Cobre os Riscos da Atividade Econômica, Irrelevante a Culpa da Construtora.

(TJSP, RT 651/67).

Ementa: Administrativo. Civil. Responsabilidade do Estado. Art. 159, CC. Danos Morais.

1 – É lícita a atuação do Estado que, em face de denúncia recebida, prende agentes policiais federais encapuzados no instante em que conduzem motorista de táxi em mala de carro, deixando rastro de sangue, para local deserto, sem que tenham mandado de prisão.

2 – O disfarce utilizado pela autoridade policial presume a inconveniência legal do ato praticado.

## 8.22. Omissão

Conforme já fartamente exposto, o agente público não pode eximir-se do poder-dever de agir, e o poder de polícia que lhe é inerente não se constitui em uma discricionariedade, a qual poderá utilizar quando melhor lhe convier, mas, ao contrário, cria um liame de obrigação e responsabilidade perante a Administração Pública concedente desse poder.

O cotidiano tem demonstrado que outro tem sido o quadro que se vem apresentando na vida em sociedade, e que, muitas das vezes, o dever de agir do agente estatal oscila entre os interesses públicos e os seus próprios interesses, chegando até mesmo estes últimos a transcender os primeiros.

Não obstante, tem-se a alegação de que a máquina administrativa tem sido insuficiente para atender as demandas de ocorrências que se sucedem na sociedade, e que requerem a pronta interdição administrativa por meio do poder de polícia.

Argumenta-se ainda que o alargamento dos direitos fundamentais da mesma forma trouxe o pressuposto de uma maior atuação Estatal por meio de seus atos revestidos de poder de polícia. Quanto maior o número de direitos tutelados aos indivíduos, maior a necessidade de fiscalização da correta proteção dessas tutelas. Ao contrário, configurar-se-á a omissão do Estado.

Nessa escala, há que se atribuir uma parcela de responsabilidade quanto à tutela dos atos administrativos ao legislador, ou seja, o silêncio deste na edição de normas que norteiem a organização e a ordem pública será uma forma de omissão do Estado que, não agindo, contribui para uma eventual desordem da vida em sociedade.

Dada a dinâmica dos fatos que se sucedem em sociedade, tem-se que a tarefa de renovação é imprescindível e ininterrupta. Portanto, nem sempre o legislador aten-

de a essa demanda, caminhando em passos mais lentos que os acontecimentos, que clamam por novas regulamentações de novas tutelas.

Aos administrados resta o direito de reivindicar – ato que já fora outrora proibido – a atuação da Administração Pública, informal e formalmente, pelas vias jurisdicionais.

Noticia-se ainda, muitas vezes, o absoluto desprezo dispensado aos administrados diante de seus reclames e de suas evidentes carências, ainda que expressa seja a previsão constitucional da tutela cautelar, assumida pelo Estado no inciso XXXV do art. 5º.

Paradoxalmente, cumpre lembrar que o Estado não pode se eximir do cumprimento da norma jurídica, sobretudo quando se trata de preceito constitucional.<sup>97</sup>

Independentemente, as alegações expressas pela Administração Pública, na busca de justificar suas várias omissões, conforme se verifica nas contestações das ações contra ela propostas que tramitam em nossos tribunais, valem-se quase sempre dos mesmos argumentos, quais sejam, caso fortuito ou força maior, alheios à conduta estatal. Nem sempre tais argumentos são probatórios e correspondem à realidade dos fatos, restando a sua responsabilização, ainda que proporcional.

O nível de tragédia que envolve a desídia do agente administrador, de diferentes hierarquias, tem atingido patamares cada vez maiores. Basta uma breve leitura nos jornais de circulação para deparar-se, diariamente, com flagrantes casos de omissão do poder público, quando a este cabia agir.

Nas últimas décadas, notadamente, foram sequenciais as ocorrências de enchentes de grandes proporções, que causaram mortes e a perda de bens, tais como casas, roupas e mobílias, às várias vítimas do pouco-caso do administrador público. As enchentes de verão não podem mais ser tachadas de imprevisíveis, posto que a sua previsibilidade já se tornou notória, e ainda, alar-

3 – É dever do Estado, em qualquer circunstância, atuar com o exercício de seu poder de polícia, para que se cumpram as disposições constitucionais garantidoras da liberdade humana.

4 – Impossível o reexame da prova em sede de recurso especial.

5 – Homenageia-se, em consequência da Súmula nº 7 do STJ, acórdão que, com base no conjunto probatório, entende ter o Estado agido lícitamente ao efetuar a prisão de quem encontrado em flagrante delito.

6 – Só há violação ao art. 535, II, do CPC, quando o acórdão deixa de examinar tema jurídico alegado pela parte, suficiente para alterar ou confirmar o julgado, e que não foi objeto da análise no “decisum” principal.

7 – Recurso não conhecido.

(Resp nº 177.943/RR– STJ; Rel. Min. José Delgado).

As várias espécies de Poder de Polícia se distribuem segundo vários critérios, entre os quais os ditados pela conveniência da organização administrativa. Assim, o tratamento que se segue tem valor meramente exemplificativo.

<sup>97</sup> Enfatizando esta assertiva, citam-se as palavras de Amaro Cavalcanti: “...o direito é a regra de conduta e proceder, tanto do indivíduo como do Estado, consequentemente, assim como sucede com os indivíduos, assim também deve o Estado, em princípio, responder pelos próprios atos – salvo se uma razão jurídica superior fizer cessar ocasionalmente a sua responsabilidade” (*Responsabilidade civil do Estado*, p. 11).

mante. Consta-se uma visceral omissão de poder de polícia em relação à falta de providências preventivas.

Outro exemplo típico e atual, ainda que controvertido de omissão do administrador público se dá nas carceragens e cadeias, onde a incidência de morte de detentos e de rebeliões, que por vezes vitimam também agentes carcerários, além dos presidiários, tem sido cada vez mais frequente nos diversos estados do País, sobretudo nos grandes centros.

E isto se dá pela irregular distribuição dos presos, que são amontoados em celas de forma subumana e em total descaso às leis e aos princípios de direitos humanos. Omite-se o Poder Público duplamente, pela inação da construção de celas dignas para a detenção dos presos, que tem por dever zelar, já que possui a sua guarda, e pela inobservância ao preceito constitucional que prevê o respeito à pessoa humana, indiscriminadamente.

Trafegam em nossos tribunais decisões que endossam essa assertiva, com exemplos diversos de omissão do poder de polícia do agente público.<sup>98</sup>

### 8.23. Poder de polícia urbanístico

Não se vislumbra, no Direito Positivo, uma limitação ao poder de polícia no que concerne às áreas de sua aplicação, eis que os direitos tutelados são frequentemente alargados, em função de uma maior atuação Estatal da vida em sociedade. Uma vez concedida a competência ao agente público, para atuar em qualquer segmento, o poder de polícia, concomitantemente com as condutas dos agentes, passa a integrar o ato administrativo.

Exemplo típico do alargamento da incidência do poder de polícia constata-se no Direito Urbanístico, que

está cada vez mais firmando sua autonomia em relação ao Direito Administrativo e que vem clamando cada vez mais por legislações e normatizações para conter o abuso dos famigerados construtores de imóveis, bem como para organizar os assentamentos informais que se expandiram, sobretudo com a eminência das crises socioeconômicas que serviram de panorama à sociedade nestas últimas décadas.

Oportuno consignar que o Direito Urbanístico aflorou, incontestavelmente, após o século XX, reflexo de pendências administrativas que se acumularam nos grandes centros, e que desencadearam no caos urbano que ora se vê por todo o país, noticiadas quase diariamente nos jornais. Entre estas, destaca-se uma recente publicação do jornal *O Globo*, intitulada “Milhares de favelas para pouco planejamento”<sup>99</sup>.

A reportagem deflagra a triste realidade de que um em cada quatro Município tem moradores vivendo em favelas ou loteamentos clandestinos, e que 47% das prefeituras declararam não ter qualquer programa ou ação habitacional (dados divulgados pelo “Perfil dos Municípios brasileiros/2001” – IBGE).

Aponta ainda a reportagem um aumento expressivo de domicílios cadastrados em favelas, que passaram de 921 mil em 1999 para 2,36 milhões em 2004. Embora o número seja estarrecedor, a secretária-executiva do Ministério das Cidades, Hermínia Maricota, disse acreditar que deve haver mais pessoas em favelas do que o constatado na pesquisa.

Transcrevemos a seguir jurisprudência da lavra do desembargador Sérgio Cavalieri Filho, resultante de ação que reclama a omissão do poder de polícia no Direito edilício:<sup>100</sup>

<sup>98</sup> 1. Ação Civil Pública. Asilo Particular. Funcionamento sem a Devida Fiscalização Sobre as Condições e Qualidade dos Serviços. Omissão do Estado. Efeitos. Legitimidade Passiva *Ad Causam*. Ente Público. Ação Proposta pelo Ministério Público. 2. Asilo. Asilo Particular que Obriga Pessoas Portadoras de Doenças Físicas e Mentais. Mediante Remuneração. Funcionamento sem a Devida Fiscalização. Efeitos. Funcionamento e a Qualidade dos Serviços Prestados. Fiscalização. A Quem Compete. Omissão do Estado no Poder-Dever de Polícia. Efeitos. Disposições Legais. 3. Poder de Polícia Sanitária. Exercício. Disposições Legais. Lar Renascer. Processo Civil. Direito Administrativo. Ementa: Processual Civil. Ação Civil Pública. Omissão do Poder de Polícia. Inclusão do Estado do Rio Grande do Sul no polo Passivo da Lide. Caracterizada, à Primeira Vista, a Omissão do Estado, Através de seu Órgão Competente, no Poder-Dever de Polícia Relacionado com o Funcionamento de Asilo de Pessoas Idosas e Deficientes Físicas e Mentais, Deve ele Integrar o polo Passivo de Ação Cível Pública Movida pelo Ministério Público. Recurso Provido. (Agravado de Instrumento Nº 596039131; Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS; Rel. Celeste Vicente Rovani).

<sup>99</sup> Jornal *O Globo* – O país, 13/11/2006.

<sup>100</sup> Ementa: “Ação de Preceito Cominatório.

Remoção de Favela da Via Pública. Legitimidade Ativa *Ad Causam* do Proprietário do Terreno Adjacente. Pedido Juridicamente Possível. As limitações administrativas ao direito de construir – e consequentemente aos demais direitos – geral direitos subjetivos aos particulares interessados na sua observância, habilitando-os a pedir a demolição de obras vedadas por lei ou a impedir atividades ilegítimas, mas toleradas indevidamente pela Administração.

Desprovimento do recurso.

É o relatório.

A questão discutida neste agravo há muito está superada pela doutrina e a jurisprudência, como bem assinala o saudoso Hely Lopes Meirelles no seguinte trecho de sua conhecida obra: “É inegável – dizia o Mestre – que a inobservância das limitações administrativas de

Não obstante, o mais novo fruto desse caos urbano vem-se instalando com as desordenadas instalações de acampamentos dos integrantes do MST – Movimento dos Sem Terra, cuja origem de suas manifestações foram semeadas na seara do direito agrário e, face à omissão do Poder Público na pontual aplicação de atos de poder de polícia, frutificaram no direito urbanístico.

Resta o questionamento a respeito da eficácia da aplicação da Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que nasceu após oito anos de tramitação no Congresso Nacional, na discussão de projetos e projetos de lei que a antecederam, e que veio regulamentar o art. 182 da Constituição Federal, que dispõe sobre a política de desenvolvimento urbano e tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Insurge-se um liame entre o caos urbano e a inércia do Poder Público, sobretudo após a regulamentação do preceito constitucional que dispõe sobre política urbana e que foi contemplado com a citada lei.

A ausência de programa ou ação habitacional dos Municípios se traduz na gritante omissão do poder público que, em total falta de observância à legislação em vigor, e supõe-se, somando-se a outros percalços administrativos, contraria preceito constitucional legalmente regulamentado, o que se faz suscitar sobre a soberania dos poderes, em especial o poder de polícia, posto que são lançados ao ar, vagando entre os interesses públicos de um suposto Estado Democrático de Direito e uma realidade que não encontra sede no corpo da lei.

## 8.24. Questões polêmicas e atuais que envolvem o poder de polícia

### 8.24.1. As multas e o licenciamento anual dos veículos

Nos últimos anos, muito comum em nossos tribunais são as demandas referentes às multas de trânsito que, se não pagas, inviabilizam o licenciamento anual do veículo.

Isso se deve ao fato de que, de um modo geral, as pessoas desconhecem que a licença é um ato vinculado por meio do qual a Administração Pública confere àquele interessado em exercer certas atividades um consentimento para isto, de forma legítima. No caso, essa licença diz respeito à obtenção do certificado de registro do veículo, uma permissão para que ele possa circular livremente, mas que fica condicionada não só à aprovação pela inspeção de segurança, através de vistoria anual, mas também quanto à quitação de débitos relativos a multas de trânsito. Esse ato é, portanto, um consentimento prévio, característico do poder de polícia administrativa, cujo objetivo é prevenir o dano social, preservar o interesse público, que sempre prevalece em face ao interesse particular.

Assim sendo, o licenciamento não depende de julgamento discricionário – aquele que se dá com liberdade de escolha de critérios postos à disposição da Administração para a prática do ato, à sua conveniência –, pelo contrário, trata-se de um ato para o qual a lei estabelece requisitos e condições de sua realização e é por isso que o Código de Trânsito não permite ao Detran outorgar a licença sem o atendimento daqueles requisitos nele previstos, e sem o qual o interessado não poderá concretizar seu direito de trafegar com seu veículo com liberdade em via pública.

Por via de consequência, o Detran não tem opção de escolha, ou seja: se todos os requisitos legais forem preenchidos para a obtenção do certificado, é ele obrigado a expedir-lo, ficando, a partir daí, as autoridades obrigadas a fiscalizar sua observância, da mesma forma que o proprietário do veículo, ou seu condutor, a exercer esse direito na estrita conformidade da lei. Por isso, o titular do direito está sujeito até à cassação dessa licença, na hipótese de agir na contramão dos limites pela lei impostos.

Na verdade, o licenciamento anual é o instrumento que tem o Detran para, atuando na função preventiva de seu poder de polícia, indeferir, por exemplo, a licença

---

proteção à funcionalidade urbana prejudica não só o conjunto da cidade ou do bairro, como afeta patrimonialmente as propriedades vizinhas, desvalorizando-as com a supressão das vantagens urbanísticas que resultam das disposições de zoneamento, recuo, afastamento, altura e natureza das edificações. Essa dupla proteção ao indivíduo e à comunidade se obtém pela concessão de ação aos vizinhos e pelas medidas administrativas do Poder Público, as quais, conjugadas, preservam os fins urbanísticos visados pelas normas edilícias da construção e almejadas pelos particulares que procuram os bairros sujeitos a limitações dessa natureza" (Direito Administrativo brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, 30. ed., p. 144).

Ora, o agravado, na qualidade de proprietário de terreno adjacente a uma via pública, pretende a remoção de favela levantada ilegalmente e que impede o livre acesso ao seu imóvel. Se não lhe for conferida legitimidade para a presente ação, o que mais poderia fazer?

As demais questões ventiladas no agravo foram enfrentadas com acerto pela douta Procuradoria de Justiça, pelo que se adotam as razões expendidas no Parecer de fls. 105/109 como parte integrante deste acórdão.

Nega-se provimento ao recurso.

Acórdão TJ/RJ – Agr. 5.310; Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho



àquele veículo cujas condições de segurança são precárias. Além disso, é ele o titular do poder-dever jurídico de exigir, e não de cobrar, o pagamento de multas, que pressupõe terem sido aplicadas em razão de direção indisciplinada, negligente ou imprudente do condutor.

Contudo, cabe observar que, se o proprietário do veículo não renovar a licença anualmente, ele fica impedido legalmente de transitar pelas vias públicas. E esse é um dos atributos do ato administrativo, especialmente quanto aos atos de polícia de trânsito: o da autoexecutoriedade, que autoriza o Detran a executar direta e imediatamente seus atos imperativos, independentemente de ordem judicial, cujo processo executório tem cabimento pelas circunstâncias, daí a utilização dos chamados meios diretos de coerção administrativa, de modo a tornar possível ao proprietário do veículo a obtenção da licença, por coação absoluta, exigindo-lhe o cumprimento da lei.

Por falar em direito de propriedade, lembramos que esses atos autoexecutáveis possuem limitações, sendo imperiosa a mediação da tutela jurisdicional, no caso de desapropriações, que ensejam prévio acordo quanto ao valor da indenização; de interdição de obra em andamento ou desfazimento de obra já concluída, casos em que a Administração, por seu órgão de polícia edilícia, pode impor embargo e multa, desde que o Município proponha a ação nunciatória ou demolitória, conforme o caso; e de cobrança da dívida ativa, não cabendo à Fazenda Pública autoexecutá-la. Mas, não há que se confundir esses casos com a cobrança de débitos para que seja consentido o direito à licença prévia para a realização de atividades que importam ao interesse público, como é o caso do licenciamento de veículos.<sup>101</sup>

Nessa linha, uma coisa é exigir pagamento das multas de trânsito como condição prévia para realização da vistoria do veículo e renovação do certificado, e outra é fazer tal exigência sem prévia notificação do infrator. A ausência de notificação acarreta a violação do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, verdadeiros pilares constitucionais. Em não sendo o proprietário do veículo notificado da infração, não poderá ser surpreendido e impedido na hora da vistoria.

A licença, uma vez deferida, obriga a Administração a fiscalizar sua exata observância e o administrado exercerá o direito na estrita conformidade do que foi licenciado. A licença é ato de consentimento prévio de polícia ad-

ministrativa, sem o qual o titular não o poderá concretizar. A licença é instrumento da função preventiva dessa polícia, verificando se a satisfação do interesse particular amolda-se às normas de ordem pública que equivalem ao interesse público, esse sempre prevalecente em face daquele.

A expedição do certificado de licença anual de veículos insere-se na mesma moldura conceitual. Há normas legais que a condicionaram à satisfação de dois requisitos prévios: *vistoria* e *ausência de débitos* relacionados ao veículo multa de trânsito. O Código de Trânsito brasileiro não permite, por exemplo, ao Detran espaço discricionário para outorgar a licença sem o atendimento a tais requisitos, que se devem presumir de interesse público. Abusivo e ilegal o ato do presidente do Detran que renovasse a licença anual sem vistoria e sem prova de quitação de eventuais débitos relacionados ao veículo, salvo os que se encontrassem com sua executividade suspensa em razão de recurso pendente de julgamento.

A autoexecutoriedade do ato administrativo tem por escopo a prevenção do dano social.

É assim porque, não tendo as multas de trânsito natureza tributária e sendo penalidade administrativa por desobediência às regras de trânsito, podem ser inscritas na dívida ativa e cobradas na forma executiva.

Registre-se, finalmente, que a notificação devolvida por desatualização do endereço do proprietário de trânsito será considerada válida para todos os efeitos.

#### 8.24.2. Redutores eletrônicos de velocidade

É de salientar-se que os redutores eletrônicos de velocidade, em sua maioria sob a forma de “pardais” e “barreiras eletrônicas”, são frutos de acentuada preocupação da Administração Pública com os alarmantes índices de acidentes de trânsito causados pelo excesso de velocidade dos condutores de veículos automotores, funcionando como autêntico instrumento inibidor que exercem sobre os motoristas.

A esse respeito merece vir a confronto, pela adequação, que os “pardais” que controlam a velocidade não podem ser colocados propositadamente em local estratégico para flagrar de forma sub-reptícia os condutores de veículos, com o fim de aumentar a arrecadação. Esse método de arrecadação caracteriza desvio de finalidade, pois viola os direitos da cidadania e a segurança no trânsito e não visa a educar o motorista. A atividade ad-

<sup>101</sup> A Súmula nº 127/STJ tem o seguinte teor: “É ilegal condicionar a renovação de licença de veículo ao pagamento de multa da qual o infrator não foi notificado.”

ministrativa, no campo do chamado poder de polícia do trânsito, está submetida não só às normas legais como aos princípios gerais de Direito Administrativo dentre os quais o da proporcionalidade e da razoabilidade.

A Resolução nº 79/1998, do Contran, estabelece, quanto à sinalização das barreiras eletrônicas de fiscalização de velocidade, nas rodovias:

A sinalização deverá ser fixada ao longo da via fiscalizada, do lado direito do sentido do trânsito, observada a engenharia de tráfego, e obrigatoriamente respeitando espaçamento mínimos de 300 metros antes de cada equipamento de fiscalização, mantendo o usuário permanentemente informado.

O dispositivo *supra* não deixa dúvida quanto à exigência de placas de sinalização determinando que elas não sejam colocadas em distância inferior a 300 metros. Por conseguinte, não há impedimento de sua fixação em local superior a 300 metros antes do equipamento de fiscalização.

Ademais, a instalação do aparelho fiscalizador medidor de velocidade tem que ser aferido e aprovado pelo Inmetro.

É oportuno mencionar que a velocidade máxima imposta pelo Poder Público, em seu legítimo exercício tão festejado de poder de polícia, possui como *ratio essendi* a tentativa de coibir os motoristas que conduzem seus veículos em alta velocidade, causando alto número de acidentes, muitas vezes, com vítimas fatais. A regulação da velocidade considerando o local e horário de tráfego é insindicável pelo Judiciário. Caso contrário, estaria havendo intromissão indevida no âmbito do administrador.<sup>102</sup>

Velocidade acima da estabelecida, sob o argumento de que a redução, em altas horas da madrugada, poderia expor o motorista a atos de violência, não há que prosperar, porque a legislação de trânsito sinaliza de forma intermitente com vistas a eximir o condutor de veículos de pararem durante esses horários de risco.

Para arrematar, a multiplicação do número de pardais nos centros urbanos, com objetivo único da “Indústria das Multas”, vem gerando polêmica e já é motivo de investigação por parte do Ministério Público, instaurando inquérito civil, por falta de estudos técnicos para instalação de pardais.

#### 8.24.3. Apreensão de veículos

Cumpramos ressaltar que começam a surgir teses em discussão acadêmica no sentido de que veículo pode ser apreendido fazendo “lotação clandestina”, sem a devida autorização, de forma irregular, não oferecendo a bem da segurança do trânsito e, principalmente, da segurança aos passageiros, justifica o ato de apreensão pelo Poder Público.

Ora, no caso, se o proprietário do veículo transportava passageiros sem ter autorização para tanto, e se, agindo assim, o fez de forma arbitrária, transitando com veículo que não apresentava boas condições de tráfego e segurança de seus usuários, claro está que foi o próprio proprietário que deu causa à apreensão – por sinal, feita em boa hora, antes que algo de mais grave pudesse acontecer. Não constitui confisco, nos termos da Súmula nº 323 do STF, dado que o ato (apreensão) foi praticado no estrito cumprimento do poder (dever) de polícia preventiva dos agentes públicos, o que substancia a legalidade da medida em face das irregularidades apontadas.

Há dois aspectos que restam a ser observados: 1) que a multa não é autoexecutória, por se tratar de uma obrigação de dar – cobrança tem que ser efetivada pela ação própria; e 2) que a exigibilidade é inerente a toda medida de polícia, não precisando de norma expressa.

Ao lado da exigibilidade, temos a executoriedade, que não se pode confundir com o princípio da autoexecutoriedade do poder de polícia administrativa, por ser aquela parte de uma divisão doutrinária a respeito deste.

<sup>102</sup> Nesse sentido, transcrevemos a decisão do STJ, julgado REsp. nº 451242/RS, Primeira Turma:

Ementa: “Administrativo. Infração de trânsito. Excesso de velocidade detectado por equipamento eletrônico. Multa. Cabimento. Princípio da proporcionalidade inaplicável. Interesse público que se sobrepõe ao particular.

1. O Código de Trânsito Brasileiro permite ao administrador, no exercício do seu poder de polícia, insindicável pelo Judiciário, regular a velocidade considerando o local e o horário de tráfego. Em consequência, não malfere a lei o ato administrativo de polícia que fixa esses limites, porquanto a razoabilidade ou a proporcionalidade da velocidade admitida é fruto da técnica do administrador, cuja aferição escapa ao poder judicante na esfera do recurso especial, quer pela invasão da matéria fática, quer pela intromissão indevida no âmbito do administrador.

2. Os redutores eletrônicos de velocidade, em regra, sob a forma de ‘pardais’ e barreiras eletrônicas, são frutos de acentuada preocupação da Administração Pública com os alarmantes índices de acidente de trânsito causados pelo excesso de velocidade dos condutores de veículos automotores, mercê de legitimados pelo Código de Trânsito Brasileiro.

3. Atitude do condutor de veículo em ultrapassar a velocidade estabelecida pela administração no exercício do seu poder de polícia desautoriza o cancelamento da multa ao pálio da proporcionalidade, posto implicar essa investida substituição do administrador do Judiciário. Supremacia do interesse público.

4. Recurso especial provido.”

Então, *executoriedade* é o poder da Administração, uma vez tomada a decisão executória, promover a sua *execução forçada*, valendo-se de *meios diretos de coação*, fazendo uso até da força física, se for o caso.

É de suma importância observar que a *executoriedade* possui características, a exemplo da exigibilidade, embora exatamente opostas, quais sejam: não existe em toda medida de polícia, daí ser necessária uma norma que expressamente a preveja, ou uma situação de urgência. É a hipótese em que o imóvel encontra-se prestes a desabar. A Administração Pública notifica o particular a promover a demolição e o mesmo não toma as providências cabíveis, o que pode chegar a um ponto que o prédio, efetivamente, coloque em risco a segurança pública. É quando, então, surge aquela situação de urgência, promovendo a Administração, *executoriamente*, a demolição do prédio, valendo, contudo, uma advertência: para promover a demolição de prédios privados é preciso que a Administração Pública, em regra, se valha do Judiciário, através de uma ação denominada *ação demolitória*.

Importante também é destacar que a *executoriedade* não se confunde com a exigibilidade, pois essa não garante, por si só, a execução do ato, a exemplo da exigência de construção, ao passo que a *executoriedade*, pelo contrário, compele o administrado a cumprir a determinação exigida.

Recentemente, um jornal de grande circulação<sup>103</sup> noticiou uma *blitz* da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro, num programa de inspeção semelhante ao da Vigilância Sanitária, realizada em um grande *shopping center* da Zona Sul. Nessa ação, 11 restaurantes foram flagrados com inúmeras irregularidades, desde alimentos com a data de validade vencida até baratas passeando pelas cozinhas sobre os alimentos.

Nessas atuações, o agente público deve agir imediatamente, valendo-se da *autoexecutoriedade* do poder de polícia que lhe é conferido, apreender os alimentos estragados e multar os estabelecimentos.

Conforme já mencionado, o ato de poder de polícia administrativa pode ser exercido de forma preventiva e punitiva. Quando uma fiscalização sanitária chega a um estabelecimento comercial, não tem o fito de multá-lo

ou apreender as suas mercadorias. Todavia, deverá fazê-lo ao se deparar com condições de funcionamento contrárias às legais.<sup>104</sup>

Vários são os interesses tutelados pelo poder de polícia que estão vinculados ao bem-estar da coletividade, tais como: segurança, tranquilidade, higiene, saúde, valores estéticos, artísticos, históricos, paisagísticos etc.

#### 8.24.4. Estacionamento rotativo – indenização

Esse é o assunto da vez – estacionamento –, embora a questão que aqui vamos tratar se refira aos “estacionamentos rotativos”, aqueles, encontrados por toda parte da cidade, cujas vagas são “controladas” por elementos autorizados, pela Administração Pública municipal ou entidade delegada, a cobrar do cidadão um valor pela utilização de logradouros públicos para estacionar seu veículo.

Por ser um estacionamento por tempo limitado, o objetivo dos “estacionamentos rotativos” é beneficiar toda a coletividade, estimulando o estacionamento rápido, a fim de que qualquer um de nós possa dele se utilizar e, com isso, desafogar o trânsito, prevenindo, inclusive, o cometimento de infrações por estacionamento em locais indevidos. Para falar a verdade, qual de nós já não deixou de pagar esse estacionamento que, de tão rápido, o próprio agente autorizado “liberou” a cobrança?

Temos que admitir, no entanto – e isso é cá entre nós –, que nem sempre esses estacionamentos são realmente “rotativos”. Quer prova? Pode-se considerar um sujeito de sorte aquele que encontrar uma vaga em tais locais, por exemplo, às 11 horas da manhã ou à uma da tarde, em determinados locais do centro da cidade. Isto porque, aquele que a encontra mais cedo, estaciona seu veículo, que ali fica, embora se saiba que há um tempo-limite para esse estacionamento; porém...

Pois é, tudo isso que se falou até aqui foi apenas um pretexto para levantar uma questão que, com muita frequência, surge em nossos tribunais, onde pessoas pleiteiam indenização por perdas e danos, por terem seus veículos furtados ou roubados nos “estacionamentos rotativos”, invocando, por isso, o Código de Defesa do Consumidor, colocando a Administração Pública na po-

<sup>103</sup> Jornal *O Globo* – jun. 2003.

<sup>104</sup> Ilustramos com decisão do Tribunal de Justiça:

Ementa: Mandado de Segurança Contra Ato de Secretário de Estado. Resolução Administrativa Proibindo a Prescrição Médica de Determinado Medicamento (Lorazepan, Midazolan etc.). Secretário de Saúde do Estado Competente para Emitir Tais Atos. Exercício Regular do Poder de Polícia Sanitária. Recurso Ordinário Conhecido, mas Improvido.

Decisão: Por Unanimidade Negar Provimento Ao Recurso.

(TJ – Primeira Turma; Min. Rel. José de Jesus Filho).

sição de fornecedora de serviços, não podendo, assim, ser exonerada ou atenuada de sua obrigação contratual, a ela competindo, portanto, a responsabilidade de indenizar pelos danos advindos de um serviço que envolve o bem público. Seria então um direito do cidadão ser indenizado, nesse caso, ou seja, quando seu veículo é furtado ou roubado durante o período em que estiver estacionado em um desses “estacionamentos rotativos”? Vamos ver.

Para começar, é preciso entender o que envolve esse tipo de estacionamento, clareando certos aspectos.

Primeiro, diz respeito aos logradouros públicos, que muita gente desconhece seu significado, qual seja, que eles nada mais são do que os espaços livres, inalienáveis, destinados à circulação pública, não só de pedestres como de veículos; são bens de uso comum do povo, assim como são as praias, as praças, as ruas etc. Portanto, sua destinação é pública, mas que não por isso retira do Poder Público o direito de regulamentar seu uso para o bem da própria coletividade.

Outro aspecto a ser observado é quanto ao fato de que a Administração Pública pode limitar, condicionar e até mesmo restringir direitos individuais em prol do interesse público, desde que não retire o próprio direito do cidadão, exercício esse denominado poder de polícia administrativa, que é bom que se diga nada tem a ver com a polícia – organismo encarregado de assegurar a ordem pública e de promover a segurança do cidadão. No caso dos “estacionamentos rotativos”, o que a Administração Pública faz, portanto, no seu legítimo exercício de poder de polícia, é nada mais do que disciplinar, ordenar o uso do espaço urbano, em favor da coletividade, a ela garantindo a rotatividade dos veículos, sem que isso signifique a obrigação de guardá-los.

Por fim, há de se verificar que a relação jurídica existente entre Poder Público e o proprietário do veículo é de um simples contrato de permissão de uso daquele espaço público, que, na verdade, é de todos, um bem comum do povo, mas que é concedido ao particular, mediante o pagamento de um determinado valor, cuja contraprestação é o respeito àquele período de tempo para sua utilização.

A partir daí, então, fica fácil entender por que a Administração Pública não pode ser responsabilizada por eventuais danos sofridos pelos usuários desses parques, uma vez que seu objetivo, como já dissemos, é promover um estacionamento rápido e rotativo, para que todos possam dele usufruir, sem a aferição de lucro,

diferentemente da atividade empresarial, cuja finalidade é lucrativa, e prova maior disso é que os próprios funcionários que lá trabalham também pagam o estacionamento.

Portanto, se a Administração Pública está cumprindo seu dever de gerir os bens e interesses públicos conforme a lei, e seu objetivo com os “estacionamentos rotativos” é tão somente garantir ao usuário, por meio de agentes controladores, o cumprimento de uma curta permanência de veículos naqueles parqueamentos, assim possibilitando sua rotatividade, então, não há que se invocar, nem mesmo, a teoria do risco administrativo, uma vez que este se daria na hipótese de culpa da Administração, isto é, se ela faltasse com aquele compromisso, o que não é o caso.

Vem predominando nos tribunais que a relação jurídica estabelecida entre a CET – Rio e o usuário de estacionamento rotativo é de simples permissão de utilização do espaço público municipal, criando para esse apenas o direito de estacionar o veículo em local que seria de uso comum do povo, mediante o pagamento de certa quantia e, para o ente público, o dever de respeitar o estacionamento no período contratado.

A grande finalidade desse sistema é racionalizar o tráfego de veículos, estimulando o estacionamento rápido para que um número maior de veículos possa ser beneficiado.

A cobrança, pela Administração Pública municipal ou por entidade delegada, de um valor para estacionamento de veículos nos chamados “estacionamentos rotativos” situados em logradouros públicos, está inserida no exercício do Poder de Polícia conferido à Administração, visando a disciplinar o uso do solo urbano, não assumindo a entidade que controla tais estacionamentos a obrigação de guarda dos veículos que os utilizam, daí, não poder ser responsabilizada pelo furto dos mesmos.

A solução da questão admite vários caminhos, a saber:

1. Responsabilidade contratual – pois ao receber o veículo no estacionamento, a estatal assume o dever de guarda (obrigação de resultado) que só pode ser afastado por uma das causas que excluem o nexo causal.
2. Responsabilidade objetiva pela falta de serviço (art. 14 do CDC) – a estatal é prestadora de serviço público e, como tal, subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.

3. Responsabilidade subjetiva – nesse caso teria que se provar a culpa do seu preposto (falta de vigilância).
4. No caso seria, inaplicável o art. 37, § 6º, da Constituição Federal porque há contrato entre as partes e o citado artigo só se aplica à responsabilidade extracontratual.
5. O entendimento predominante, hoje, é no sentido de que a estatal não responderia porque não teria celebrado contrato com o proprietário do veículo; não teria havido depósito nem guarda, mas mero exercício do poder de polícia quanto ao uso de vagas públicas para estacionamento.

## CAPÍTULO 3

---

### Atos Administrativos

#### Considerações Iniciais

Ao se analisar o instituto jurídico do *ato administrativo*, pressupõe-se a pré-análise de outros elementos correlatos, em especial a da função administrativa, sem a qual não se elucidará o estudo do aludido instituto. Preliminarmente, registre-se que a função administrativa é bem mais abrangente que os atos administrativos, pois que é a partir daquela que emanam tais atos.

Classicamente, impera o entendimento doutrinário de que as *atividades estatais* estão divididas em elaborar leis, executá-las e aplicá-las no julgamento de um caso concreto, sendo certo que cada uma dessas atividades está diretamente relacionada a um Poder do Estado, não obstante inexistir um rigor no que tange à exclusividade destas por cada Poder. A falta desse rigor se deve ao fato de que, dentro da trilogia das funções estatais, cada ente exerce tipicamente suas funções e atipicamente funções dos demais entes, destacando-se com discreta relevância a função administrativa, haja vista a sua heterogeneidade em relação às demais.

A esse propósito, enfatizando-se a incidência da função administrativa, pode-se afirmar que o ato administrativo é apenas uma de suas formas de explicitação, já que esta pode se apresentar por meio de regulamentos, contratos, atos de administração e fatos administrativos, além da sua incidência não apenas no Poder Executivo, mas também no Legislativo e no Judiciário. Daí a assertiva de que a função administrativa é mais corriqueira, no sentido de ter maior amplitude de atuação, que as funções legislativa e jurisdicional.

Portanto, insta relevar que as funções administrativas, legislativas e judiciárias são tipicamente exercidas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, respectivamente, não obstante ocorra com frequência a prática de cada uma dessas funções por todos os pode-

res, de forma secundária, sendo a função administrativa a mais comumente exercida pelos três poderes quando estes se valem da prática de atos administrativos materiais no exercício de suas funções rotineiras.

Da função administrativa, precipuamente praticada pelo Poder Executivo, emanam atos distintos, como atos *administrativos*, *atos políticos* e *atos da Administração*, daí a necessidade de uma breve análise de tais atos, que se dará oportunamente. Os *atos administrativos* – objeto de estudo do presente trabalho, se destacam dos demais pela sua típica juridicidade, relevância jurídica e por produzirem efeitos em relação a terceiros. Os *atos da Administração*, por seu turno, são aqueles que se produzem dentro da própria Administração Pública, não gerando quaisquer efeitos externos.

Em se tratando de atos administrativos, um dos tipos de deliberação estatal por meio do qual a Administração Pública se comunica com o mundo jurídico, a apreciação de certas noções preliminares será relevante para se depreender as características e peculiaridades da matéria, visto que a própria noção de ato administrativo surgiu recentemente, quando a Administração Pública se submeteu a um regime de Direito.

#### A clássica divisão das funções estatais

Acolhida universalmente pelos Estados de Direito, a divisão de autoridade governamental em três setores – Executivo, Legislativo e Judiciário – viria a ensejar a especialização harmoniosa das atividades do governo, dando independência aos órgãos incumbidos de realizá-las, muito embora o poder estatal, em sua essência, seja uno e indivisível.

Oportuno é observar, entretanto, que muitos dos seguidores de Montesquieu passaram a deturpar seus pensamentos políticos, quando falavam em “divisão” e “separação de Poderes” como se eles fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, diferentemente do que enfocava sua teoria, que se referia unicamente à necessidade de um *equilíbrio entre os Poderes*, pois, na sua concepção, todo aquele que detém poder tende a abusar dele e, para limitá-lo, seria preciso organizar as coisas de maneira que o poder fosse contido pelo próprio poder. Daí sua ideia da tripartição do exercício do Poder: aquele que faz as leis cumpre, não as execute nem julgue; aquele que julga não faça as leis nem as execute; aquele que executa nem faça as leis nem julgue.

De tal concepção resultaria o sistema de *checks and balances*, entre os ingleses e norte-americanos, ou freios e contrapesos, na terminologia brasileira, em que um

Poder limita o outro. Na verdade, o governo é a resultante da interação desses poderes, como a Administração o é de todos os órgãos que deles façam parte.

A partir de então, na França, surgiria a necessidade de serem julgados os atos da Administração ativa, reconhecendo-se que as atribuições políticas deveriam se desligar das prerrogativas judiciais, sendo assim criados, numa etapa seguinte, a par dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos, que deram origem, por sua vez, à Justiça Administrativa.

Como corolário natural do processo, foi-se estruturando um “novo” Direito, o *Direito Administrativo*, específico da Administração e dos administrados para as suas relações recíprocas, sendo costume dizer que o seu nascimento está consubstanciado numa lei francesa de 1800, conhecida como Lei de 28 do pluvioso ano VII (calendário da Revolução Francesa).

Para corrigir os atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público, firmou-se, então, o sistema do *contencioso administrativo*, que veda à Justiça comum conhecer de atos da Administração, sujeitando-os unicamente ao Conselho de Estado, ápice da pirâmide da jurisdição especial do contencioso administrativo daquele país. Vigente até os dias de hoje, é este conselho que, além de rever o mérito das decisões, também controla a sua legalidade.

Contudo, apesar de caber à jurisdição administrativa o julgamento do contencioso administrativo, certas demandas de interesse da Administração ficam sujeitas à Justiça comum, mas desde que sejam litígios decorrentes de atividades públicas com caráter privado ou litígios que envolvam questões de Estado e capacidade das pessoas e de repressão penal ou, ainda, litígios que se refiram à propriedade privada.

Desse modo, podemos observar que esse sistema é bastante complexo, pois há dois critérios de Justiça, um da jurisdição administrativa e outro da jurisdição comum, sendo frequentes os conflitos de jurisdição, haja vista que fica a cargo da jurisprudência a delimitação da competência. Quando isto ocorre, os litígios são solucionados pelo Tribunal de Conflitos francês. Mesmo assim, o sistema do contencioso administrativo foi adotado por alguns países europeus, como a Suíça, a Finlândia, a Grécia, entre outros, mas com adaptações e simplificações.

### A jurisdição brasileira

Ressaltamos que no Brasil, no entanto, com a implantação da República, foi adotado o sistema inglês, o

da *jurisdição única*, ou seja, do controle administrativo pela Justiça comum, que está previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, expressando o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional ou da Justicialidade, rezando que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Dessa forma, todos os interesses, quer sejam eles do particular, quer sejam do Poder Público, resolvem-se perante os juízes e tribunais do Poder Judiciário, único competente para proferir decisões com autoridade final e conclusiva, embora isto não signifique dizer, necessariamente, que seja negado à Administração o direito de decidir. O que lhe é negado, sim, é a possibilidade de exercer funções materialmente judiciais, ou judiciais por natureza, e de tornar suas decisões definitivas, que são próprias dos julgamentos judiciais. Em outras palavras: as decisões da Administração ficam sempre sujeitas ao Poder Judiciário – uno e único –, que decide os litígios de Direito Público e de Direito Privado.

Já as atividades administrativas são bem definidas, afastando dessa forma de seu campo de ação as três funções estatais precípua, quais sejam:

- a atividade legiferante (ou legislativa), por ser uma atividade abstrata, enquanto a atividade objeto de nossos estudos é *concreta*, como aquela que, por exemplo, constrói viadutos, presta serviços públicos, multa pessoas que estejam infringindo disposições administrativas, sanciona um funcionário público que tenha cometido infração disciplinar etc.;
- a atividade jurisdicional, por ser uma atividade indireta do Estado, onde ele só atua subsidiariamente, embora possa exercê-la como parte na função administrativa, quando atua nas relações jurídicas de direito material, ao indenizar, exonerar, nomear etc., visto que é o ato jurídico quem cria, modifica ou extingue direitos e obrigações, enquanto a atividade administrativa é *direta*; e, finalmente,
- a atividade mediata do Estado, que é a ação social, por se tratar da atribuição de traçar as metas sociais, as diretrizes sociais, que é incumbência do governo, embora isso não signifique que a Administração Pública não construa escolas ou não admita pessoas em escolas públicas, pois são atos que ela, inclusive na sua função social, também executa.

## 1. Ato jurídico e ato administrativo

Preliminarmente, pode-se dizer que os atos jurídicos são gênero dos quais os atos administrativos são espécies. A expressão *ato jurídico* encontrava respaldo legal até a vigência do antigo Código Civil de 1916, cujo conceito ali delineado embasava diversas definições tecidas acerca do próprio ato administrativo, por possuírem a mesma base dos elementos estruturais, quais sejam: manifestação de vontade, licitude e a produção de efeitos jurídicos.

Vale ressaltar que surge uma substancial diferença no que alude aos elementos *sujeito* e *objeto* quando aplicáveis ao ato administrativo, por adquirirem estes uma conotação própria de Direito Público. Aqui, o sujeito será um agente com prerrogativas públicas, quer seja da Administração Pública, ou do Poder Executivo, quer seja do Estado, genericamente falando, incluindo-se os seus Poderes Legislativo e Judiciário, ao sabor da doutrina que assim acolhe o tema. No que concerne ao objeto, este será revestido de interesse público.

Já o ato jurídico encontra seu conceito relacionado à teoria geral do Direito, e não especificamente ao Direito Civil, embora o art. 81 do aludido diploma legal tece-se sua definição conforme segue: “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

O atual Código Civil, por seu turno, alterou a figura do ato jurídico, tendo adotado nos arts. 104 a 184 a expressão *negócio jurídico*, a partir de onde insurgiu a necessidade de distinção entre estes. No primeiro, a manifestação de vontade está estritamente atrelada ao ordenamento jurídico, ou seja, tendo como executores agentes da Administração Pública e se formalizando em consonância com a previsão legal. No negócio jurídico, a manifestação de vontade se inclina à vontade do emitente, a quem caberá traçar a finalidade perseguida pelo ato.

Portanto, tanto os atos administrativos propriamente ditos quanto os atos legislativos e jurisdicionais se enquadram na noção de atos jurídicos, mas não na de negócios jurídicos, porquanto não há que se falar, no primeiro caso, na manifestação de vontade de particular, sendo o interesse público o fim a ser alcançado. Não obstante, é certo que a Administração Pública também poderá se valer da prática de negócios jurídicos, ao praticar atos administrativos materiais ou atos não jurídicos, quando compra um veículo ou aluga um imóvel, por exemplo.

## 2. Diferença entre atos da Administração (ou Ato de mera atuação do Estado) e atos de administração

Cabe distinguir, nessa oportunidade, os *atos de Administração* dos *atos da Administração*. Os primeiros são atos meramente materiais, não jurídicos, embora editados por agentes administrativos credenciados. Já os atos da Administração seria o gênero e os demais atos, inclusive os atos de administração, espécies. Dentre os atos de administração, subdividem-se em atos jurídicos e atos não jurídicos, se encaixando o ato administrativo no primeiro rol.

Portanto, nem todos os atos praticados pela Administração são atos administrativos, embora possam até ser consequentes daqueles. Atos da Administração são aqueles praticados pelo Estado no exercício da função administrativa para atingir as finalidades a que se propõe, ao passo que atos administrativos são aqueles em que o Poder Público atua com seu poder de império, usando de prerrogativas administrativas.

Seguindo uma sistematização proposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Melo,<sup>1</sup> podemos distinguir os seguintes tipos de atos da Administração:

a) *atos inteiramente regidos pelo Direito Privado*, conforme o Direito Civil e Comercial, nivelando-se ao particular, abrindo, pois, mão do seu poder de supremacia, vez que desnecessário em muitas situações. É o que ocorre, por exemplo, na locação de um grande galpão para servir de almoxarifado de certa repartição pública, nos contratos de compra e venda, ou na emissão de cheques ou outros títulos. Embora a escolha do imóvel possa, em alguns casos, ser precedida de uma licitação, procedimento de Direito Público, o contrato em si tem natureza privada, sendo regido pela legislação civil comum;

b) *atos puramente materiais*, quer dizer, que não apresentam efeitos jurídicos diretos, não podendo, portanto, serem considerados sequer atos jurídicos. Tal é o caso, por exemplo, da execução de trabalhos técnicos, como a projeção de obras por um engenheiro, a pavimentação de uma rua, a verificação das condições sanitárias de uma população, o atendimento ambulatorial ou hospitalar em hospital da rede pública, o ministério de uma aula em universidade ou escola pública por ocupante de cargo público de professor, a colocação de um transformador numa rua ou a construção de uma galeria. Tais atos, repita-se, embora não tenham conteúdo jurídico direto e imediato, podem, em alguns casos, ser produzidos de forma indireta, como no caso de danos causados a particulares, por agentes públicos, que ensejam a obrigação de indenizar;

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 412.



c) *atos de governo ou atos políticos*, praticados no exercício de função política, e que, do ponto de vista formal, submetem-se diretamente à Constituição e, pois, ao Direito Constitucional e não ao Direito Administrativo, como no caso da participação do Executivo no processo legislativo, de que são exemplos: o envio de Emenda Constitucional ao Congresso Nacional propondo reforma do Estado, o veto total ou parcial de projeto de lei, ou sua sanção. Embora sejam atos de caráter infraconstitucional amplamente discricionários, ditados em consonância com os projetos das correntes político-ideológicas hegemônicas em determinada conjuntura, tais atos são passíveis de controle jurisdicional, sempre que afrontarem normas ou princípios constitucionais. Embora submissos diretamente à regência do Direito Constitucional, deve-se excluir do conceito de atos políticos ou de governo os atos normativos ou especiais dos Poderes Legislativo e Judiciário, pertinentes ao exercício das suas funções;

d) *atos administrativos propriamente ditos*, enquadrados dentro de um regime de Direito Público que lhes conferem poderes e limitações especiais, não detectáveis nos atos jurídicos comuns regidos pelo Direito Privado. São praticados não somente no Executivo, mas também nos Poderes Legislativo e Judiciário, no exercício de função administrativa, que lhes serve de suporte para o desempenho de suas funções típicas. São atos administrativos a nomeação de pessoa para titularizar cargo público, bem como a concessão de aposentadoria, a realização de licitação para aquisição de bens ou serviços, ou a desapropriação de determinado imóvel para fins públicos etc.

Em relação aos atos materiais, é de se observar que eles decorrem da própria dinâmica administrativa, correspondendo a *atos administrativos*, mas que são antecedidos por um ato administrativo; este sim é que lhe dará as coordenadas da execução material que lhe foi incumbida.<sup>2</sup>

Exemplos de fatos administrativos são: a apreensão de mercadorias, a demolição de um imóvel, a desapropriação de um bem privado, dispersão de manifestantes etc., atividades que são desenvolvidas pela Administração Pública no exercício da função administrativa, mas que não geram efeito jurídico nenhum, não expressam manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração sobre certa situação, embora isso não signifique que, desses fatos, não possam decorrer efeitos de natureza jurídica, como o direito a uma indenização.

Fatos administrativos seriam todos aqueles fatos materiais e concretos praticados pela Administração ou que acarretam efeitos em relação à Administração, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público.

Os fatos administrativos se dividem em *fatos voluntários* e *fatos naturais*.

O fato administrativo natural seria, por exemplo, uma enchente que obriga o corpo de bombeiros a agir. Não se trata de fato administrativo iniciado por ato de vontade, tendo origem em um evento da natureza. O fato administrativo voluntário, por sua vez, é todo fato que emana de uma manifestação de vontade, subdividindo-se em *ato administrativo* e *conduta administrativa*. Conduta administrativa é toda atuação concreta da Administração, não precedida de ato administrativo.

Saliente-se, contudo, que a atividade administrativa nem sempre se manifesta mediante um texto escrito, senão através da via oral, de sinais, de gestos, de símbolos. Veja-se o caso do controle do trânsito: é gesticulando que o guarda de trânsito direciona o tráfego em ruas e estradas, o qual também pode ser efetuado através de sinais, placas e equipamentos eletrônicos.

A respeito dos fatos administrativos, convém registrar que existem duas correntes que tratam da matéria, também denominados *atos ajurídicos*.<sup>3</sup> A primeira delas, minoritária, considera fato administrativo com base na doutrina alienígena, conceituando-o como todo acontecimento, independente da vontade humana, que provoca efeitos na órbita do Direito Administrativo. Seriam eles eventos da natureza, a exemplo da morte de servidor público, que gera a vacância de um cargo. Já a corrente majoritária, da qual fez parte o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles,<sup>4</sup> entende que fato administrativo é toda a atividade pública material da Administração desenvolvida no exercício da função administrativa, mas desprovida de conteúdo de direito, como é o caso da instalação de um serviço público, a pavimentação de uma rua etc., atividades que não possuem efeitos jurídicos, e sim efeitos de ordem prática.

### 3. Atos políticos e atos de governo

A análise dos atos de governo pode-se iniciar no limite entre este e a função administrativa, pois nele

<sup>2</sup> A título elucidativo, cumpre destacar que o nosso Direito Positivo admite algumas hipóteses em que à prática do fato administrativo deverá, necessariamente, anteceder o ato administrativo, como é o caso da aplicação de multas de trânsito ou nas prisões em flagrante, cujas lavraturas dos termos se dão *a posteriori*.

<sup>3</sup> Segundo o professor Diógenes Gasparini, são os fatos administrativos chamados de atos ajurídicos, traduzidos como um "mero trabalho ou operação técnica dos agentes públicos. Não têm, portanto, laivos de juridicidade". GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

<sup>4</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 146.

recaem a exclusividade de serem praticados pelo Poder Executivo, segundo disposição constitucional, não se coadunando com as características da função administrativa, em especial quanto ao sujeito que os pratica de forma típica.

Mister se faz, também, uma breve distinção entre governo e Administração, sendo o primeiro entendido como o conjunto dos poderes do Estado, cuja doutrina é abarcada pelo estudo do Direito Constitucional, ao passo que a Administração pode ser analisada tanto pelos seus órgãos, constituindo uma análise subjetiva, orgânica ou formal, quanto pelas suas funções, inclinando-se para o critério objetivo, funcional ou material.

Ainda dentro da concepção de se desmembrar os atos da Administração em atos de império e atos de gestão, os primeiros seriam os atos de governo, e não estariam submetidos ao controle do Poder Judiciário; e os segundos, os atos de gestão, se equivaleriam aos atos administrativos, estando sujeitos à apreciação jurisdicional.

Os atos de governo, conforme se depreende de sua denominação, são editados pelos chefes de governo, e se diferenciam dos atos políticos conquanto que a esta classificação podem ser incluídos tanto os atos do Executivo, quanto do Legislativo e do Judiciário. Com isso, aqueles atos derivados do Poder Executivo podem ser tanto de governo quanto político.

Levando-se em consideração a avaliação do Estado como um todo, já que este, para a consecução de sua finalidade pública, que é indissociável do bem comum, tem que praticar uma infinidade de atos, a teoria que classifica os atos de governo e os atos políticos como distintos não encontra respaldo, pois as atividades do Estado se confundem numa só, ressaltando-se tão somente a realização de seus fins, que jamais serão outros senão o alcance do interesse público.

Todavia, não há que se negar que a Lei Maior elenca um rol de atos de exclusividade do chefe do Poder Executivo, que se denominam em atos de governo, situados alguns deles no plano do Direito gentílico, como a assinatura de tratados, acordos comerciais internacionais, a defesa de sua soberania e do próprio território, ou ainda a declaração de guerra à nação estrangeira. Pode-se aqui ressaltar que a edição desses atos estaria mais diretamente relacionada à manutenção do Estado que aos interesses individuais.

A origem desses atos se deve à tentativa de excluir da apreciação do Poder Judiciário determinados atos estatais, fato que caiu por terra após a chegada do Estado de Direito, pois que um de seus ideários é o de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão

ou ameaça de direito”, princípio insculpido no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República.

Com efeito, após a criação do Estado de Direito não prevalece nenhum argumento, princípio ou regulamento constitucionalmente amparado que exclua do Poder Judiciário a apreciação, se derivar em lesão ou simples ameaça de lesão de direito. Nesse sentido, a intenção originária de afastar os atos de governo dessa apreciação não subsiste, e acaso subsistisse, estar-se-ia diante da negação do próprio Estado de Direito. Comparando-os, contudo, aos atos administrativos, apenas o *motivo informador do ato* ou do próprio *mérito* poderá escapar da apreciação jurisdicional.

Não obstante, os atos de governo podem existir doutrinariamente, assim denominados, se submetendo ao controle jurisdicional, como os demais atos que emanam do Estado. No que alude ao regime jurídico aplicável aos atos políticos e aos atos de governo, este se unifica e os reporta ao dispositivo constitucional, devendo nesse Documento Maior se tangenciar. Distinguem-se, ainda, das atividades administrativas pelos motivos políticos informadores.

Reportando-se à sua origem, a teoria dos atos de governo surgiu na França, em decorrência de decisões pronunciadas pelo Conselho de Estado, a alta Corte francesa em matéria administrativa. Segundo a jurisprudência desta Corte, não lhe competia a apreciação dos atos de governo, apenas dos atos tipicamente administrativos. Com base nessa postura, atenuada com o tempo de seu rigorismo inicial, a doutrina elaborou a teoria da função governamental ou política, distinta da função administrativa. Tal distinção revela-se, ainda hoje, polêmica tanto no plano doutrinário quanto no jurisprudencial, sendo, inclusive, rejeitada por muitos autores.

Controvérsias já são encontradas na própria terminologia empregada. No Direito de cunho latino são mais usuais as expressões “ato de governo” e “ato político”; no Direito norte-americano utiliza-se a locução “questões políticas”, enquanto no Direito inglês fala-se em “atos de Estado”. Então, qual a terminologia mais adequada? Considerando-se a atuação do poder estatal, políticos seriam todos os atos que a expressassem, mormente os atos parlamentares e todos os atos administrativos. A política resultaria, tanto no presidencialismo como no parlamentarismo, da atuação conjunta desses dois poderes, em conformidade com o sistema constitucional vigente, embora se fale cada vez mais de uma atuação política também do Judiciário. Contudo, na atualidade, a locução “ato de governo” se encontra relacionada

à atuação do Poder Executivo, devido à associação do termo “governo” a este poder.

No plano doutrinário, tem-se intentado estabelecer, não sem sérias dificuldades, uma melhor, precisa e mais aceitável diferença entre os atos políticos e os atos administrativos. Rivero acentua:

[...] a dificuldade de fixar fronteira entre governo e administração; na prática a ação governamental e a direção da atividade administrativa cabem aos mesmos órgãos e leva a atos da mesma natureza; a distinção não tem alcance jurídico.<sup>5</sup>

Debbasch, por sua vez, refere-se à indissociável mescla entre o jurídico e o político, afirmando que “na realidade não há fixação de finalidade pelo poder e o político e execução administrativa, mas emaranhado de fins e meios que favorecem interferências recíprocas”.<sup>6</sup>

De fato, na estrutura do Estado contemporâneo, encarregado de múltiplas atribuições, parece difícil sustentar uma separação muito rígida entre política e administração, ou atividade política e atividade administrativa, dada a interferência recíproca entre essas duas esferas, embora algumas distinções possam e devam ser estabelecidas.

Todavia, antes de tudo, destaca-se uma nota singular orgânica presente nos atos de governo: o ato de governo provém dos agentes ou órgãos mais elevados do Poder Executivo. Poderíamos, então, indagar sobre quem poderia editar atos de governo em determinado sistema jurídico-constitucional. Tal varia de acordo com a forma de Estado (federal, unitário) e o sistema de governo adotado (presidencialista, parlamentarista, ou uma forma mista). Nos Estados federais podem editá-los os chefes do Executivo federal, estadual e municipal, consoante a maior ou menor autonomia conferida aos entes federados. Normalmente, não podem editá-los os dirigentes de entidades integrantes da Administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), vez que destituídas de autonomia política.

Outra nota relevante dos atos de governo é o fato de decorrerem de uma execução direta da Constituição, embora convenha destacar que existam em nosso ordenamento jurídico-constitucional diversos atos do Poder Executivo de natureza infraconstitucional, sem que mereçam a qualificação de atos de governo.

Fiorini<sup>7</sup> acentua, ainda, as consequências jurídicas externas e os destinatários de tais atos, quais sejam, os outros poderes do Estado, ou outros Estados e organismos internacionais.

Diante de tais notas, poderíamos elencar os seguintes atos de governo na Constituição de 1988:

- a) apresentação ou retirada de projetos de lei (art. 84, III);
- b) sanção, promulgação e publicação de leis (art. 84, IV);
- c) convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional (art. 57, § 6º);
- d) veto a projetos de lei (art. 84, V);
- e) edição de medidas provisórias com força de lei (art. 84, XXVI);
- f) decretação e execução de intervenção federal (art. 84, IX);
- g) decretação de estado de defesa e estado de sítio (art. 84, IX);
- h) celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII);
- i) declaração de guerra no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX);
- j) decretação de mobilização nacional total ou parcial (art. 84, XIX);
- k) celebração da paz (art. 84, XIX).

O desenvolvimento da teoria dos chamados “atos de governo”, diferenciados dos atos administrativos propriamente ditos gravitou, ratifica-se, em torno da possibilidade ou não de sua apreciação pelo Poder Judiciário, vez que, no esquema do Estado de Direito, calcado no princípio da legalidade, admitia-se como legítimo e necessário o controle de legalidade dos atos administrativos. Os atos de governo se caracterizariam, assim, por escapar a tal controle, decorrendo daí total liberdade do Executivo para editá-los.

Com efeito, a questão se coloca nos seguintes termos: sendo os atos políticos atos emanados do Poder Executivo, submeter-se-iam às formas de controle próprias do Estado de Direito, como o controle legislativo e o controle jurisdicional.

Não há dúvida de que no Direito pátrio os atos políticos sujeitam-se ao exame do Legislativo, que poderá, inclusive, recusar sua aprovação, como nos casos de estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal,

<sup>5</sup> RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2004, p. 48.

<sup>6</sup> DEBBASCH, Charles. *Science administrative*, 2006, p. 48.

<sup>7</sup> FIORINI, Bartolomeu. *Derecho administrativo*. t. I, 2006, p. 339.

aos regulados diretamente pela Constituição, e que dependem de expressa aprovação do Congresso Nacional.

Mas, e o controle jurisdicional? De acordo com a caracterização dos atos de governo, estes são editados com fundamento direto em dispositivos constitucionais e apresentam-se como execução direta de preceitos constitucionais. Ao editá-los, o Executivo exercita competências que lhe são conferidas pela Constituição, o que afasta o controle de legalidade, mas não o controle de constitucionalidade dos referidos atos, tanto do ponto de vista material, mediante invocação da intocabilidade das chamadas “cláusulas pétreas”, núcleo intangível da ordem jurídico-constitucional tal como fixado pelo legislador constituinte, como sob o aspecto formal, referente aos procedimentos fixados pela Constituição.

Por outro lado, a Constituição de 1988, ao consagrar o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* em face de qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito, inclina-se no sentido da possibilidade de apreciação também dos atos de governo. De fato, tal princípio não comporta restrição de qualquer espécie, em razão da natureza do ato editado, seja de cunho estritamente administrativo, seja de caráter político, sempre que de tais medidas resultarem lesão de direito.

Finalmente, outro aspecto a merecer destaque é a distinção entre *atos e fatos jurídicos* que, na verdade, é onde se encontra o *cerne da compreensão do ato administrativo*.

## 4. Conceito

### 4.1. A falta de um conceito exato

Registramos preliminarmente que o Direito Administrativo é povoado por institutos e instrumentos os quais nem sempre encontram suas conceituações amparadas na legislação vigente, ficando estas ao saber da interpretação dos diversos juristas que se dedicam ao tema. Nessa linha de raciocínio se insere o ato administrativo, cuja definição e conceito não podem ser extraídos do ordenamento jurídico, e por conseguinte, não se pode, dentro do Direito Administrativo, estabelecer um dito “conceito verdadeiro” sobre o tema. Em razão dessa lacuna legal, vários são os conceitos traçados sobre o ato administrativo, de modo que sequer se cogita a sua unificação conceitual no Direito brasileiro.

Em razão disso, em vez de se partir para uma busca conceitual exata, inclinam-se os juristas em tecer conceitos que lhes bastem para uma compreensão do tema dentro da atividade administrativa. Não obstante, ressalta-se que a correta definição não deve ser ignorada

em razão da falta de uma uniformidade, não devendo se confundir a falta de um conceito único, exato, com a variante de conceitos vagos e inexatos. Ademais, correlatos aos diversos conceitos firmados deve se associar todo o ideário de que se reveste o ato administrativo, ainda que alguns deles encontrem controvérsias doutrinárias.

Portanto, a definição de ato administrativo no Direito brasileiro é tema que tem sofrido reiteradas controvérsias, sobretudo por qual critério prevaleceria para a conceituação desses atos, se o objetivo ou o subjetivo, divergindo a doutrina a esse respeito.

Com efeito, a doutrina vem conceituando *ato administrativo* de diversos modos. No Brasil, pode-se conceituar o *ato administrativo* nos exatos termos do art. 81 do Código Civil de 1916, que traça a disposição acerca dos atos jurídicos, com o seguinte texto:

(...) manifestação de vontade da Administração Pública que, agindo na qualidade de Poder Público, objetiva adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, atendendo sempre ao princípio da legalidade, aplicando obrigações tanto a si própria quanto aos seus administrados.

É, portanto, um ato emanado de órgão competente, no exercício legal de suas funções e em razão destas.

O atual Código Civil, por seu turno, introduziu algumas alterações na disciplina relativa aos atos jurídicos, passando a denominá-los *negócios jurídicos*. Uma dessas alterações consiste no fato de não mais se indicar o objeto da vontade, na hipótese em que a pessoa pretende adquirir, modificar ou extinguir direitos e obrigações, conforme prescrevia o art. 81 do antigo Código.

Note-se que esse conceito se limita aos *atos administrativos unilaterais*, posto que inerentes à vontade da própria Administração, e que é o ato administrativo típico. Se, todavia, for considerada a possibilidade de manifestação de terceiro, estar-se-á diante de atos bilaterais ou multilaterais, característicos, respectivamente, dos contratos administrativos, convênios e consórcios.

Conceito legal de ato administrativo, entretanto, não há na lei, tecendo cada autor um conceito diferente, embora com pontos em comum, mas diferindo em algumas características meramente doutrinárias, de acordo com diferentes pontos de vista. Pode-se afirmar, por certo, ou que seja pacífico doutrinariamente, que os atos administrativos nada mais são do que uma espécie de ato jurídico.

Registre-se que foi Hauriou<sup>8</sup> quem afirmou, pela primeira vez, que o *ato administrativo* é um *ato jurídico*, as-

<sup>8</sup> MIRANDA, Sandra Julien. *Do ato administrativo complexo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.

sim dizendo a respeito: “[...] são os atos administrativos atos jurídicos editados pela Administração no desempenho de seus serviços públicos e para o pleno exercício de seus direitos”.

A doutrina majoritária,<sup>9</sup> entretanto, não diverge do conceito de ato administrativo, mormente ao admitir que ao conceito de “ato”, insculpido no Código Civil de 1916, deva ser dada uma finalidade pública, elemento fundamental para sua caracterização.

## 4.2. Pressupostos para o surgimento do ato administrativo unilateral

Restando pacífica a unilateralidade do ato administrativo típico, elenca-se sequencialmente os pressupostos para o seu surgimento:

### 4.2.1. O uso da supremacia do Poder Público

O primeiro pressuposto para o surgimento do ato administrativo unilateral é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público. Com isso, quando a Administração Pública se nivela ao particular na prática rotineira de seus atos destituídos do teor público, tais atos perdem a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado.

### 4.2.2. Produção de efeitos jurídicos

O segundo pressuposto é que os atos praticados pela Administração contenham manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores.

### 4.2.3. Agente capaz

O último pressuposto se refere à condição de que os atos administrativos sejam provenientes de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal.

## 4.3. Quem pode produzir o ato administrativo?

Inferior à lei em hierarquia, o ato administrativo emana, via de regra, do Poder Executivo, configurando-se no ato administrativo formal. Frise-se, contudo, que também os Poderes Legislativo e o Judiciário emitem atos administrativos de natureza material. Os atos típicos do Poder Legislativo são as leis (atos legislativos), enquanto os atos típicos do Poder Judiciário são as sentenças ou acórdãos (atos judiciais). Essas espécies de atos diferem, quanto à natureza, conteúdo e forma, dos atos típicos do Poder Executivo, os quais se denominam atos administrativos.

Para Diógenes Gasparini a produção de atos administrativos deve ser interpretada não somente em relação aos atos praticados pelo Estado-Administração, mas, também, por aqueles representantes investidos na função pública que, por força de investidura, precária ou não, exercem alguma prerrogativa estatal, tais como os concessionários ou permissionários de serviços públicos.<sup>10</sup>

A produção dos atos administrativos deve levar em conta o interesse coletivo, fato este que, se inobservado, acarretará violação do *princípio da moralidade administrativa*, que, ao lado do *princípio da legalidade*, constituem pedras basais da conduta da Administração Pública.

Asseveramos, então, que a prática de atos administrativos, no que concerne à Administração Pública direta,

<sup>9</sup> Nesses termos, passamos a transcrever o que alguns renomados administrativistas lecionam sobre o tema: “Ato Administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de Direito Público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 162). “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”. (MEIRELLES, *op. cit.*, p. 145).

“Ato administrativo é, assim, a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública quem tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus *próprios órgãos e entidades*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 97).

“O ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 152).

“Ato administrativo é toda emanção unilateral de vontade, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário (GASPARINI, *op. cit.*, p. 59).

<sup>10</sup> Com a devida vênia, ousamos discordar do ilustrado publicista, tendo em vista que o conceito de ato administrativo encerra, por si só, a natureza unilateral da Administração. A parceria da Administração com o particular se resume por meio do contrato administrativo que, por essência, é bilateral, ou seja, consubstancia-se em um acordo de vontades, objetivando o atingimento dos interesses públicos, porém, através de normas ditadas por ela, Administração, e atuação por atos privados.

não se circunscreve apenas ao âmbito do Poder Executivo. Os poderes Legislativo e Judiciário também o praticam, como atividade-instrumento necessária à sua organização administrativa, bem como em decorrência dos seus serviços de apoio. Na hipótese de o Poder Judiciário conceder férias aos seus servidores, configurada está a prática de ato administrativo, em sua atividade atípica.

No tocante à Administração Pública indireta, também verificamos a incidência da prática de ato administrativo, por se achar preenchido um dos requisitos fundamentais para a caracterização desse ato, que se traduz quando a vontade de sua execução emana de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Encaixam-se aqui os atos da autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista, quando da prática de serviço público, bem como da fundação pública.

#### 4.4. Elementos do ato administrativo

Os elementos do ato administrativo são os mesmos do ato jurídico, acrescidos, apenas, da finalidade pública, que é o elemento próprio dos atos administrativos e que os distinguem dos atos jurídicos em geral. A partir daí pode-se considerar que o ato administrativo apresenta os seguintes elementos (ou pressupostos de existência):

1. *elemento volitivo*, representado pela manifestação unilateral de vontade da Administração;
2. *idoneidade do objeto*, ou seja, objeto adequado para a espécie de negócio jurídico pretendido;
3. *forma*, que representa o meio pelo qual o ato administrativo se exterioriza;
4. *finalidade pública*, caracterizada pela atuação da Administração Pública nessa qualidade, ou seja, fazendo uso de sua supremacia de Poder Público.

Com isso, observa-se que a manifestação da vontade pública se identifica pelo interesse objetivo da Administração, e nunca com uma manifestação subjetiva, em que os interesses estejam voltados para a produção de efeitos individuais.

#### 4.5. Controvérsias acerca do conceito objetivo e subjetivo do ato administrativo

Parte da doutrina entende que a manifestação de vontade que dá origem ao ato administrativo emana no Estado, incluindo-se aqui os três poderes, visto que to-

dos eles, ainda que em proporções desiguais, praticam atos da Administração.

Trazendo a definição de Cretella Júnior,<sup>11</sup> ato administrativo é manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Outros, entretanto, opinam que essa manifestação unilateral deriva exclusivamente da Administração Pública, do Poder Executivo, pois é este que pratica precipuamente ato administrativo. Valem-se do argumento de que, embora a função administrativa não seja estranha aos outros dois poderes, eles o fazem de forma excepcional. De fato, a regra é a de que o ato administrativo é praticado pela Administração Pública, e não se deve deixar a exceção contaminar a regra, entendem alguns juristas.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>12</sup> dispõe em sua obra que um dos pontos fundamentais para que se caracterize o ato administrativo é a necessidade de que a vontade emane do agente da Administração Pública ou seja dotado de prerrogativas desta. Compactuam desse mesmo entendimento Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>13</sup> portanto, faz ressalva quanto à expressão “manifestação de vontade”, por entender que dela ficariam excluídos os atos que expressam opinião, juízo ou conhecimento, e acolhendo o mesmo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, se vale do termo “declaração do Estado, ou de quem lhe faça as vezes”.

Retoca a aludida jurista preferir *declaração* à *manifestação* pelo fato de que a primeira enseja a exteriorização do pensamento, o que formalizará o ato administrativo, ao passo que a manifestação pode ou não se exteriorizar, pois que o próprio pensamento pode ser uma forma de manifestação, e ainda assim, produzir efeito jurídico. Outrossim, adota também o entendimento de que essa declaração deve vir do Estado, acolhendo a forma mais abrangente de ato administrativo, de que tanto os órgãos do Poder Executivo quanto os dos Poderes Legislativo e Judiciário podem editá-lo.

Atribui-se essa dificuldade de definição do ato administrativo, em parte, à heterogeneidade da função administrativa em relação aos demais funções do Estado, e

<sup>11</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1997, p. 19.

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 89.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 188.

ao fato de que essa função se desdobra em diversos atos da Administração, compreendidos os atos materiais, que são simples atos de execução, e que são praticados em grande número pelo administrador público.

Vale ressaltar que o liame entre as diversas funções administrativas aqui mencionadas, derivadas da prática de mais de um poder, recai sobre o *ato administrativo propriamente dito*, que se diferencia dos demais pela juridicidade e cuja origem se dá exclusivamente pela manifestação unilateral da Administração Pública, sendo a legalidade desse ato a própria condição para que possam existir e produzir seus efeitos.

## 5. Requisitos

A identificação dos *requisitos* do ato administrativo não é matéria pacificada no estudo desse instituto, vez que não impera uma unidade para tal, mas, ao contrário, valem-se os doutrinadores de diferentes critérios e opiniões, inclusive no que alude à própria terminologia, já que alguns o denominam de *requisito* e outros de *elemento*.<sup>14, 15</sup> Conflitam alguns também em relação a quais são estes requisitos que compõem o ato administrativo, tendo prevalecido o rol elencado no art. 2º da Lei nº 4.717, de 29/06/1965, denominada Lei de Ação Popular, que é: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto*.

Prevalece também, incontroversamente, o entendimento de que, quando esses requisitos básicos não se fizerem presentes na constituição do ato administrativo, o seu resultado restará prejudicado e consequentemente inválido, independentemente da classificação a que se submetam.

Concernentemente à questão da terminologia aplicada, optamos neste trabalho pelo *requisito*, termo também adotado nas decisões do Supremo Tribunal Federal e por alguns administrativistas, dentre eles Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini.

Insta registrar que não obstante tal diversidade quanto à abordagem dos *requisitos* do ato, é por meio dessa correta abordagem que se identificará a *potestate* pública, ou seja, a diferença de tratamento dispensada pelo ordenamento jurídico ao *ato administrativo* e ao *ato pri-*

*vado*, que é peculiarmente identificada no primeiro pela adição dos componentes *motivo* e *finalidade*, haja vista a necessidade de aplicá-los aos atos provenientes da Administração Pública.

A falta de observância do *motivo* invalidará o ato administrativo, e o desvio deste da *finalidade* pública dará respaldo à decretação de sua ilegalidade. O *motivo* está atrelado simultaneamente ao dispositivo legal que dá embasamento ao ato e à situação fática a qual conduziu a Administração à prática do ato, pois que são eles pressupostos de fato e de direito de que o agente deverá se valer para fundamentar o ato administrativo.

Portanto, tais elementos se tornam desnecessários quando os atos em questão forem de âmbito privado, em razão da desnecessidade de manifestar o particular o motivo legal que dá base a seus atos, tampouco as circunstâncias que o levaram a praticá-los, imperando a sua vontade volitiva, desde que não se valha da prática de atos que sejam expressamente proibidos pelo ordenamento jurídico.

Conforme é cediço, no direito brasileiro o *ato administrativo* é comumente considerado espécie do gênero *ato jurídico*, sendo a definição daquele retirada a partir do conceito deste. Nesse sentido, o Código Civil de 1916 definia o *ato jurídico* em seu art. 81 como sendo “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”, definição extensiva ao *ato administrativo*.

Já o novo Código Civil brasileiro substituiu o termo *ato jurídico* por *negócio jurídico*, na intenção de atribuir uma maior abrangência ao intuito maior desse instituto, que é a produção de efeitos jurídicos, posto que pela antiga denominação não havia uma generalidade nesse sentido, já que nem todos os atos administrativos são dotados da finalidade de produzir efeitos no mundo jurídico.

Frise-se, também, que tal peculiaridade do ato administrativo se revela pelo só fato de que, ao se tratar de questões da esfera pública, acrescenta-se o “porquê” e o “para quê”, embutidos nos elementos *motivo* e *finalidade*, pois que deverão estar necessariamente atrelados ao interesse público, e assim se expressarem na manifestação dos requisitos do ato.

<sup>14</sup> “Nessa matéria, o que se observa é a divergência doutrinária quanto à indicação dos *elementos* do ato administrativo, a começar pelo próprio vocábulo *elementos*, que alguns preferem substituir por requisitos. Também existe divergência quanto à indicação desses elementos e à terminologia adotada” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 195).

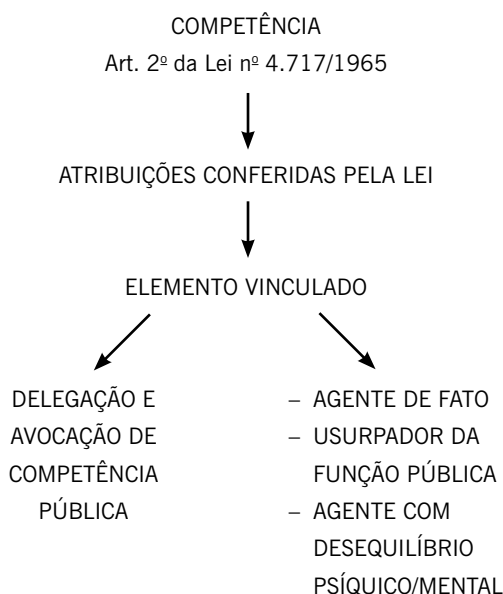
<sup>15</sup> “Não há também unanimidade entre os estudiosos quanto aos elementos do ato administrativo, identificados que são por diversos critérios. Preferimos, entretanto, por questão didática, repetir os elementos mencionados pelo direito positivo na lei que regula a ação popular (Lei nº 4.717, de 29/06/1965, art. 2º), cuja ausência provoca a invalidação do ato [...]” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, p. 93-4.

### 5.1. Competência

A competência é um dos requisitos a ser observado para a validade do ato.

No que tange à competência do ato administrativo, registramos que a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) elenca e conceitua todos os elementos do ato.

#### Esquema:



Competência<sup>16</sup> é o círculo definido pela lei, dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente suas atividades. Essa denominada competência administrativa muito se assemelha à capacidade no Direito Privado.

Para Régis Fernandes de Oliveira, *competência* é, na verdade, o *sujeito*, porque antes de ser competente deve o agente ser capaz, nos termos da lei civil.<sup>17</sup>

A fonte da competência decorre, exclusivamente, da lei. No dizer dos doutrinadores, a lei é a fonte nor-

mal da competência. É nela que se encontram os limites e a dimensão das atribuições cometidas às pessoas administrativas, órgãos e agentes públicos. No que alude à competência administrativa, frise-se que a lei não é a sua fonte exclusiva. Nessa hipótese, ela há de se originar de texto expresso contido da Constituição Federal, nas leis e nas normas administrativas. Com isso, a competência será sempre elemento vinculado da atuação administrativa.

A competência administrativa se relaciona diretamente com a investidura do cargo do agente público que executa o ato. Diz-se que o ato é válido se quem o pratica possui competência administrativa validamente delimitada pela lei, requisito este essencial para a produção de efeitos. Note-se que nessa circunstância não basta a capacidade pessoal do agente.

Dessa sorte, se praticado um ato por quem não tenha sido investido de autorização legal para tanto, a primeira providência deve ser o reconhecimento de sua nulidade, salvo se for reconhecida a necessidade e a possibilidade da sanatória, hipótese em que caberá à autoridade competente ratificar as manifestações do agente desautorizado.

Com isso, tem-se a necessidade de observância da lei, a fim de verificar se uma determinada autoridade tinha a atribuição para a prática do ato, sob pena de vício de incompetência. Esse vício torna o ato nulo, inválido, conforme prescreve o art. 2º da Lei nº 4.717/1965. É o caso, por exemplo, da pena disciplinar de demissão aplicada pelo chefe da repartição no âmbito federal. De acordo com a Lei nº 8.112/1990, tal sanção somente poderia ser aplicada pelo Presidente da República. Igualmente, não pode um fiscal da Receita Federal aplicar multas a veículos.

Com referência aos agentes, a competência é o poder atribuído a estes para o desempenho de *funções especí-*

<sup>16</sup> Jurisprudência – Ementa: Constitucional. Serventias. Nomeação. Art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina. EC nº 10/1996. Efeitos *Ex Tunc* e *Erga Omnes* da Declaração de Inconstitucionalidade. ADIn nº 363-1 e 1573-7. Competência Para a Desconstituição do Ato Advento da Lei nº 8.935/1994.

1. A desconstituição do ato administrativo, pela própria autoridade que o praticou, com lastro da inconstitucionalidade do art. 16 do ADCT da Constituição Estadual de Santa Catarina, que lhe servia de base legal, antes de macular princípios constitucionais de hierarquia nivelada, resguarda e protege o poder-dever da Administração em anular seus próprios atos quando eivados de vício.

2. A superveniência da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, na ADIn nº 363-1, desse artigo, e o advento da Lei nº 8.935/1994 não retira, na hipótese específica, competência da autoridade que praticou o ato para anulá-lo, considerando tratar-se de mera desconstituição e não ato regular de demissão antecedido do devido processo legal, este, no caso, dispensável.

3. Recurso não provido. (STJ — ROMS nº 10.406/SC; Rel. Edson Vidigal. Votação unânime. Resultado: indeferido).

<sup>17</sup> Explica Régis Fernandes de Oliveira: “[...] a pessoa que pratica o ato. Pode ele ser considerado simplesmente como qualquer pessoa física que faz parte da Administração e pratique qualquer ato. Pode ser considerado, também, como a pessoa a quem foram atribuídas determinadas quantidades de poder. Ou, ainda, fala-se também em sujeito, para significar ‘una persona giuridica pubblica’” (*Ato administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).



ficas. A competência sempre advém da lei ou de atos que regulamentem essas leis. São *específicas* pelo fato de haver entre elas uma divisão. Essa acepção repousa no *princípio da especialidade*, que se traduz no fato de que a competência dos órgãos e de seus agentes é sempre específica e se vincula ao respectivo poder de atuação.

É da lavra do ilustre administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>18</sup> a definição que discorre sobre o Princípio da Reserva Legal da Competência, numa oportuna e inteligente paródia ao art. 1º do Código Penal Brasileiro: “Nenhum ato sem competência, nenhuma competência sem a lei anterior que a defina.”

Insta acentuar que, havendo omissão do legislador quanto à fixação da competência para a prática de determinados atos, deduz-se que é competente a autoridade máxima da organização administrativa.

Vale ainda lembrar, com relação a órgãos de menor hierarquia, que o Estado pode descentralizar as atividades administrativas a ele atribuídas, que são inúmeras, criando outras entidades concebidas legalmente para tal desempenho e, assim, repartir os encargos que, constitucionalmente, são de sua alçada. Nesse caso, contudo, por se tratar de segmentos internos do órgão criado, a competência provém de normas expressas de atos administrativos organizacionais ou *normas administrativas de caráter interno*, como alguns autores preferem chamá-los.<sup>19</sup>

Portanto, não é demais reprimir: a competência administrativa pode se originar de texto expresso contido na Constituição, na lei (nesse caso, a regra geral) e em normas administrativas.

A *inderrogabilidade* e a *improrrogabilidade* são características inerentes à competência. A primeira se justifica pelo fato de que a *competência* de um órgão ou agente não se transfere a outro por acordo de vontade. Não pode uma autoridade administrativa chegar a um consenso com outra autoridade e modificar a sua transferência, seja para transferi-la, seja para assumir uma nova competência. Já a *improrrogabilidade* traz em si o fato de que não se pode assumir outra competência se não estiver autorizado para tanto. Agente que não têm competência para determinada função, não poderá vir a tê-la sem que ocorra uma *alteração legal superveniente*.

Pode-se afirmar que a competência para a prática de um ato administrativo possui o elemento inderrogável e vinculado, ou seja, não cabe ao administrador a possibilidade quanto à valoração do seu motivo e objeto, porquanto completamente regrados em lei, admitindo-se, entretanto, a delegação e a avocação, desde que não perpassem os limites daquela lei que o concedeu.

Desse modo, podemos afirmar que nenhum ato administrativo pode ser validamente realizado sem que o agente disponha do poder legal para praticá-lo.

Odete Medauar<sup>20</sup> ressalta que também devem ser analisados três aspectos: a competência em razão da *matéria*, observados o grau hierárquico e a delegação (competência *rationi materiae*); a competência em razão do *local* em que são praticados os atos (competência *rationi loci*), e a competência *temporal*, limitada ao momento da desvinculação daquele agente ao serviço público (competência *rationi temporis*).

A competência não é exercida à livre discricção do agente público. A *competência administrativa*, sendo requisito de ordem pública, é *obrigatória, irrenunciável, imodificável, imprescritível e distribuída*, conforme descrições que se seguem:

#### 5.1.1. Competência obrigatória

A competência se traduz na distribuição de funções públicas. A função, por seu turno, é um poder instrumentalizado para determinados fins, diversos dos fins do próprio agente, e que se distingue do direito. Daí falar-se que a Administração tem poderes-deveres ou deveres-poderes. Em razão disso, a *competência é um exercício obrigatório*. Registre-se, também, a existência de competência discricionária, em que reside certa margem de avaliação, não sendo, com isso, absoluta. Competência não é direito, é atribuição, encargo. Obrigatoriamente, tem que ser aceita e exercida. Por isso, aquele que se encontra investido em determinada competência não poderá se eximir de exercê-la.

#### 5.1.2. Competência irrenunciável

A competência também é irrenunciável, ou seja, o agente competente não pode renunciar o seu exercício por ser este um requisito de ordem pública. A delegação não é exceção, posto que o seu titular, ou seja, aquele

<sup>18</sup> MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 99.

<sup>19</sup> ALESSI *apud* DI PIETRO, *op. cit.*, p. 196.

<sup>20</sup> MEDAUAR. *op.cit.*

que a delegou, não perde a competência, e a qualquer momento poderá reavê-la. Nas palavras de Caio Tácito: “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma do Direito.”<sup>21</sup>

### 5.1.3. Competência imodificável

O agente não pode aumentar, diminuir ou modificar a natureza de sua competência. Somente poderá fazê-lo: a lei, o ato regulamentar ou o superior que tenha atribuído essa competência. Registre-se que a competência, verticalmente, vem de cima para baixo, e que não é passível de ser autoatribuída, ou seja, nenhum agente ou órgão se autoatribui uma competência. Ademais, se a competência é estabelecida por lei, somente por lei poderá ser modificada. A título de ilustração, se a competência é estabelecida pela ordem de serviço do diretor de um estabelecimento de ensino, somente uma ordem de serviço do mesmo poderá alterá-la. Noticie-se que esse exemplo se infere em um princípio geral de Direito, denominado *paralelismo da forma* ou *princípio da simetria*. A exemplo disso, um ato só pode ser alterado por outro da mesma forma e com as mesmas características. E uma lei não pode ser alterada por decreto, salvo se ela própria assim permitir.

Nem todas as competências são expressas, sendo que, por vezes, a lei é que estabelece a finalidade – “quem dá os fins dá o meio”. É o princípio dos poderes implícitos. Como exemplo, a Secretaria de Saúde não precisa de competência expressa para efetivar a compra de remédios. A rigor, grande parte das competências não está expressamente prevista, mas se dissipam de formas gerais ou através de objetivos a serem atingidos.

### 5.1.4. Competência imprescritível

Por mais que não seja exercida, a competência não prescreve. Hodiernamente, contudo, a imprescritibilidade se encontra atenuada pela teoria da anulabilidade dos atos administrativos. Estes, quando nulos, trazem um reverso à sua competência, que também se torna nula.

Insta ressaltar que a imprescritibilidade está atrelada à competência, visto que é ela que não prescreve. Se um determinado agente público, na qualidade de superior hierárquico, tem a competência para aplicar sanções e não as aplique por um longo período, isso não o exime de vir a aplicá-la quando necessário. Em suma, o superior hierárquico não perde a sua competência de punir por não exercê-la.

### 5.1.5. Competência distribuída

A distribuição da competência, que se consagrou no sistema da separação de poderes, e mais modernamente ganhou consistência no sistema de freios e contrapesos tem como escopo evitar a concentração do poder. Em função disso, o termo divisão de competência tem sido substituído, doutrinariamente, por divisão de função.

O objetivo da separação de poderes só vai ser contemplado quando a divisão de competência não implicar relação hierárquica. Geralmente, quando a divisão de competência se dá dentro da mesma pessoa jurídica, há divisão por meio de controle hierárquico. Nessa hipótese, não atende ao objetivo de evitar a concentração de poderes, eis que o superior hierárquico poderá, a qualquer momento, avocar, anular ou revogar os atos dos inferiores hierárquicos. Em suma, poderá dispor destes como melhor lhe convier, observado o interesse público.

Imprescindível à divisão de função é a competência originária, sem relações hierárquicas. Observa-se já a existência de órgãos autônomos, sem personalidade jurídica, mas dotados de autonomia em relação aos chefes de seus entes de origem, que são as agências reguladoras. Em países da Europa como a França, Espanha e Itália, por exemplo, as agências reguladoras não são autarquias nem pessoas jurídicas, mas são órgãos da Administração Direta, semelhantes às nossas agências, onde os dirigentes são nomeados por mandatos determinados, não podendo ser exonerados. Como exemplo, no Brasil tem-se o caso dos órgãos colegiados, como o Conselho Gestor do Fundo de Garantia. O seu presidente não pode ser exonerado livremente, é indicado pela entidade que o antecede e o seu mandato tem prazo determinado. Contudo, dentro da mesma pessoa jurídica, esse fato é exceção. O que ocorre, normalmente, é uma divisão de competência de forma hierárquica, sobretudo a partir da divisão de competência entre os órgãos independentes. Ou seja, de um órgão independente para o outro não há relação hierárquica, mas dentro dos órgãos independentes, que são os poderes da Administração Pública, a regra é a predominância de relação hierárquica.

A propósito do exposto, ressaltamos a existência de critérios de distribuição de competência, conforme segue:

- **Critério Material:** ocorre quando a competência se dá em razão da matéria. São os exemplos dos Ministérios. Dentro destes, também pode haver outras divisões. Dentro do Ministério da Educa-

<sup>21</sup> TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Dasp, 1959, p. 27.

ção, pode-se criar, abaixo do ministro, a figura do subsecretário para o ensino médio ou para a alfabetização de adultos.

- **Critério Hierárquico:** nesse caso, a competência é distribuída de acordo com a posição do agente na pirâmide funcional da Administração Pública, ou seja, certos atos só podem ser praticados por agentes de determinado escalão. Como exemplo, na ratificação de uma licitação. De acordo com a previsão legal, a licitação deve ser homologada pela autoridade superior, e a declaração de inidoneidade para contratar com o Poder Público deve ser praticada pelo ministro de Estado ou seus secretários. Observa-se com isso que a lei, por vezes, confere competência apenas a titulares de determinados cargos de escalão.
- **Critério Espacial:** esse critério se dá em razão do território. Nessa hipótese, a região é dividida entre o espaço geográfico que determinado órgão possui, criando outros subórgãos para exercer suas competências dentro das respectivas sub-regiões. São as Superintendências dos Ministérios de determinado Estado, as Administrações Regionais, as subprefeituras etc.
- **Critério Temporal:** decorre em razão do tempo. Exemplificamos com o caso das eleições. Em razão do prazo eleitoral, várias competências são concedidas e tantas outras são negadas. O presidente do Tribunal Regional Eleitoral se reveste da competência para requisitar carros, espaços públicos e pessoal para atenderem ao período eleitoral.

Em contrapartida, durante este período pré-eleitoral, o Poder Executivo não poderá realizar contratos administrativos. Então, na incidência de um caso de calamidade pública, é cabível a dispensa de licitação, por motivo de emergência. Ressalta-se que essa competência só vigora enquanto estiver existindo a calamidade pública, com fundamentação no inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/1993.

Em suma, entende-se por *competência administrativa* o poder atribuído por lei, e por ela delimitado, ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. O ato administrativo, quando pratica-

do por agente incompetente, é inválido. A competência administrativa, como requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode, porém, ser delegada e avocada, *desde que em conformidade com as normas reguladoras da Administração Pública*.

A *delegação*<sup>22</sup> de competência está conceituada nos arts. 6º e 11, sendo que no art. 12, parágrafo único, do Decreto-lei nº 200/1967 (o Estatuto da Reforma Administrativa federal) são apresentados os requisitos para a delegação de competência. Então, para que ocorra delegação de competência, será necessário que o ato de delegação indique a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto da delegação.

A delegação é uma forma de desconcentração de serviço, visando à eficiência da Administração e não pura comodidade da autoridade delegante, devendo ser autorizada por lei.

O art. 13 da Lei nº 9.784/1999 traz o rol taxativo de hipóteses que não podem ser objeto desse instituto. Por delegação, entende-se a circunstância em que a norma pode autorizar que um agente transfira a outro, normalmente de plano hierárquico inferior, funções que originariamente lhe competem por lei. Se, porém, o delegante atrair para a sua esfera decisória a prática de ato objeto de delegação, dar-se-á o fenômeno inverso, ou seja, a *avocação*. *E é muito legítima a avocação quando houver recusa da autoridade inferior em praticar o ato, ou a sua omissão possa provocar prejuízo ao poder público ou ao administrado*.

No que concerne à delegação de competência, a doutrina majoritária inclina-se no sentido de que ela deve ser temporária e deferida em caráter excepcional, haja vista ser a transferência de atribuições próprias para agentes subordinados, sempre na dependência de expressa autorização legal.

O fato de haver competência entre órgãos públicos faz supor, a alguns, a existência de hierarquia. Da mesma forma, há quem pense que o chefe do Poder Executivo é o senhor supremo na Administração Pública. Contudo, essas acepções não se configuram como fatos reais. Quando a hipótese for de um órgão autônomo, com competência específica, não poderá ocorrer delegação nem avocação.

<sup>22</sup> Jurisprudência. Ementa: I. Mandado de Segurança: praticado o ato questionado mediante delegação de competência, é o delegado, não o delegante, a autoridade coatora. Ato administrativo: delegação de competência: sua revogação não infirma a validade da delegação, nem transfere ao delegante a responsabilidade pelo ato praticado na vigência dela. (STF – MS nº 2.3411, AgR/DF. Ag.Reg.no Mandado de Segurança. Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Tribunal Pleno. Votação: Por maioria, vencido o Min. Carlos Velloso. Resultado: Desprovido).

*Delegação e avocação* só incidem entre superiores e subordinados hierárquicos. Por isso, não raro pairam equivocados entendimentos sobre estes atos. O chefe do Poder Executivo, como alguns supõem, não pode avocar a competência de um órgão autônomo, embora subordinado a este ente. Como exemplo, o Cepa – Conselho Estadual de Proteção Ambiental –, que possui uma legislação específica, não pode ter sua competência avocada pelo chefe do Poder Executivo. Este poderá, em alguns casos, até mesmo destituir alguns de seus membros. Outro exemplo é que o chefe do Executivo poderá destituir os membros de uma comissão de licitação, mas jamais poderá avocar a competência do julgamento.

Quem exerce competência delegada não pode subdelegá-la, salvo por previsão legal. Importante registrar, ainda, se a autoridade delegante continua competente, em conjunto, com a autoridade delegada. Ou seja, aquele que delegou tem competência, ainda, junto com a autoridade que recebeu a delegação, para decidir sobre aquela matéria? A resposta é positiva. Isso pode acontecer porque a delegação não afasta a competência da autoridade delegante. Portanto, aquele que delegou continuará competente em relação àquela matéria objeto da delegação, em função do poder hierárquico.

Tendo em vista que as competências são delineadas por poderes-deveres, na delegação transfere-se uma atribuição de obrigações. A delegação impõe funções públicas. O agente delegatário é *obrigado* a exercer as funções delegadas. Então, a autoridade superior é um chefe mandando no subordinado hierárquico. Se não houver a relação de hierarquia, não poderá haver essa delegação, salvo se a lei que originou o órgão autônomo assim permitir.

Desse modo, o art. 84 da CF/1988 admite, no parágrafo único, a delegação aos ministros de Estado de algumas das funções originariamente atribuídas ao Presidente da República. O fato, por conseguinte, significa que a competência para as demais funções se configura como indelegável.

Contudo, *delegação e avocação* são institutos que se entrelaçam com a hierarquia. Não existindo hierarquia, não há que se falar em delegação e avocação. Tanto assim é que, no Poder Judiciário, onde não há hierarquia, não ocorrem delegação e avocação. Entretanto, há de se ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), inserindo o inciso XIV no art. 93, da CF/1988, passou a admitir que servidores do Judiciário recebam delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente, mas sem caráter

decisório. Embora praticados dentro do processo, estes, aliás, representam meros atos processuais de administração, razão por que o Constituinte pátrio resolveu admitir a delegação com o objetivo de proporcionar maior celeridade dos feitos, retirando do juiz o compromisso de praticar atos de menor relevância e evitando grande perda de tempo nessa função.

Da mesma forma, o art. 103-B, § 4º, III, da CF/1988, que também foi introduzido pela referida emenda, admite expressamente a possibilidade de avocação pelo Conselho Nacional de Justiça de processos disciplinares em curso, instaurados contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, exemplos esses, portanto, de modificação de competência.

Verifica-se que atualmente muitos mecanismos estão sendo criados para se chegar à advocatária. A própria Lei de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no fundo, é para exercer uma dosagem de função advocatária. Deixou de ser um instrumento de defesa de direito fundamental para ser um instrumento de governo, uma política de governo.

A *competência* cuja previsão esteja contida no Texto Constitucional é indelegável (salvo raras hipóteses), e isso em razão do *princípio do paralelismo das formas*, ou seja, quem dá competência é quem pode permitir que ela seja delegada. A Constituição não prevê essa *delegação*, principalmente de um Poder para o outro, sob pena de estar sendo infringido esse dispositivo. O mesmo se dá com o regulamento. Quando esse atribui determinada competência e nada menciona sobre delegação, aquele agente imbuído da competência não poderá delegá-la, a menos que haja lei geral versando sobre o tema. Conclui-se com isso que *delegação*, assim como *competência*, carece de amparo legal.

Os *atos políticos* constantes na Constituição Federal, como sanção, veto e poder de tributar, *não podem ser delegados*. A vedação da delegação desses atos, entretanto, nada mais é do que uma extensão da própria vedação de delegar competências, posto que as competências constitucionais não podem ser delegadas. Como os atos políticos são, em sua grande maioria, competências previstas na Constituição, logo, não podem ser delegados, salvo no caso de permissão expressa no texto, como o exemplo da lei delegada.

Por exemplo, se um governador de Estado, objetivando incentivar a reinserção social dos condenados, conceder anistia aos presos, cujas penas sejam inferiores a três anos de reclusão, esse ato não será válido e jamais poderá ser ratificado, por versar sobre competência exclusiva prevista no Texto Constitucional, pois esse é

um ato privativo de Presidente da República, conforme prescreve o art. 21, XVII, da CF/1988.

#### 5.1.6. Subdelegação

Em geral, a pessoa a quem é delegada uma competência não pode delegá-la a outrem, o que se traduz na concepção de que o recebimento de uma delegação não implica que se possa transmiti-la a outra pessoa.

A corrente majoritária é no sentido de que subdelegação só poderá acontecer se a própria delegação ou a autoridade delegante permiti-la.

A título de ilustração, vale citar que a União tem um decreto genérico sobre delegação de competência (Decreto nº 83.937, art. 6º). Tal artigo contempla o dito pela doutrina.

Insta observar, portanto, que a leitura do art. 2º da Lei nº 4.717/1965 remete ao entendimento de que competência tem a ver com finalidade; é um meio de atender ao interesse público e, por isso, surgem casos em que, apesar de serem incompetentes, agentes praticam atos visando a atender a uma determinada finalidade e, nesse caso, será possível salvar, sanar, convalidar o ato.

Exemplo disso, que apesar de ser um caso raro, pode eventualmente acontecer é a lavratura de auto de prisão em flagrante, de um traficante, um estuprador ou um ladrão, que não é presidida pela autoridade policial. Embora o delegado de polícia, via de regra, deva estar sempre de plantão, regularmente, pode ocorrer que ele esteja ausente. Nesse caso, o escrivão de polícia, ou outros policiais que estiverem de plantão, materialmente, redigem o auto de prisão em flagrante como se o delegado estivesse presente, apesar de o processo penal e o administrativo dizerem que qualquer outro agente, que não o delegado, seja incompetente para tal. Assim que possível o delegado, agente competente nessa hipótese, assina o auto, ratificando-o.

Assim que possível o delegado, agente competente nessa hipótese, assina o auto, ratificando-o. O que não se pode é soltar o preso em razão da ausência do delegado naquele momento da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Verifica-se que nesse caso o agente incompetente praticou o ato visando ao próprio fim e não fim diverso daquele acobertado pela competência do agente ausente. Portanto, caberá ao delegado *ratificar*, a que se deno-

mina **convalidação** ou *sanatória de atos administrativos*, atos que levarão em consideração a prevalência do interesse público.

Relevante registrar que ao delegante não cabe responder pelos erros ou ilegalidades eventualmente cometidas, uma vez que nenhum ato foi por ele praticado, salvo na hipótese de má-fé.

É muito comum o ato de delegação de competência vir sob a forma de portaria. Essa delegação de competência é uma praxe administrativa, muito usual em qualquer esfera da administração.

Outra restrição à delegação é a *de competências próprias*, conferidas a determinados órgãos. Nesse caso, tem-se a questão dos órgãos autônomos. Ainda que esses órgãos possuam competências próprias, eles não podem delegar essas competências, salvo se norma da mesma hierarquia – *princípio do paralelismo das formas* – criar essa possibilidade. A Comissão de Licitação, por exemplo, tem sua competência específica, que não pode ser delegada.

Particularmente interessante é o caso do mandado de segurança. Quando a autoridade delegatária *pratica um ato ilegal*, quem será a autoridade impetrada? Autoridade delegante ou delegatária? Entende-se que, se o ato for praticado pela autoridade delegatária, o mandado de segurança será contra ela e não contra quem o delegou (entendimento da corrente majoritária, em função da Súmula nº 510 do STF).<sup>23, 24</sup>

No caso do delegante se *omitir na prática de um ato* – observe-se que aqui se trata de omissão – o mandado de segurança deve ser proposto em face dos dois, delegante e delegatário, uma vez que o mesmo não perde sua competência originária.

Outra característica da delegação é o fato de que ela pode ser sempre revista. A *revisão* é uma faculdade da Administração Pública, que consiste no fato de o superior hierárquico controlar o ato praticado e, se necessário, modificá-lo. É a consequência da irrenunciabilidade e intransferibilidade das competências. A autoridade delega competência, mas o delegante sempre poderá rever os atos praticados pelo subordinado hierárquico delegatário, e poderá, também, sempre exercer essa competência em atos concretos, sem que isso represente, por si só, uma revogação da delegação.

<sup>23</sup> Súmula nº 510 do STF: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou mandado judicial."

<sup>24</sup> STF MS – AgR nº. 234111/DF:

Ementa: "1 Mandado de segurança: praticado o ato questionado mediante delegação de competência, é o delegado, não o delegante, a autoridade coatora. 2. Ato administrativo: delegação de competência: sua revogação não infirma a validade da delegação, nem transfere ao delegante a responsabilidade do ato praticado na vigência dela."

Exemplificando, delega-se competência para o secretário de Estado assinar contrato, mas se o governador pretender fazê-lo, não haverá impedimento. Contudo, o fato de o contrato ser assinado pelo delegante da competência não revoga nem suspende a delegação.

Importa ressaltar que o subordinado hierárquico, em razão da característica da competência, não poderá recusar a delegação.

A regra é que a competência é indelegável, mas excepcionalmente a própria lei pode prever a delegação. A lei pode confiar no agente, por uma razão política ou por uma razão de eficiência administrativa, que no momento de exercer a competência delegue ou não essa competência. Um exemplo é quando o procurador-geral de Justiça não insiste no arquivamento recusado pelo juiz. Ele pode oferecer denúncia ou designar outro promotor para fazê-lo (regra de delegação). Então, ele pode fazer por ele mesmo ou por delegação e esse outro não age com independência funcional, porque o procurador de Justiça, que é o órgão de execução, vai agir por delegação, pois a lei assim permite. Mas cabe salientar que a lei tem que permitir expressamente a delegação para que isso possa acontecer. Não há delegação implícita, porque, senão, acabaríamos com a fonte única, primária do Direito Administrativo, que é a lei. Se não houver previsão, é o agente que está dispondo da competência, e isso não pode ocorrer.

Outro aspecto importante sobre competência está inserido numa lei de 1965, e que apesar de ser uma famigerada legislação, ainda vigora desde a época da ditadura, prevendo crimes gravíssimos com penas levíssimas. É a Lei nº 4.898/1965, que tipifica crimes nos casos de abuso de autoridade.

#### 5.1.7. Avocação

*Avocação*<sup>25</sup> é o inverso de delegação, ou seja, é o nome que se dá para trazer de volta o que foi delegado. É o chamamento para si, pelo superior hierárquico, de competência originariamente atribuída ao inferior hierárquico. Tem-se a *avocatória com vida própria* quando há relação hierárquica entre delegante e delegatário, e o hierarquicamente superior chama para si competência do subalterno, sem que tenha havido uma delegação anterior. Ou seja, pode-se avocar sem antes ter delegado a respectiva competência.

No âmbito da União, a avocação está prevista no art. 170 do Decreto-lei nº 200/1967.

A *avocação* poderá ocorrer sempre que houver uma relação hierárquica, podendo-se afirmar, aliás, ser ela uma das manifestações mais veementes de hierarquia, eis que o superior hierárquico atrai para si a competência de seu subordinado hierárquico.

Com a avocação, ao ficar o subordinado hierárquico sem a sua competência, *perde toda e qualquer responsabilidade* por aquele ato que foi avocado para o seu superior. A partir da avocação, apenas a autoridade avocante responde, inclusive em termos de mandado de segurança. Dessa sorte, o juízo para eventual ação judicial será desta autoridade.

Ora, se o administrador pode reavaliar o ato do subalterno em função da hierarquia, revogando-o, se achar inconveniente ou inoportuno, poderá, da mesma forma, chamar a competência do subalterno e decidir em grau superior. Na hipótese de *competência exclusiva* do subalterno, ela não poderá ser avocada.

A função administrativa também se dá nos poderes Legislativo e Judiciário, não apenas no Executivo. Quando o Legislativo e o Judiciário estiverem realizando suas atribuições típicas, não há que se falar em hierarquia. Consequentemente, não há hierarquia entre senador e deputado, havendo tão somente divisão constitucional de competência. Não há, também, hierarquia entre juízes de primeiro e de segundo, pelo mesmo motivo.

Assim observadas, as figuras da delegação e da avocação são excepcionais, só justificáveis ante os pressupostos que a lei estabelecer, por motivos relevantes, para evitar distorção no sistema regular dos atos administrativos. Desse modo, é inválida qualquer delegação ou avocação que, de alguma forma ou por via oblíqua, objetive a supressão das atribuições do círculo de competência dos administradores públicos.

É oportuno mencionarmos três assuntos a respeito de competência, que vêm sendo utilizados em questões de concursos públicos.

#### 5.1.8. Agente de fato

*Agente de fato*: é o oposto de *agente de direito*, ou seja, é aquele que não tem competência legal para a prática de ato administrativo, nem possui nenhum vínculo com a Administração, posto que não tem título

<sup>25</sup> Jurisprudência. Ementa: “Funcionários do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes. Transferência para a Carreira de Procuradores. Homologação por Ato do Ministro do Trabalho. Só Pode Ser Cancelada Mediante Recurso ou Avocação do Processo Pelo Presidente da República. Segurança Concedida” (STF – MS 8506/DF; Rel. Min. Pedro Chaves. Ement. v. 00598-01, p. 00154. Tribunal Pleno. Votação unânime. Resultado: Concedido).

algum que o legitime para tal, mas ainda assim realiza atividade administrativa. Não obstante, tem o *espírito público*, não logrando obter proveito próprio. Nessa circunstância, o cidadão quer colaborar com a Administração Pública, porém, não está adequadamente investido nem possui atribuição concedida por lei. Pratica o ato mesmo sem competência legal, mas imbuído de boa vontade e boa-fé.

Supõe-se o caso de um servidor inativo que, mesmo após se aposentar, comparece todos os dias à repartição a qual era vinculado e, ainda que destituído de função pública, age como se a tivesse, praticando atos corriqueiros no âmbito administrativo, tais como assinando formulários, atendendo ao público etc., em síntese, praticando ato administrativo. Ocorre nessa ocasião que o ato, por si só, não pode existir.

#### 5.1.9. O ato do agente de fato produz efeito?

Em regra, esse ato administrativo será nulo. Internamente, contudo, desde que ratificado, produzirá efeitos. Isso se dá porque, externamente, a Administração Pública deve adotar a *teoria da aparência* e a culpa *in vigilando*, pois permitiu que uma pessoa sem a devida competência praticasse ato administrativo, abrindo precedentes à irregularidade. Com isso, somando-se à boa-fé do cidadão, há o entendimento majoritário de que o ato praticado pelo *agente de fato* é válido perante terceiros de boa-fé, tendo a Administração de arcar com os efeitos desse ato.

Trata-se, na real verdade, de um agente de *fato putativo*, encontrado no interior da própria Administração, e agindo como se agente de direito fosse, protagonizando o papel de servidor público, mas agindo de boa-fé. Sobre esse caso, aplica-se a *teoria da aparência*. Internamente, no entanto, quanto ao conteúdo, estando perfeito e tendo como único problema o vício de competência, a Administração deverá tomar providências para proceder à regularização desse ato, suprimindo-lhe o vício da falta de competência, sob pena de ferir o *princípio da legalidade*. É necessário sanar, convalidar, ratificar o ato administrativo.

A Administração convocará a autoridade competente para ratificar o ato, retirando-lhe o vício de competência. Após a ratificação, este produzirá efeitos *ex tunc*.

O efeito do ato se dará independente dessa medida sanatória, em função de três argumentos válidos, quais sejam:

1. teoria da aparência;
2. presunção de boa-fé; e

3. culpa *in vigilando* da Administração.

O ato praticado pelo *agente de fato* é um exemplo de ato nulo que produz efeitos no Direito Administrativo.

#### 5.1.10. E se o ato praticado pelo agente de fato causar danos a terceiros?

Presume-se a boa-fé do cidadão, e com base na *teoria da aparência* os atos são válidos perante terceiros. Nesse caso, a Administração responderá pelos atos – responsabilidade objetiva – e, posteriormente, promoverá ação regressiva contra o agente administrativo causador do dano (*agente de fato*).

#### 5.1.11. Agente de fato fora da Administração Pública

Estando o *agente de fato* fora da repartição pública, não se aplicam a *teoria da aparência*, a culpa *in vigilando*, nem haverá responsabilidade do Estado, por se achar referido agente fora da estrutura administrativa.

Exemplo típico de atuação de *agente de fato* é o que se deu por ocasião do tabelamento de preços com o Plano Cruzado. Um cidadão, se autointitulando fiscal do Presidente Sarney, fechou um supermercado, por estar com seus preços acima da tabela estabelecida por tal plano. Flagrantemente, aquele cidadão praticou um ato administrativo, agindo com poder de polícia indelegável a particular.

A toda evidência, no caso em tela, não há que se falar em responsabilidade do Estado, embora alguns doutrinadores opinaram contrariamente. Ocorre que havia, à época, um grande *clamor* público para acabar com a inflação, e que o próprio Presidente da República, em cadeia nacional, proclamou que qualquer cidadão poderia ser “fiscal do Sarney”, incentivando tal ato e criando uma convivência com aquela ilegalidade, ao consentir que qualquer cidadão se valesse de mecanismos próprios da Administração Pública, e dispondo de uma competência, em princípio, de servidor público.

Se naquela oportunidade, posteriormente ao fato narrado, o supermercado provasse que não estava desrespeitando a tabela, caberia responsabilidade do Estado pelo ato do cidadão? Teria a Administração que arcar com os prejuízos provenientes daquele fato?

A questão se mostra bastante controversa, mas nesse caso específico, entendemos que há responsabilidade do Estado.

#### 5.1.12. Agente necessário

Exemplo de sua atuação é o que se dá quando um sinal de trânsito de um cruzamento perigoso deixa de funcionar, configurando-se numa evidente situação de

perigo. Com isso, um cidadão toma a iniciativa de administrar a situação até a chegada da Polícia Militar, agindo tão somente com a intenção de cooperar com a Administração Pública.

Era patente que esse cidadão não era servidor público (guarda de trânsito), tampouco procurou se passar por tal, e por isso não há que se falar em *teoria da aparência*. Ademais, não merece ser questionada a presunção de boa-fé do cidadão. Na interpretação do professor Diogo de Figueiredo, esse *agente de fato* é chamado de *agente necessário*, e o Estado responde objetivamente pelos atos causados por este agente.

Posteriormente, poderá o Estado agir regressivamente contra o agente, que terá responsabilidade subjetiva, fundada na culpa. O fundamento é a *urgência (agente de fato necessário)* que fez com que um mero cidadão assumisse uma função pública para evitar danos em função do perigo gerado. Nesse caso, a urgência convalidaria aquele ato realizado pelo *agente de fato*, ou da culpa *in vigilando*.

Da mesma forma, fica subentendido que a *urgência* faz surgir um liame de obrigatoriedade entre a Administração e a sua obrigação de arcar com eventuais prejuízos que porventura venham a ocorrer decorrente de ato do *agente de fato*.

Com a devida vênia, não perfilhamos esse entendimento, por entendermos que se constitui num perigo imposto à Administração o fato de imputar a cidadãos comuns a qualidade de *autoridade*.

Clássico exemplo de ato de *agente de fato necessário* gerando indenização: supõe-se que o país esteja em guerra e que, durante esse período, esteja sendo invadido por tropas inimigas. Com isso, os chefes do Executivo se afastam de suas atividades administrativas, com o objetivo de articularem meios para deter a invasão. Presidente, governador e prefeito se ausentam, e alguém terá de assumir as suas posições. Em consequência, um cidadão assume a função pública de um dos poderes, com a intenção de colaborar com a Administração, em face da situação de urgência que se impõe. Nesse caso, tem-se a hipótese de que a urgência convalida o ato.

Fato concreto similar a esse exemplo ocorreu no Brasil, no período da Revolução de 1932, quando *agentes de fato*, que tomaram o poder por meio de golpe de Estado, produziram atos de Estado de forma ilegítima. Os atos irregulares praticados por aqueles golpistas – *agentes de fato* – geraram direito à indenização quando os mandatórios legais retornaram aos seus postos.

#### 5.1.13. Usurpador da função pública

A usurpação da função pública ocorre quando um sujeito que não tem vínculo algum com a Administração Pública, nem um título que o legitime a praticar qualquer ato dentro desta, venha a praticar um ato supostamente administrativo. É o caso de um determinado cidadão que, dizendo-se fiscal, multa estabelecimento comercial e desencadeia a prática de uma série de extorsões. Posteriormente, descobre-se que aquela pessoa não era fiscal, mas usurpador da função pública. Aqui, tem-se um caso que difere do *agente de fato*, visto que o usurpador não visa a atender o interesse público, mas tão somente interesse próprio e pessoal. Trata-se de crime contra a Administração Pública, e o ato praticado pelo usurpador da função pública, juridicamente falando, é inexistente, não incidindo qualquer espécie de responsabilidade sobre o Estado. Este ato supostamente administrativo será nulo.

Ainda sobre a competência, insta relacionar algumas observações pertinentes:

#### 5.1.14. Ato administrativo editado por agente da Administração acometido de loucura: validade ou invalidade?

Entende a melhor doutrina que, para gerar validade a seus atos, ao agente público não basta ser competente, mas tem que ser capaz. Se deixou de ser capaz, consequentemente perderá a sua competência. Portanto, se um agente público pratica um *ato administrativo* acometido de loucura, mas a motivação (vontade, motivo) estiver compatível com a *vinculação do ato* e em conformidade com o fato que gerou o dever de agir da Administração, o ato será *válido*.

O STJ opina no sentido da validade do ato administrativo vinculado, expedido por agente público que teve perda da capacidade, desde que praticado nos ditames da lei.

No entanto, o ato será *inválido* quando estiverem presentes os elementos da conveniência e oportunidade (discrecionabilidade), pois a toda evidência, um agente público incapacitado mentalmente não possui condições de vislumbrar, *através* de seu mérito, dentre as opções legais, um discernimento que melhor atenda ao interesse público.

Na questão acima enfocada, o ato será válido perante terceiros, e a Administração indenizará por eventuais danos causados por esse agente, em face da *teoria da aparência*, *presunção de boa-fé de terceiros* e culpa *in vigilando* da Administração.



## 6. Finalidade

### 6.1. Conceituando finalidade

Ao se conceituar a *finalidade* do ato administrativo, esse elemento é associado, de imediato, à satisfação do *interesse público*, que por seu turno se consuma com o alcance do *bem comum*. Já o *bem comum* será o resultado final que se sucederá aos atos praticados pelo agente público no âmbito de sua competência administrativa, de acordo com previsão de norma legal expressa. Com efeito, uma vez alcançado o *interesse público* e atingido o *bem comum*, poder-se-á considerar que a finalidade do ato foi atingida e consumada.

É da lavra do administrativista José dos Santos Carvalho Filho<sup>26</sup> a concisa definição da finalidade: “Finalidade é elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao *interesse público*”. Já a nobre Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>27</sup> assim a conceitua: “*Finalidade* é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato”.

Em suma, a *finalidade* pode ser entendida como o resultado alcançado pelo agente público no uso de sua competência administrativa, tanto de forma mediata quanto imediata, por meio da prática de ato administrativo.

#### 6.1.1. A finalidade com um “plus” de consciência social

O mestre Marçal Justen Filho,<sup>28</sup> se inclinando para uma avaliação mais realística, assegura que “a finalidade é uma representação mental do agente”. Essa assertiva se nos parece estar focada no sentido de que o agente público não é uma mera máquina (embora integre a máquina administrativa) a aplicar uma *lei* ao *caso concreto*, mas deve valer-se de certo “feeling” para que esses elementos não se distanciem do verdadeiro interesse público e do bem comum.

Em seguida, adita que:

[...] a finalidade do ato administrativo não é “algo externo”, existente no mundo circundante. É um aspecto do ato, no sentido de ser um modo específico pelo qual o agente estatal avalia o mundo.

Com isso, o entendimento do renomado mestre se posiciona no sentido de que à prática do ato pelo agente deverá se agregar uma análise específica que o conduza a realizar atos conscientes quanto ao ambiente que circunda o ato, aos critérios a serem por ele utilizados e aos

fins a serem alcançados. Uma dose de consciência social deverá se sobrepor à letra fria da lei.

### 6.2. O interesse público e o bem comum perpassando a previsão legal

Em razão da árdua tarefa de delimitar o *interesse público* e o *bem comum*, restarão sempre ao administrador a sensibilidade e a percepção para bem alcançá-los, levando em consideração tanto a competência administrativa legalmente prevista, a qual dispõe para atuar em nome da Administração Pública, quanto os casos concretos que tem diante de si e que estão à mercê de sua atuação, já que estes, por vez, pressupõem a prática de ações que vão além das condutas delineadas pela norma jurídica.

De fato, não há como delimitar de forma perpétua aquilo que se entende por *interesse público* e *bem comum*, pois que o avanço tecnológico, o aumento da densidade demográfica e a própria incidência da globalização econômica, entre outros fatores, direta ou indiretamente trazem cada vez mais uma nova conotação e sentido a esses temas, tornando-os reiteradamente mais abertos a novos ajustes.

#### 6.2.1. O sentido indeterminado de *interesse público*

A questão da imprecisão terminológica que pende sobre a locução “interesse público”, e que em razão dessa imprecisão se enquadra no rol do denominado *conceito jurídico indeterminado*, requer uma pronta e eficaz interpretação por parte do administrador público, sob pena de este incorrer em equívocos quanto à sua extensão e profundidade, considerando-o em proporções menores que as reais quando da sua prestação.

Com isso, a imputação de um sentido demasiado vago e abstrato pode condenar o termo *serviço público* a uma existência mesquinha e limitada, engessando sentidos ultrapassados e não permitindo que este se expanda em consonância com as novas formas de atuação da Administração Pública.

Ademais, ao se valer de um sentido limitado, a aludida locução poderá induzir erroneamente o administrador a entender que, qualquer decisão por ele adotada, ainda que a mais trivial de todas, poderá ser considerada válida e conveniente, trazendo prejuízos irremediáveis ao administrado.

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 107.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 202.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 200.

Contudo, estando o sentido de “interesse público” diretamente relacionado ao termo “bem comum”, arrastar uma concepção sem a atualizar seria condenar a sociedade, como um todo, a ver congelado o seu direito de receber da Administração a prestação de serviços pontuais e renovados, à medida que as necessidades humanas não são estáticas, mas são majoradas em razão da própria evolução humana.

Nesse sentido, ao contrário de perpetuá-lo, a indeterminação da expressão *interesse público* pressupõe uma flexibilização no seu sentido, que possibilite que o agente público, na prática cotidiana de suas atividades e em confronto com uma realidade desigual, a torne adequada aos exatos termos da solução preconizada na norma jurídica, e que não pode ser outra senão aquela que melhor supra a comunidade com a prestação de serviços públicos e propicie a certeza do alcance do bem comum.

A indeterminação, pois, do conceito de *interesse público* não tem outra função jurídica, senão tornar possível a mais exata e adequada aplicação de seu real sentido pelo administrador público, quando este se vale de sua competência e executa os atos administrativos.

### 6.2.2. O interesse público e a discricionariedade do administrador

Diante da possibilidade de que dispõe o agente público para adequar o conceito indeterminado de *interesse público* à melhor forma que atenda aos anseios da comunidade, surge uma questão que se impõe seja apreciada sob a ótica da *moralidade pública*, que é a prática de atos discricionários pelo administrador em face à margem de liberdade de escolha de que este dispõe, devidamente respaldada por lei.

Por isso mesmo, os diversos contextos a serem apreciados em cada caso específico pelo agente público, quando este dispõe de discricionariedade, já pressupõe a dificuldade de prever qual solução ou decisão seria a mais adequada a em todas as situações em que tem de intervir. Não resta dúvida de que a inequívoca pretensão da lei, em vista da qual foi conferida maior discricionariedade ao agente público, é que seja tomada a decisão ideal, a mais justa e adequada, isto é, a que mais satisfaça ao interesse público.

Ademais, a partir dessa indefinição, só resta ao administrador se valer de sua *discricionariedade*, sempre em conjunto com os *Princípios da Moralidade e da Finalidade* da Administração Pública, consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

### 6.2.3. A discricionariedade e os princípios da moralidade e da finalidade da Administração

A observância ao *Princípio da Moralidade* é de extrema importância quando o administrador estiver se valendo da *discricionariedade* para a prática de atos administrativos, pois ao se valer da *conveniência* e da *oportunidade*, elementos associados à *discricionariedade*, não poderá o agente se afastar, sob nenhuma hipótese, dos preceitos morais a que se obriga a observar enquanto a serviço da Administração Pública.

Já o *Princípio da Finalidade* se relaciona ao fato de que a Administração Pública não poderá se afastar do seu objetivo maior, que é o alcance do interesse público. Portanto, ainda que o agente tenha a opção discricionária para a prática de seus atos, terá sempre como elemento medidor o interesse público.

### 6.2.4. Finalidade em sentido amplo

A *finalidade* em seu sentido amplo, ou genérico, está relacionada ao *fim mediato* da prática de todo ato praticado pela Administração Pública, que são os *interesses da coletividade* como um todo, nele incluídas todas as atividades prestadas pela Administração Pública à coletividade. Registre-se que tais atividades não compõem um rol taxativo, pois que a toda evidência as necessidades das pessoas são cada vez mais diversificadas e crescentes, em razão das evoluções que se sucedem.

Portanto, a *finalidade* em sentido amplo está relacionada ao *resultado mediato* do ato, que, em suma, é o próprio *interesse coletivo* o qual o administrador deverá perseguir, sendo este o único desfecho legalmente aceitável para a conduta do agente.

Em razão dessa indissociável relação entre *finalidade em sentido amplo* e *interesse coletivo*, ou *interesse público*, pode-se antever um elo de vinculação entre ambos, sendo, pois, a finalidade mediata do ato administrativo um elemento vinculado, não restando margem de discricionariedade nesse sentido.

### 6.3. O agente público e a sua conduta socialmente correta

O agente público, na prática de atos administrativos, deve ter aguçado o discernimento e a acuidade para bem se valer da melhor maneira de realizá-los, bem como para não se afastar do fim a ser por ele buscado, haja vista a possibilidade de, na prática, e isso tem sido cada vez mais comum, divergirem interesses, expectativas e necessidades das coletividades, que embora com realidades extremamente opostas, coabitam nas mesmas cidades, e estão todas sob a égide da mesma legislação.

Não se trata, com isso, de desconfigurar o *interesse público*, mas de observar que nos casos concretos esse termo pode ser desmembrado sob variadas formas de manifestação da Administração Pública.

A título de ilustração, se nos parece inviável conceber como um único *interesse comum* as expectativas dos moradores dos condomínios de luxo de São Conrado, e as necessidades e aspirações de atendimento público dos habitantes dos milhares barracos que se amontoam na sua vizinha Favela da Rocinha.

Apreciando-se esse exemplo isoladamente, conclui-se que ao alcance da finalidade, ou do bem comum, se antecede a necessidade da prática de uma diversidade de atos, e antes mesmo de medidas preventivas, indispensáveis que são para o alcance mínimo do bem comum daquela comunidade como um todo.

Diante dessas premissas, parece incontestável que o administrador deverá se valer, quando da prática de seus atos administrativos na busca do bem comum, da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, pois que estas são indispensáveis para alcançar a justiça social, sobretudo em cidades com antagonismos econômicos e sociais tão gritantes.

Não se pode vislumbrar o alcance do bem comum se nele não se incluir a plenitude da justiça social. Caso contrário, não se estará, de fato, alcançando o “bem comum”, mas tão somente o “bem relativo” ou o “bem parcial” em favor de alguns.

Nesse sentido, verifica-se que o administrador se torna um mero condutor, ou seja, aquele mediador entre a finalidade que a Administração Pública busca alcançar e a expectativa da coletividade em ver satisfeito os seus interesses mais remotos enquanto administrados, não se concebendo a sua participação volitiva.

#### 6.4. O princípio da impessoalidade do agente público

Oportuno anotar que a *finalidade*, esse requisito do ato administrativo, também guarda relação com o *princípio da impessoalidade*, sobretudo pelo fato de que o *interesse público*, não obstante coexistirem diferentes realidades sociais, deve ser alcançado por todos de igual maneira, embora os meios aplicados para o seu alcance possam diferir de acordo com os casos concretos.

A esse propósito, registramos que o *interesse público* é tipicamente espécie de interesse difuso, o que leva a crer que, embora todos tenham interesse nele, ninguém é o seu titular, nem a própria Administração Pública. Daí o porquê da impessoalidade da atividade da Administração.

Exemplo cristalino dessa assertiva é o que se aplica à realização de concurso público, pois que nessa ocasião estarão em tela os diversos interesses privados e legítimos dos candidatos, que compartilham do mesmo objetivo que é a aprovação nos exames e o ingresso nos quadros da Administração Pública.

Em consonância com o *princípio da impessoalidade*, todos os candidatos terão que ser igualmente tratados, submetendo-se aos exames probatórios e classificatórios nas mesmas proporções, ou seja, provas e critérios de aprovação idênticos, ressaltando-se que a finalidade da Administração, nesse caso específico, é obter os mais capacitados para a ingressarem e passarem a integrar os seus quadros.<sup>29</sup> Feito isto, o interesse público terá sido consumado.

Deve-se registrar que os candidatos só irão se tornar desiguais a partir do ato da aprovação, ou seja, da sua publicação em *Diário Oficial*, que ocorrerá após a devida correção dos conteúdos das provas, e levando-se também em conta a finalização dos prazos de revisão e de recurso, se assim dispuser o edital.

<sup>29</sup> Elementar, nessa oportunidade, fazer uma ressalva de que outro princípio estará aqui em destaque, que é o princípio da eficiência, pois em atenção a ele, deve a Administração adotar os devidos critérios para garantir a qualidade na prestação do serviço público. Nesse sentido, o concurso público serve como uma verdadeira ponte a levar a Administração até os mais qualificados para ingressarem em seu quadro, e, por conseguinte, garantir a sua eficiência.

O princípio da eficiência foi introduzido na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, passando a integrar o *caput* do seu art. 37.

Esse princípio, de fato, pôs termo ao famigerado conceito de que “serviço público não funciona, é mal prestado, deficiente, e na maioria das vezes, ineficaz. Ademais, traduz a nova feição do Estado Regulador, do Estado que descentralizou e abriu mão da sua titularidade de serviços públicos, que eram precariamente atendidas, sobretudo pela ineficiência de verbas em alguns setores do Poder Público”.

Ainda que longe de ser reverenciado por sua elevada qualidade e presteza, é certo que esse princípio constitucional cria novas perspectivas aos administrados, pois a partir do momento em que a eficiência no serviço público ganha *status* constitucional, abrem-se precedentes para que os administrados possam reivindicá-los com maior veemência e com consistência jurídica, diga-se de passagem, com base no Ordenamento Maior do País.

Contudo, cabe ao administrador criar mecanismos eficazes e pontuais que viabilizem a boa prestação do serviço público, seja sob a modalidade da prestação direta, seja indireta, sob pena de incorrerem os administradores como réus em ações de responsabilidade civil, por violação de conduta a que se obrigaram constitucionalmente a cumprir.

Acrescente-se que esses atos darão aos candidatos aprovados mera expectativa de direito à nomeação, por se submeter essa iniciativa à discricionariedade da Administração Pública, que valendo-se da sua conveniência e oportunidade, decidirá quando nomear, e mais ainda “se” irá nomear. Com efeito, não gera a aprovação do candidato nenhum direito adquirido perante a Administração. Quanto aos eliminados, esvaziam-se quaisquer expectativas advindas destes após o resultado oficial dos exames.

Outro exemplo é quanto aos licitantes, pois que se aplica a mesma regra à licitação pública, sendo o *princípio da impessoalidade* um verdadeiro parâmetro para a sua legalidade. Aplica-se a igualdade de tratamento aos licitantes, elemento finalidade no princípio da isonomia, atingindo-se dessa forma o interesse público.

É de notar que o *princípio da moralidade* também é enfatizado nesses exemplos, já que relega os preceitos éticos que devem nortear a Administração Pública. Tais princípios estão expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

### 6.5. Finalidade em sentido estrito

No que tange à *finalidade* em *sentido estrito*, deve-se considerar, num primeiro momento, ser ela o resultado específico e imediato produzido pelo ato administrativo, decorrente explícita ou implicitamente de lei e revestido sob a forma de *serviço público*.

Importa mencionar que a expressão *serviço público* se materializa em atividades tais como a segurança pública, a educação pública, a saúde pública, a proteção ao meio ambiente etc., e estas se constituem na finalidade em sentido estrito do ato administrativo, ou seja, no fim imediato que se busca alcançar na prática de tais atos.

Portanto, a prestação do serviço público nada mais é que o fim imediato a ser alcançado pela Administração Pública, ao passo que o fim mediato é o alcance do bem comum e do interesse público.

### 6.6. Consequência da inobservância da finalidade nos sentidos estrito e amplo

Analisada tais premissas, cumpre acrescentar que, se a finalidade do ato em sentido estrito for infringida, ou se for desatendido o seu interesse público, genericamente falando, o ato será ilegal por desvio de poder. Com efeito, o desrespeito e a inobservância do interesse público constitui *abuso de poder* sob a forma de *desvio de finalidade*.

### 6.7. Finalidade como elemento vinculado

A *finalidade mediata* do ato administrativo é elemento vinculado, e por mais que os meios utilizados para a sua consecução sejam diversos e variáveis, outro não será o

fim, senão o bem comum, sempre diverso do interesse pessoal do agente, em respeito ao princípio da finalidade.

Portanto, não se vislumbra a validade de ato administrativo sem finalidade pública, sem interesse coletivo ou com desvio deste, pois a incidência de um desses elementos sobre o ato o tornará fadado à ilegalidade. É necessário que o agente público esteja em sintonia com o dispositivo legal, já que a finalidade do ato administrativo é elemento vinculado ao qual a lei indicará, explicita ou implicitamente.

Com efeito, a vontade finalística de um agente deve ser o interesse coletivo prescrito na norma legal que lhe autorizou a prática do ato, desvinculada de sua vontade pessoal, sob pena de caracterizar-se *desvio de finalidade* pelo fim diverso daquele que foi previsto em lei.

### 6.8. Desvio de finalidade do agente

Conforme já anunciado, a prática de ato administrativo para alcançar fim diverso daquele previsto em lei, ou seja, alheio ao interesse público, configura-se em *desvio de finalidade*, o que torna o ato passível de anulação. Elencam-se a seguir alguns exemplos em que se constata o desvio de finalidade do agente público.

O primeiro caso se refere a um evento em que um decreto expropriatório é promovido por autoridade que, embora devidamente competente para a prática de tal ato, tinha o fito de perseguir ou prejudicar desafeto político, hipótese em que o interesse público foi sobrepujado em razão de interesses de ordem pessoal, conduta esta terminantemente abominada pela Administração Pública.

Outra hipótese é a de um delegado de polícia que concede autorização de porte de arma de fogo a um cidadão de 55 anos de idade, cuja atividade profissional é transportar, diariamente, grande quantidade de dinheiro dentro de um grande e violento centro urbano. Portanto, como pai de família que é, além da idoneidade que comprova ter a seu favor, solicita ao Estado essa concessão, como forma de resguardar a sua segurança, e conseqüentemente, o sustento de sua família, que depende integralmente dele financeiramente para viver.

Ocorre que, além desse cidadão, que é destro, estar acometido de artrite na mão direita, tem ele comprovadamente 15 graus de miopia. Logo, não apresenta condições físicas em perfeito estado para obter a autorização de portar arma de fogo. Todavia, pautando-se em questão de ordem emocional; avaliando a necessidade do aludido cidadão e se comovendo com a sua história, o chefe de polícia emite a competente autorização.

Mas ao emití-lo, o delegado estará considerando apenas o interesse privado do indivíduo, relegando o interesse público a segundo plano, pois que aquele cidadão, por melhores que sejam seu caráter e as suas intenções,

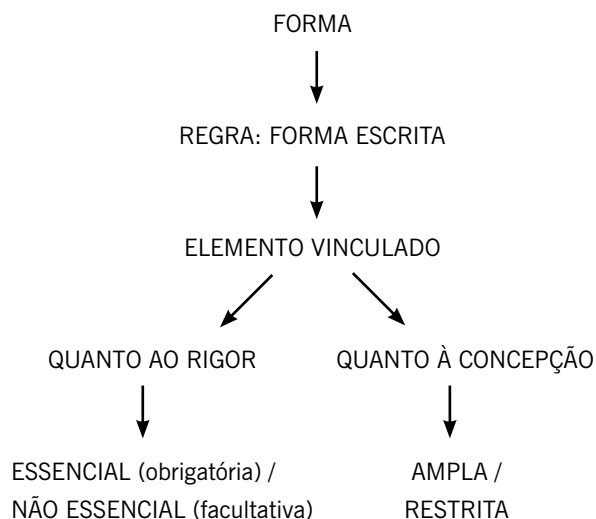
poderá colocar em risco a segurança pública, antes mesmo de se defender, se utilizar arma de fogo, uma vez que possui as aludidas deficiências. Assim sendo, flagrante será a ocorrência de desvio de finalidade nessa situação.

Contudo, pode-se assegurar que o agente que não se pautar, na prática de seus atos administrativos, no princípio da finalidade, afastar-se-á do interesse público e seus atos serão eivados de vícios insanáveis em razão do desvio de finalidade.

### 6.9. O desvio de finalidade no Direito Positivo

O *desvio de finalidade* se encontra inserido no Direito Positivo, no art. 2º, parágrafo único, letra c, da Lei nº 4.717, expresso nos seguintes termos: o “desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

## 7. Forma



Também vinculada à lei, tal como na *competência* e na *finalidade*, mesmo para os atos discricionários, a *forma* é o meio pelo qual a Administração exterioriza a sua vontade e, em princípio, todo ato administrativo é formal. Portanto, sem a forma, o ato sequer completa seu ciclo de existência, tornando-se nulo por não cumprir a

observância completa e regular às formalidades essenciais à sua seriedade (art. 2º, parágrafo único, alínea b, da Lei da Ação Popular).

No Direito Administrativo, vigora um princípio oposto ao Direito Civil. Enquanto neste existe uma liberdade de forma, sendo a formalidade uma exceção, para o Direito Administrativo a regra é que a *forma* deve ser prescrita em virtude do ato perfeito a ser atingido.<sup>30</sup> Ou seja, entre os particulares, as vontades podem se manifestar livremente, enquanto na esfera pública, a Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expressem validamente. Assim, a inexistência de *forma* torna o ato administrativo inexistente, enquanto a escolha de *forma* diversa da legalmente exigida torna o ato administrativo inválido.

Apesar de a *forma escrita* ser a regra no Direito Administrativo, admite-se também, em caráter excepcional, a *forma não escrita*, como a *oral* ou a *gesticulação* (v.g. sinais), em razão da urgência na manifestação de vontade de quem atua no interesse público. Admite-se até mesmo o silêncio como forma de manifestação do interesse público.<sup>31</sup>

Então, a *forma* é, em regra, *escrita*. Aliás, o simples pressuposto para que a forma seja escrita acrescenta a esta o elemento da vinculação. Há exceções, conforme já explanado, tais como o sinal de trânsito, que é um ato administrativo visual; o apito do guarda, ato administrativo sonoro; o gesto do guarda de trânsito, ato administrativo visual, entre outros. Esses atos se caracterizam por não possuir uma forma escrita, apesar de esta ser a exceção.

Como exemplo de forma escrita têm-se os autos de punição, de destruição e de interdição. Sempre que possível, todo e qualquer ato administrativo deve ser escrito e reduzido a termo, a fim de facilitar o direito de defesa do cidadão que foi autuado com qualquer desses atos. Essa exigência “reduzida a termo” já faz da *forma* um *elemento vinculado*.<sup>32</sup> É, pois, importante, e mesmo fundamental, que todos os atos administrativos sejam devidamente formalizados e bem documentados, de modo

<sup>30</sup> Lei nº 9.784/1999, art. 22, *caput*, e § 1º: “Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º. Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo com a data e o local de sua realização e a assinatura do responsável.”

<sup>31</sup> Exemplo prático ocorre no caso de o Parlamento oferecer proposta legislativa, sobre a qual o chefe do Poder Executivo não se manifesta no prazo constitucionalmente previsto, importando a sua omissão em sanção tácita.

<sup>32</sup> A única autora que entende que a forma não é elemento vinculado do ato administrativo é a Maria Sílvia Zanella Di Pietro, em razão da mutabilidade da forma não gerar necessariamente a nulidade. Mas isso não é novidade, porque a competência também é um elemento vinculado que se pode ratificar. Então, competência e forma são convalidáveis.

que viabilize o controle da conduta do administrador no manuseio da coisa pública, elemento essencial a um Estado Democrático de Direito.

Porém, conseguindo-se comprovar com testemunhas a existência do ato, e ele houver atendido a finalidade, haverá a convalidação. A mesma autoridade que emitir a causa de nulidade do ato (porque ao invés de escrito foi verbal) vai emitir o ato por escrito com efeito retroativo, embora ele permaneça existindo, porque aquela forma, embora mal adotada, permitiu que o ato existisse, atendendo a finalidade. Então, o ato não será anulado, porque a forma é um meio para atender a um fim.

A *forma*, como concepção material, não se identifica com a *forma* na concepção jurídica. De fato, uma coisa é o *ato ter forma*, e outra, é o *ato ter forma válida*. Por isso, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente, com capacidade jurídica.

O aspecto relativo à *forma válida* tem estreita conexão com os *procedimentos administrativos*, que, aliás, não se confundem, pois estes são o conjunto de operações exigidas para o aperfeiçoamento do *ato*. A *forma é estática* e o *procedimento é dinâmico*.

Não se admite, no entanto, como já dito, a ausência ou a inobservância da *forma*, sob pena de caracterizar-se nulo o ato praticado.

Deve-se, contudo, diferenciar *forma* de *formalidade*. Esta última, diferentemente da *forma*, é aquela prevista no ordenamento jurídico. Não se vislumbra a possibilidade de ato administrativo sob a eiva de vício de *forma*. Entretanto, é viável a existência de vício de *formalidade*. Exemplificando: se determinado *servidor federal* vier a ser demitido por meio de simples sindicância, registrar-se-á a incidência de *vício de formalidade* sobre a prática desse *ato*, posto que somente poderia sê-lo mediante prévio processo disciplinar.

Ainda concernente ao elemento da *forma* do ato administrativo, insurgem-se os estudos quanto ao seu rigor e à sua concepção.

### 7.1. Quanto ao rigor

Quanto ao rigor, questiona-se se a *forma* seria *essencial* ou *facultativa*, ou seja, se incide uma *forma* rígida para cada *forma* de agir.

A escolha entre atos, como portaria, circular e ordem de serviço, é facultativa e o Administrador terá de reduzi-los a termo. Dispõe, pois, de certa liberdade para escolher a melhor roupagem para o seu ato. Exemplificando: o chefe de uma repartição pública quer passar ordens a seus subalternos. Poderá fazê-lo através de circular, instrução,

ordem de serviço, aviso, portaria etc. Verifica-se que há várias *formas* à sua disposição, não sendo obrigatório seguir um rigor para expressar sua manifestação.

Inobstante a liberdade de que dispõe o administrador para a escolha da *forma*, ressalta-se que este não é um elemento discricionário, mas vinculado, por exigir que seja, como regra, escrito. Mas, qual é a *forma* escrita? Essa é facultativa, prevalecendo a *não essencial*. O mais importante é que a *forma* seja escrita, eis que “a forma” da forma escolhida não afeta o interesse público.

Contudo, existem alguns atos administrativos cuja forma será *essencial* para a sobrevivência do ato. Majoritariamente, a doutrina tem entendido que, *quando direito de terceiros estiverem em jogo*, a *forma* passa a ser essencial, rígida. Por exemplo: desapropriação atinge direito de propriedade. O Decreto-lei nº 3.365/1941, art. 6º, assim reza: “A declaração de utilidade pública far-se-á por *decreto* do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito” (grifo nosso). Assim, desapropriação por ofício gera anulação.

Outro exemplo é o concurso público, cujo pontapé inicial é o edital, *forma essencial* e *obrigatória*, uma vez que estamos diante de direito de terceiros, do cidadão, da coletividade. Vigora o *princípio da impessoalidade*, pelo qual todos têm capacidade de se tornar agentes públicos. Nessa hipótese, a convalidação não é possível, pois a *forma é essencial* à qualidade do *ato*, não sendo possível qualquer outra, já que se trata de direito de terceiros.

Mais um exemplo: governador, pretendendo realizar concorrência para aquisição de maquinário que se destine à pavimentação de uma estrada, manda publicar *aviso* do certame aos interessados, quando, na realidade, deveria publicar *edital*. Examinando a validade do *ato*, constata-se a existência de um *vício* insanável da *forma essencial*. A lei preferiu a maneira de exteriorização do ato, por meio de edital de licitação pública. O ato é, pois, inválido, por violar o *princípio da impessoalidade*. Todos têm a possibilidade de contratar com a Administração, em iguais condições, por meio da licitação pública.

### 7.2. Quanto à concepção

Quanto à concepção: questiona-se se essa *forma* seria *ampla* ou *restrita*, o que equivale saber se interessa somente o *ato* final, ou todo o procedimento realizado até à feitura do *ato* final. Se interessar apenas à parte final, a forma é *restrita*. Se interessar tudo o que foi feito até a exteriorização do *ato*, a forma é *ampla*.

Ao observar-se o disposto do art. 2º, parágrafo único, alínea *b*, da Lei nº 4.717, constata-se que, no Brasil,

é adotada a forma *ampla*, isto é, que se preocupa com todos os atos preparatórios do ato final, a exemplo do procedimento administrativo de licitação, cujos atos são: edital, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação.

Quando se realiza um procedimento licitatório, o objetivo é atingir a adjudicação. Depois, materializar essa adjudicação por meio do *contrato administrativo*. Então, quando analisarmos a adjudicação, não bastará analisar tão somente tal fase. Necessário se faz analisar todo o procedimento licitatório, já que um vício anterior comprometerá o ato final, que é a adjudicação. Essa é a *forma ampla*, quanto à concepção do ato administrativo, à qual se descortinam todos os atos que o integram.

Insta aduzir que, antes do edital licitatório, há a *fase interna*, e que só se poderá abrir licitação se houver *dotação orçamentária*. Se a Administração Pública realizar licitação sem previsão orçamentária, toda a licitação estará comprometida.

Ora, se a Lei de Ação Popular, em seu art. 2º, parágrafo único, alínea *b*, reza que a *forma* consiste na observância “completa” e regular das formalidades indispensáveis à existência e seriedade do ato, explícita está a preocupação em se observar *todos os atos preparatórios*, até se chegar à feitura do *ato final*.

Nos *atos internos* da Administração Pública (*atos ordinários*), a *forma* é *escrita*, mas não *essencial*. Nos *atos externos*, a *forma* geralmente é *essencial*. Aqui, há de se ressaltar, mais uma vez, a importante questão do *silêncio* como *manifestação da forma do ato*.

Normalmente, é dever da Administração Pública o pronunciamento sobre os requerimentos a serem realizados pelos administrados, quando em defesa de seus próprios interesses, ou por outros órgãos, seja do Judici-

ário ou do Executivo, dentro da função de controle, por prazo estabelecido no ordenamento jurídico. Caso essa manifestação não se efetive, tem-se o silêncio da Administração Pública (ou o silêncio administrativo).

Assim sendo, a ausência de pronunciamento por parte da Administração Pública, dentro de um limite temporal legalmente estabelecido, pode significar o deferimento ou indeferimento de um pedido ou a concordância ou oposição a um ato.

Se a lei nada estabelecer sobre o *silêncio administrativo*, deve o interessado recorrer ao Judiciário a fim de satisfazer seu direito. Deve, também, apurar esses fatos e responsabilizar quem lhe tiver dado causa, pois o servidor que é negligente ou omissor não está exercendo corretamente suas funções, devendo sofrer punição, se comprovada sua inércia ou descaso, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal.<sup>33</sup>

Dessa forma, o *silêncio administrativo* não pode ser considerado ato da administração, em razão da *ausência de pronunciamento* desta, sendo considerado, portanto, um *fato jurídico administrativo*.<sup>34</sup>

Em relação ao administrado, porém, quer a lei defira ou não o seu pedido, sua pretensão está concretizada, visto que a lei, ao dispor de determinada forma, supriu a ação do agente competente.<sup>35</sup> É importante ainda ressaltar que o deferimento do pedido do administrado ou a ratificação do ato administrativo controlado, quando a norma houver atribuído ao silêncio da administração esses efeitos, não acarretará a confirmação ou deferimento do ilegal contido no pedido.

### 7.3. O silêncio administrativo

Outra forma a ser considerada é o silêncio administrativo, que ocorre quando a Administração Pública se

<sup>33</sup> “Art. 37. A administração pública, direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]:

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

<sup>34</sup> José dos Santos Carvalho Filho estabelece como fato jurídico aquele que é capaz de produzir efeitos na ordem jurídica, de modo que dele se originem e se extingam direitos (*ex facto oritur ius*). A ideia de fato administrativo, para o autor não tem correlação com tal conceito, pois que não leva em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas, ao contrário, tem o sentido de atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração. A noção indica tudo aquilo que retrata alteração dinâmica na Administração ou um movimento na ação administrativa. O fato administrativo não se consuma sempre em virtude de algum ato administrativo. Às vezes, decorre de uma conduta administrativa, ou seja, de uma ação da administração, não formalizada em ato administrativo. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, 2007.

<sup>35</sup> Diógenes Gasparini ensina: “Destarte, não nos parece que se a determinação, no silêncio administrativo for denegatória, o administrado tem direito de, em juízo, exigir da Administração Pública uma decisão fundamentada, se o ato for discricionário, ou pleitear que o juiz supra o comportamento da Administração Pública, se o ato for vinculado. Assim nos parece porque, a prevalecer este entendimento, nega-se a vigência à lei reguladora das consequências do silêncio administrativo” (*op. cit.*, p. 805).

omite da incumbência de manifestar sua vontade, posto que a exigência desta é requisito de aperfeiçoamento do ato administrativo, o que provoca algumas divergências doutrinárias.

Conforme já explanado, no Direito Privado, de acordo com a lei civil, o silêncio, como regra, importa consentimento tácito, considerando-se os usos e as circunstâncias normais. Isso só não valerá se a lei já apontar a consequência da omissão, ou seja, declarar como indispensável a manifestação expressa (art. 111 do Código Civil). Entretanto, no Direito Público, o silêncio não revela a prática de ato administrativo, visto que inexistente manifestação formal de vontade. O que ocorre, nesse caso, é um *fato jurídico administrativo* que, por isso mesmo, há de produzir efeitos na ordem jurídica. Portanto, se a Administração não responder à pretensão do particular, isso não vai significar que houve o consentimento estatal em relação ao que foi requerido, conforme ocorre no Direito Privado. Aqui, ao contrário, a ausência de manifestação ou a omissão não significa uma aceitação.

Entretanto, não se pode confundir *manifestação omissiva* com *ausência de vontade*, pois essa *ausência* significaria a não existência do ato administrativo em sentido restrito. O que pode existir, nesses casos, é um ato ilícito, *nos seguintes termos*: Se cabia à Administração a obrigação de atuar, e ela assim não procedeu, fica caracterizada a ilicitude, incidindo, nesse caso, o regime de *responsabilidade civil*. O silêncio não deverá ser interpretado como manifestação de vontade. Deverá ser o *não ato*, o vazio, o nada.

Ocorre que há situações em que o Direito determina que a Administração Pública deverá manifestar-se obrigatoriamente e, desde logo, qualifica o silêncio como *manifestação de vontade* em determinado sentido, ou seja, o silêncio configurará um *ato administrativo*, porque assim está determinado juridicamente, bastando, para tanto, que uma lei

preveja que a inércia da Administração significará a aceitação de um requerimento. Contudo, isso não é a regra.

Por isso, o *silêncio administrativo* e a *manifestação indireta de vontade* não se confundem, visto que o silêncio consiste na omissão e a *manifestação indireta* se verifica quando a Administração deixa de se manifestar formal e especificamente sobre certa questão, mas adota condutas indicativas, de modo indireto e inquestionável, da existência de uma vontade em determinado sentido.

Portanto, dependendo da natureza do *silêncio* ou *omissão administrativa*, poderá ser configurado como infração ao Direito, que não poderá ser invocado para eximir a Administração Pública da responsabilidade penal, administrativa e civil derivada da omissão.

A doutrina tem predominantemente adotado a solução de que, ao termo assinalado por lei, se a Administração não se manifestou, deve-se presumir uma solução de negação do pedido, de improcedência, salvo se a própria lei, expressamente, lhe tiver dado outro sentido.

A ausência de motivação: quando a motivação do ato for obrigatória, porque assim o impõe a lei, o vício nele existente pode situar-se no elemento forma, desde que haja descompasso entre o que a lei exige e o que consta o ato.<sup>36</sup>

## 8. Motivo<sup>37</sup>

O *motivo* do ato administrativo diz respeito à causa que originou a prática daquele *ato*, ou seja, a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a prática do ato administrativo. É o “porquê” do ato administrativo, o que leva a Administração Pública a emitir o ato. O motivo é obrigatório, indispensável.

A existência dos *motivos* se verifica quando a matéria *de fato* ou *de direito*, em que se fundamenta o *ato*, é materialmente existente ou juridicamente adequada ao resultado obtido, que nada mais é do que a execução do objeto para atender efetivamente a finalidade.

<sup>36</sup> É o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho, p. 104.

<sup>37</sup> Jurisprudência. Ementa: Administrativo. Docente da Universidade Federal de Juiz de Fora. Progressão Funcional. Indeferimento. Ato Motivado. Requisitos Objetivos e Subjetivos. Resolução nº 36/1993 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – Cepe. Ensino de Disciplina para a Qual Não Fora Habilitado. Teoria dos Motivos Determinantes.

1. A progressão funcional do Autor, professor da Universidade Federal de Juiz de Fora da área de Informática, foi indeferida ao argumento de que ele não havia cumprido o Plano Individual de Trabalho – PIT proposto pela Coordenação da Universidade. Entretanto, a recusa em lecionar Filosofia, matéria de outro Departamento a para a qual o Autor, embora graduado nesta matéria, não prestara concurso, é legítima, haja vista o teor da Resolução nº 36/1993 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – Cepe que consigna “não se poder obrigar docente a lecionar disciplina de outro departamento, para cujo exercício não tenha se habilitado”.

2. A motivação do indeferimento da progressão funcional vincula de tal ato à existência e legitimidade dos fatos alegados como ensejadores da negativa. Aplicação da teoria dos motivos determinantes. Inexistentes os motivos ou ilegais, impõe-se a invalidação do ato.

3. Apelação a que se nega provimento.

4. Sentença confirmada (TRF – Primeira Região, Apelação Civil nº 96.01.22975-2/MG; Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral. Votação unânime. Resultado: improvida).



Assim, o motivo ora será *de fato*, ora será *de direito*. Quando o motivo for deixado a critério do administrador para decidir se pratica ou não o ato (*discricionário*), será ele *motivo de fato*; quando o motivo for fixado em lei, que obriga o administrador a praticar um ato administrativo (*vinculado*) determinado, será ele *motivo de direito*.

Exemplo do motivo de fato é a desapropriação comum, em que a decisão cabe ao administrador. Já o motivo de direito teria como exemplo a desapropriação contida no art. 243 da Constituição Federal, pois aqui a lei está impondo à Administração o dever de agir daquela maneira determinada.

Então, *motivo* é a circunstância *de fato* ou *de direito* que autoriza ou impõe ao agente a prática do ato administrativo, que pode ser identificada como aquelas situações reais que devem ser levadas em conta para o agir da Administração Pública competente. Uma construção irregular, por exemplo, pode ensejar a edição de um ato (embargo) que imponha a imediata paralisação da obra, da mesma forma que a necessidade de um veículo para servir a Administração gera a edição de ato que determine a abertura de licitação. Vemos assim que, nos dois casos, os motivos levaram a Administração Pública a praticar os referidos atos.

Há, portanto, uma relação de causa e efeito entre motivo e finalidade. *Finalidade* é uma *razão genérica*, *motivo* é uma *razão específica*. Ocorrido o motivo, aquilo que, em abstrato, é a finalidade, torna-se necessário atender. Exemplo disto: não há vagas em escola; então, desapropria-se para prestar educação pública. Desapropriação é *objeto* e educação pública é a *finalidade*. Mas cabe observar que a educação pública só surgiu nessa história porque *não há vagas* na escola (motivo).

Observa-se daí que partimos sempre do concreto para o abstrato, ou seja, *o motivo gera a finalidade*. Então, *motivo* é anterior, é a exteriorização do *ato*. *Finalidade*, por sua vez, é posterior, é a consequência de toda atuação. É o que leva a Administração a editar o ato administrativo. *Motivo* poderá ser sempre identificado por ser uma coisa concreta, vai ser sempre um fato que levará o administrador à feitura do *ato*, ao passo que *finalidade* é uma coisa abstrata, genérica, geralmente ligada a princípios.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o *motivo* é um pressuposto *de fato*, vez que está relacionada à situação que levou a Administração àquela decisão, e *de direito*, posto que amparado na lei.

Podemos dar como exemplo um governador de Estado que resolve desapropriar uma área para a construção de um hospital. O *motivo* do ato será a falta de hospital, que tem por *finalidade* a melhoria da situação de saúde da população daquele Estado.

A propósito, caberia então perguntar: por que *razão de fato* ou *de direito*?

Para responder a essa pergunta temos que observar o *objeto do ato administrativo*, que pode ser *vinculado* (quando determinado) ou *discricionário* (quando indeterminado). É claro que todo *motivo* fundado na realidade é uma *razão de fato*, mas a partir do momento em que o legislador elabora a lei e imagina, como real, a razão, colocando-a no texto legal, essa razão se torna de direito, embora continue sendo uma razão de fato que ocorre na realidade, mas, se está no texto legal, é razão de direito. Será uma hipótese de motivo vinculado, motivo previsto no ato.

O caso de ato disciplinar, como o abandono de cargo, por exemplo, é um dado da realidade, mas é um motivo descrito em lei. Assim, se cometido um crime funcional (ofensa ao chefe, por exemplo), este será um motivo que, nesse caso, é uma razão de direito e, portanto, um motivo vinculado.

Mas há que se destacar, em contrapartida, o art. 78, XII, da Lei nº 8.666/1993, que trata da matéria de contrato administrativo, dispondo que *constitui motivo* para rescisão do contrato *razões de interesse público*, devidamente justificadas pela máxima autoridade que nos autos do processo o contrato foi firmado.

Mas, *quais as razões de interesse público*? O dispositivo não expressa, apenas faz menção ao “interesse público”. Contudo, na sequência, o art. 79, I, afirma que esse ato (contrato administrativo) é unilateral da Administração Pública contratante. O que ocorre, nesse caso, é que a lei confiou na autoridade máxima daquele órgão da Administração para determinar a rescisão do contrato por *uma razão de interesse público*, embora não descreva a razão de fato.

Na verdade, a lei confiou na autoridade para que ela verifique, na realidade, uma razão que gere a necessidade da rescisão sem culpa do contratado, sem que ele tenha que concordar. Ainda que ele discorde, o contrato vai ser rescindido, mas pelo *princípio da supremacia do interesse público*.

Portanto, contrato administrativo é completamente diferente do contrato comum, cuja função social nem mesmo o novo Código Civil descreve a razão de fato. Por isso é que o motivo pode ou não ser elemento vinculado. Isto significa que o diploma legal deu discricionariedade à autoridade no momento de praticar o ato e, sendo assim, ela terá que expressar, terá que motivar a razão. Nesse caso, o motivo vai ser elemento discricionário.

O *motivo* e o *objeto* são os únicos elementos que podem comportar o *mérito administrativo*, pois podem ser discricionários. O *mérito* é a oportunidade do *motivo* e a conveniência do *objeto*.

Observemos as seguintes situações fáticas:

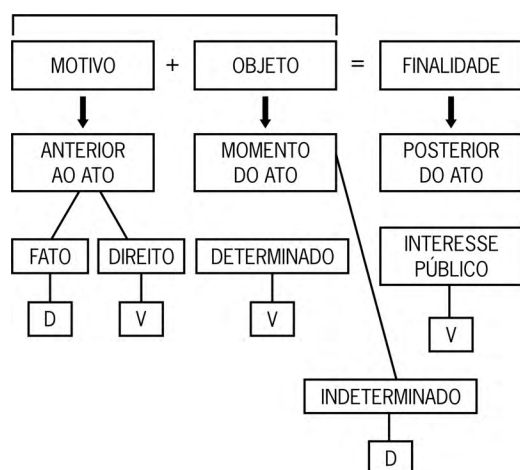
- Insuficiência dos transportes marítimos entre as cidades do Rio de Janeiro e Niterói (*motivo*). O administrador não está obrigado, por lei, a praticar um ato administrativo de que resulte a construção de uma ponte entre as duas cidades (*discricionariedade*).
- Se um servidor público preencheu o seu período aquisitivo de férias, o administrador tem o dever de colocá-lo de férias (*vinculação*).

Sendo vinculado o *motivo* ou a *causa* do ato administrativo, o administrador, ao praticá-lo, deverá justificar a existência do referido motivo previsto em lei.

Portanto, repita-se, motivo gera a necessidade de atender a finalidade, por ser ele submisso a ela. Embora valha a finalidade, o *motivo é insanável*, porque ele é um só. Uma vez expresso o motivo, a autoridade está vinculada a ele, ainda que tenha escolhido discricionariamente.

A obrigatoriedade da existência no mundo real dos motivos alegados e que determinam a prática do ato administrativo como requisito de sua validade acabou por dar origem à *teoria dos motivos determinantes*.

**Esquema:**



### 8.1. Teoria dos motivos determinantes

É aquela que diz que, mesmo quando o motivo é discricionário, mesmo quando a lei confia ao agente

a escolha do motivo no momento de praticar o ato, o agente vai praticar o ato escolhendo, exercendo, assim, a discricionariedade. Mas, uma vez escolhido, o motivo se torna vinculado para efeito de controle, o que significa dizer que, se colocarmos um outro motivo, estaremos praticando um outro ato. Ainda que tenha a mesma finalidade, é uma outra razão de fato.

Por isso, é importante destacar que não podemos substituir o motivo, pois ele é insanável. *O motivo não é convalidado porque ele é específico, diferentemente da competência e forma, que são convalidados*. Mesmo quando o motivo é escolhido, ele não é convalidado, exatamente pela teoria dos motivos determinantes.

Desse modo, ainda que não seja vinculado o *motivo* do ato administrativo, se o administrador, ao praticá-lo, justificar a sua prática (*motivá-lo*), esse *motivo* se vinculará ao *ato*. Como exemplo, temos a destituição de cargo em confiança, exonerável *ad nutun*, isto é, por não ser cargo efetivo, pode haver dispensa do funcionário pelo simples arbítrio.

Mas, atenção para o seguinte: caso o motivo expresso da exoneração tenha sido, por exemplo, por improbidade do servidor, e esta não tenha sido comprovada, a exoneração será anulada. Entretanto, por não ser um servidor estável, vez que ele era titular de cargo em confiança, sem estabilidade, o servidor não terá direito à reintegração. O ato de exoneração deixa de existir (este é o efeito da decisão judicial), devendo ser publicado um novo ato, dessa vez sem aquela motivação, com data retroativa à data de exoneração.

Em outras palavras, *teoria dos motivos determinantes* é aquela que torna vinculados os motivos dos atos discricionários, desde que uma vez expressos.

Frise-se, contudo, que nem sempre se faz mister a motivação na forma da lei. Nesse caso, fica submetido à discricionariedade<sup>38</sup> do agente investido da função pública que, por sua vez, ao optar pela motivação espontânea, ficará subordinado a demonstrar a existência dos fatos que originaram, sob pena de tê-lo como materialmente inexistente.

A doutrina mais autorizada, no entanto, defende a inserção do motivo no âmbito da lei, por reforçar a garantia do princípio da reserva legal, bem como por re-

<sup>38</sup> Jurisprudência. Ementa: Administrativo. Ato Discricionário. O ato discricionário, quando motivado, fica vinculado ao motivo que lhe serviu de suporte, com o que, se verificado ser o mesmo falso ou inexistente, deixa de subsistir. Mandado de Segurança deferido. Acórdão. Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas. Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso para reformar a sentença e deferir o Mandado de Segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas, como de lei. Brasília, 23 de agosto de 1989 (data do julgamento).

STJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12 – PE (Registro nº 89.0008629-4). Rel. Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg. Recorrente: José Pereira de Araújo Filho. Recorrido: Tribunal de Justiça de Pernambuco. Impetrado: Comandante-Geral da Polícia Militar de Pernambuco. Advogado: Dr. João Monteiro de Melo Filho. Pres. e Rel. Min. Armando Rollemberg.

duzir a margem de espaço para a decisão discricionária. Essa, também, parece ser a tendência da jurisprudência, que se inclina no sentido da indispensabilidade de *motivação* do ato administrativo.<sup>39</sup>

A despeito da divergência que grassa entre alguns autores a propósito dos conceitos de *motivo* e *motivação*, tem-se firmado a orientação que os distingue e pela qual são eles configurados como institutos autônomos.

*Motivo*, conforme já demonstrado anteriormente, é a situação de fato. Já a *motivação*, como bem sintetiza Cre-tella Jr., “é a justificativa do pronunciamento tomado”.<sup>40</sup> A *motivação* exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade.

Discute-se a respeito da obrigatoriedade ou não da *motivação* nos atos administrativos. Alguns estudiosos entendem que é obrigatória; outros, que a obrigatoriedade se circunscreve apenas aos atos vinculados.

Quanto ao *motivo*, dúvida não subsiste de que é realmente obrigatório. Sem ele, o ato é irritado e nulo. Inconcebível é aceitar-se o ato administrativo sem que se tenha delineado situação de fato.

Não se pode esquecer também a *teoria dos motivos determinantes*, que se fundamenta na assertiva de que o *motivo* do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se nos afigura estranho que se chegue a essa conclusão; se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.

Por fim, podemos dizer que, sendo o *motivo* um elemento calcado em situação anterior à prática do ato, deve ele sempre ser ajustado ao resultado deste, ou seja, aos fins a que se destinam. Impõe-se, desse modo, uma relação de congruência entre o motivo, de um lado, e o objeto e a finalidade, de outro. Nas corretas palavras de Marcelo Caetano,<sup>41</sup> “os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão”.

Nesse sentido, vamos observar que a Lei nº 4.717 exige essa compatibilidade, qual seja, depois de considerar a inexistência do motivo quando a razão de direito ou de fato não ocorreu (art. 2º, d), tornando nulos os atos que tenham tal vício, procura definir tal distorção

ao dizer que a inexistência dos motivos se verifica quando não há adequação jurídica dessa razão de fato ou de direito ao resultado obtido (art. 2º, parágrafo único, alínea d).

Verifica-se, dessa forma, que a partir de um determinado motivo, não podemos escolher um objeto que vai dar um resultado inadequado para atender a finalidade do interesse público, e isto em razão do *princípio da razoabilidade*, o qual será mais bem entendido quando falarmos da matéria dos requisitos para ser habilitado em licitação.

Como prévia, pode-se dizer que, ressalvadas as hipóteses previstas na legislação, obras, serviços etc., serão contratados mediante processo de licitação, o qual somente exigirá os requisitos com garantias mínimas de execução do objeto aos interessados. Então, não podemos estabelecer, a partir dessa finalidade, a necessidade de licitação, requisitos que não sejam suportáveis pelos licitantes, com excludente da enorme maioria e desnecessário para o objeto.

Exemplificando o exposto, podemos citar uma obra pública estimada em um milhão de reais, e que, entre outros requisitos, os licitantes tenham que ter capital mínimo de 50 milhões. Ora, dessa maneira, serão excluídas 98% das empresas desnecessariamente, porque a responsabilização é de 1 milhão, mas é exigido que a empresa tenha capital de 50 milhões, o que não é razoável, de sorte que, a partir da razão de fato ou de direito, não obteremos um resultado adequado juridicamente.

É verdade que podemos controlar a legalidade do ato discricionário, como no caso de estipulação de idade máxima em concurso público. O STF já se pronunciou a respeito, dizendo que deverão ser observadas quais serão as atribuições do cargo e, para melhor atender ao serviço público, deve-se estabelecer em seu objeto a restrição da idade máxima. Para policial detetive, por exemplo, a idade máxima é possível, porque o esforço físico é necessário e a tendência das pessoas é perder o vigor quanto mais velhas ficam. Então, será o interesse público a obrigar que se estabeleça uma idade máxima. Já para concurso para juiz não pode haver esta estipulação de idade máxima, porque em nada tem a ver essa função com vi-

<sup>39</sup> Embora deferida ao Administrador certa dose de subjetivismo na prática de determinado ato, é indispensável a respectiva motivação, para que seja possível examiná-la à luz do *princípio da razoabilidade*. Inexistente a motivação, o ato será irritado (TJ-PR – Ac. Unân. nº 12.277 da Primeira Câmara Civil – Reexame necessário nº 43.324-9 – Ortigueira. Rel. Des. Pacheco Rocha).

<sup>40</sup> CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 310.

<sup>41</sup> CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 148.

gor físico. Cada caso é um caso, exatamente porque o motivo, ainda que ele ocorra, tem que ter adequação jurídica ao resultado obtido.

Podem se apresentar como *motivo* do ato administrativo as *circunstâncias e situações fáticas* ou *jurídicas* mais diversas. Com efeito, no dia a dia da Administração Pública, envolta com a prática de uma enorme variedade de atos, diversos fatos, circunstâncias e elementos devem ser levados em consideração no sentido de que a medida tomada mediante decisão do administrador se encaminhe, dentro do possível, na exata direção da realização do *interesse público*.

Nessa ótica, toda atividade administrativa, devidamente circunstanciada, contextualizada, delimitada no tempo e no espaço tem uma razão de ser, ou seja, deve ir ao encontro de problemas e situações concretas, de naturezas mais diversas, postas a todo instante pela experiência de gestão da coisa pública. No exemplo já referido, da dissolução de passeata, o pressuposto fático que legitimaria tal medida seria a existência de tumulto e desordem, de natureza tal que comprometeria a segurança pública. O *motivo* da aplicação de uma sanção disciplinar seria o efetivo cometimento de alguma infração funcional.

No Brasil, manifesta é a resistência dos agentes públicos em motivar seus atos. Geralmente, a Administração quando decide, limita-se a carimbar um “sim” ou um “não”, um “deferido” ou um “indeferido”, sem apresentar maiores justificativas ao cidadão, sobretudo quando a decisão é de “indeferimento”.

Tal prática é incompatível com o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/1988). Ademais, ofende o *princípio da motivação*, corolário do princípio da legalidade. Por tal razão, a decisão que for tomada *sem motivação*, ou *com motivação insuficiente*, é nula de pleno direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello, isoladamente, diz que o *motivo* não é elemento do ato administrativo, porque o *motivo* é anterior ao ato. Afirma tal autor que os elementos do ato são apenas a forma e o objeto, e que os outros seriam pressupostos do *ato*.

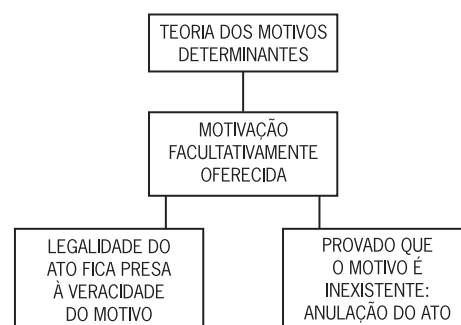
Há muito a jurisprudência pátria vem adotando a chamada *teoria dos motivos determinantes*, desenvolvida pela doutrina francesa e seu Conselho de Estado. Essa teoria, sinteticamente apresentada por Gaston Jèze, encontra-se assim formulada: os agentes públicos só estão obrigados a motivar seus *atos* por exigência da

lei. Mesmo quando dispensados da motivação, os *motivos* declarados pelos agentes serão, em princípio, considerados determinantes do *ato*. Em quaisquer casos, os *motivos* alegados deverão ser materialmente exatos e lícitos. Sendo múltiplos os *motivos*, cumpre investigar se os lícitos e verdadeiros são suficientes para legitimar o *ato*, cuja prova do *motivo* determinante incumbe a quem o alega.

Importa, pois, em todos os casos, que exista uma rígida relação de pertinência entre *motivo* alegado e o conteúdo do *ato* que expressa a decisão tomada. Qualquer incongruência poderá ensejar a invalidação do ato administrativo.

Embora a *teoria dos motivos determinantes* tenha representado considerável avanço em termos de controle da atividade administrativa, novas ideias, concepções e exigências surgiram com a evolução do Direito Público, no tocante à motivação dos atos administrativos, conforme se verá adiante.

#### Esquema:



## 8.2. Motivação

Relacionada ao motivo está a questão da *motivação dos atos administrativos*, mas importa aduzir que os dois não se confundem. O *motivo* é o *dado real, fático, objetivo ou empírico*, que conduziu o agente público à prática de determinado ato. Por sua vez, dá-se o nome de *motivação* à *declaração, enunciação, descrição, explicitação dos motivos* em que se baseia determinada medida administrativa tomada numa situação concreta. Para Rafael Bielsa:<sup>42</sup> “La necesidad de motivar los actos administrativos es una necesidad no sólo jurídica sino también de moralidad administrativa.”

<sup>42</sup> BIELSA, Rafael. *Estudios de derecho publico. Derecho administrativo I*. Buenos Aires: Depalma, 2006, p. 378.

Cassagne,<sup>43</sup> por sua vez: “*La motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo, y, en especial, la exposición de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto.*”

A submissão dos atos administrativos ao princípio da legalidade faz com que a validade destes esteja necessariamente vinculada à prévia exteriorização dos motivos que levaram a autoridade a determiná-los, ou seja, à sua motivação. Para Agustín Gordillo,<sup>44</sup> essa fundamentação fática e jurídica com a Administração entende que sustentar a legitimidade e oportunidade da decisão tomada é o ponto de partida para o julgamento dessa mesma legitimidade.

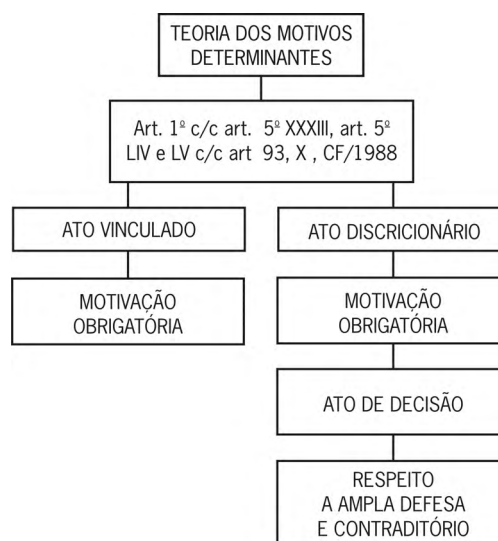
Contudo, importante é considerar quando se faz necessária a motivação de um ato administrativo. A motivação dos atos administrativos é obrigatória ou não? Alguns autores acreditam ser obrigatória somente no caso dos atos vinculados, quando a Administração tem que demonstrar que o ato está consoante os motivos definidos previamente em lei. Para outros, a motivação somente se faz necessária nos atos discricionários, porquanto, nessa hipótese ela possibilitaria um maior controle da legitimidade do ato, via aferição dos motivos que levaram à sua edição.

Convém colocar, todavia, a questão dentro de parâmetros mais amplos. Percebe-se, ao longo dos últimos anos, mormente na esteira do fortalecimento e consolidação do princípio da legalidade, o surgimento de uma atmosfera e cultura jurídicas orientadas para a necessidade de se motivarem os atos administrativos, atribuindo-se à Administração, no exercício de suas competências, o dever, e mesmo a obrigação, de justificar perante a sociedade seus atos. “A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo”, conforme bem lembrado por Diógenes Gasparini,<sup>45</sup> consoante decisão do STF.<sup>46</sup> Tal é uma decorrência natural dos princípios publicistas amplamente agasalhados no Texto Constitucional, principalmente o *princípio republicano da democracia e da cidadania* (art. 1º, II). De fato, na lição de Alberto Ramón,<sup>47</sup> num Estado Democrático de Direito os cidadãos têm o Direito Público de saber o porquê, as razões das medidas tomadas na gestão dos negócios públicos. A própria aferição da legalidade e legitimidade das decisões tomadas demanda uma consideração das circunstâncias concretas em que se baseiam.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição Federal exige que até as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas (art. 93, X). Assim, se dos tribunais, cuja função típica é jurisdicional, exige-se a motivação das decisões administrativas, com muito maior razão deve ela ser exigida dos órgãos, entidades e agentes que exercitam típica função administrativa.

O STF já decidiu que o ato de decisão sem motivação é nulo de pleno direito. O ato administrativo que contém cunho decisório deve trazer motivação obrigatória, porque a decisão sem motivação inviabiliza a ampla defesa e o contraditório, que são direitos constitucionais. É a corrente majoritária. Parte da doutrina fala que essa decisão tem que gerar litigantes ou acusado.

#### Esquema:



Observe-se que a exigência da motivação dos atos administrativos já consta expressamente de algumas Constituições estaduais e leis orgânicas de Municípios. É o caso da Constituição do Estado de São Paulo, art. 111.

Embora a *motivação* seja uma exigência básica de todos os atos administrativos, mormente quando a lei expressamente o exige, ela se impõe com particular força nos atos que importem em: restrição de direitos e atividades; decisão sobre direitos subjetivos, como nos casos dos concursos, licitações, contratações diretas; aplicação de sanções e penalidades; imposição de sujeições e restrições, sobretudo quando direcionadas

<sup>43</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 212.

<sup>44</sup> GORDILLO, Agustín. *Teoría general del derecho administrativo*. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 2006, p. 490.

<sup>45</sup> GASPARINI, *op. cit.*, p. 65.

<sup>46</sup> RDP, nº 34, p. 141.

<sup>47</sup> RAMÓN, Alberto. “La fundamentación del Acto Administrativo”. In: RDP nº 62, p. 17.

a pessoas concretas; anulação ou revogação de decisões anteriormente tomadas; publicação de resultados de certames e concursos; respostas a petições, reclamações e recursos, e exclusão de candidatos participantes de certames públicos.

### 8.3. Requisitos da motivação

A motivação dos atos administrativos deriva diretamente do próprio *princípio da legalidade*. De fato, somente por meio do exame da motivação do ato administrativo se poderá avaliar concretamente a existência do nexo causal entre os motivos suscitados pelo administrador e o objeto do ato.

Cumpra aqui observar que não cabe tão somente substituir um conceito jurídico indeterminado (tal como “utilidade pública”, “bem comum” ou “interesse público”), que está na base da lei, por outra noção igualmente indeterminada a título de execução do paradigma legal. No processo de motivação, deve-se justificar, de forma convincente e plausível, a aplicação desse conceito à circunstância de fatos concretos, de tal forma que se revele a adequação da invocação do pressuposto legal. A motivação deve deixar clara sua verdade fático-jurídica.

A fim de atender tais exigências, impõe-se que a motivação dos atos administrativos observe alguns requisitos básicos:

- a) que seja expressa, contendo uma exposição, ainda que sucinta, dos fundamentos de fato e de direito da decisão;
- b) que seja coerente com a decisão tomada;
- c) que guarde uma conformação entre o pressuposto legal e as circunstâncias fático-jurídicas suscitadas.

### 8.4. Motivação e controle de legalidade

Observe-se que o controle de legalidade dos atos administrativos evolui na mesma medida e proporção que evolui entre nós o ideal jurídico-político do Estado de Direito. Nesse sentido, o princípio da legalidade tem sido objeto de contínua e progressiva evolução, não sem percalços e resistências por parte daqueles que não se sentem muito à vontade dentro desta forma civilizada de convivência política e social.

Deve-se, portanto, considerar que o controle de legalidade da atividade administrativa, principalmente daquela de caráter discricionário, evoluiu no sentido da verificação dos motivos concretos determinantes da decisão administrativa, consubstanciada numa modalidade de ato administrativo. Tal verificação implica uma aferição da motivação expressa ou implícita do ato administrativo em apreço.

Tal é a formulação da teoria dos motivos determinantes, amplamente adotada nos Estados de Direito a partir da construção que lhe deu a doutrina francesa. Segundo essa teoria, os fatos que legitimaram a edição do ato administrativo devem ser apresentados, sob a forma de motivação, pelo autor do ato. Eventual desconformidade entre os fatos suscitados e o objeto do ato implicaria, necessariamente, a invalidação do ato por ofensa à legalidade. Dessa forma, o administrador fica jungido aos fatos alegados como originadores ou inspiradores da decisão administrativa tomada.

Em matéria de motivação dos atos administrativos, deve-se considerar duas situações básicas. Primeiro, quando a lei expressamente condiciona a edição e validade do ato à sua motivação. Tal se dá, por exemplo, em matéria de concessão de serviços públicos, quando a lei exige que o poder concedente deverá publicar ato justificando a conveniência da outorga da concessão (art. 5º da Lei nº 8.987/1995). Noutras situações a lei não prevê tal condicionamento.

Na primeira situação não há apelação. A ausência da motivação ou justificação do ato editado implicará sua ilicitude, tornando-o passível de invalidação.

Na segunda hipótese, cumpre admitir, a bem de uma adequada e matura aplicação do princípio da legalidade, que se deve atentar para os antecedentes que condicionaram a emissão do ato administrativo, adentrando-se nos motivos que inspiraram sua edição.

Assim, além de permitir um controle de legalidade do ato, no que se refere à existência ou não de nexo causal entre os motivos e o seu objeto, a verificação dos seus motivos possibilita ainda aferir dois outros requisitos fundamentais de sua legitimidade, quais sejam, sua *proporcionalidade* e sua *razoabilidade*.

Em que medida o Judiciário pode controlar os motivos do ato administrativo (Prova Preliminar da Magistratura do Estado)?

Pode, nas seguintes situações:

- a) inexistência do fundamento de fato;
- b) quando há uma incongruência entre o motivo e o resultado pretendido pela Administração (por exemplo, pratica-se um ato com um motivo que não tem nenhuma relação com aquele resultado);
- c) há possibilidade do Judiciário a prática do motivo do ato sob a ótica da razoabilidade.

Acresce-se a isso que o controle da legalidade do ato administrativo pelo Judiciário envolve os seus aspectos formais e materiais. Hoje não há mais dúvida de que a legalidade dos atos administrativos não se restringe ao seu aspecto procedimental, nem aos seus elementos

sempre vinculados: competência, finalidade e forma. Deve-se fazer presente também na faixa dos motivos e do objeto, os quais, embora infensos à revisão judiciária no que concerne aos aspectos de conveniência e oportunidade, são suscetíveis de verificação pelo juiz quanto à sua adequação à lei, porque é precisamente nesse ponto que se pode manifestar o abuso do poder caracterizador da ilegalidade substancial.

De fato, o conceito moderno de legalidade administrativa pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes do ato sejam verdadeiros, razoáveis e proporcionais ao seu objeto e à finalidade perseguida, declarada ou simplesmente implícita na regra de competência.

Como bem observa Celso Antônio Bandeira de Melo,<sup>48</sup> a lei outorga competência em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura desvio destoante do princípio da legalidade. Toda atividade administrativa deve, assim, conduzir a um resultado razoável e proporcional à finalidade do ato editado. O exame dos motivos, sua adequação ao objeto do ato, e deste à sua finalidade legal, permitem aferir a presença ou não dessas exigências.

Numa tentativa de esquematizar o itinerário percorrido pelo ato administrativo em sua estruturação lógica e fática, poder-se-ia afirmar que o mesmo caminha do motivo (pressuposto fático) à finalidade (pressuposto finalístico ou teleológico).

A presença de um determinado motivo provoca, dá lugar ou impulsiona a edição de determinado ato administrativo. Assim, por exemplo, a verificação da escassez de servidores ou de determinado gênero de consumo provoca a abertura de concurso público ou licitação por parte da autoridade competente.

Verificada determinada situação fática ou jurídica (motivo), faz-se necessária a intervenção do agente público, ou seja, da autoridade competente para editar o ato. Esta, pois, observa a existência de determinada situação (carência de recursos humanos e materiais) e toma a iniciativa de provê-la.

## 9. Objeto

O *objeto* tem íntima relação com o conteúdo do ato administrativo, por entendê-lo *em um conjunto*, ou seja, por *tratar-se da situação jurídica por ele criada, modificada,*

*declarada* ou *extinta* no que concerne a pessoas, coisas, ou atividades sujeitas à atuação do Poder Público.

Trata-se, portanto, do *conteúdo do ato*, por meio do qual a Administração manifesta seu *poder* e sua *vontade*, ou simplesmente *atesta* situações preexistentes.

Objeto, como se observa facilmente, é aquilo que o ato almeja alcançar. Um ato de nomeação para cargo público tem como objeto (*objetivo*), a ocupação de um cargo público.

É assim o resultado no mundo jurídico, ora o *objeto* é determinado, ora é determinável (indeterminado), sendo certo que só será válido se reconhecidamente estiver sob o prisma da licitude, moralidade e possibilidade. É o fim imediato do *ato administrativo*, verificado no momento do *ato*, ao contrário do motivo, que é anterior. É o que deseja a Administração Pública, ou seja, é a realização de relações jurídicas; é a materialização do ato administrativo.

Quando for determinado, o elemento será vinculado, e como exemplo teríamos a desapropriação do art. 243 da CF, que diz *o que* será expropriado. Já quando for indeterminado, o elemento será discricionário e teremos, como exemplo, a desapropriação do Decreto-lei nº 3.365/1941, quando o administrador escolhe.

Maria Sylvia Di Pietro<sup>49</sup> indica, com precisão, a maneira de identificar o objeto de um ato administrativo, bastando, para tanto, “verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe”, distinguindo-se o objeto do ato, do seu conteúdo. Para tanto, cita o exemplo de uma desapropriação, em que o conteúdo do *ato* seria a desapropriação em si, ao passo que o *objeto* se identificaria pelo imóvel sobre o qual recairia o procedimento administrativo.

Em suma, pode-se observar que os requisitos da *competência*, *finalidade* e *forma* devem, impreterivelmente, estar prescritos em lei, ao passo que o *motivo* e o *objeto* são passíveis de valoração pelo administrador, reduzidos ao seu poder discricionário para dispor sobre sua aplicação. É de se destacar, no entanto, que, mesmo discricionária, a vontade do agente deve encontrar os limites na lei, de modo que afaste o *desvio de finalidade* ou o *abuso de autoridade*, repudiados pelo Direito.

Diógenes Gasparini,<sup>50</sup> ao estudar a forma do *ato*, assim entende que, quando não observados e atendidos os requisitos, nulo será o ato administrativo praticado, tal como se extrai do teor do art. 2º, da Lei nº 4.717, de 29/6/1965 (Lei da Ação Popular), que prevê estarem maculados e nulos os atos lesivos ao patrimônio nos ca-

<sup>48</sup> BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*

<sup>49</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 171.

<sup>50</sup> GASPARINI, *op. cit.* p. 62.

sos de *incompetência*, *vício de forma*, *ilegalidade do objeto*, *inexistência dos motivos e/ou desvio de finalidade*.

Posição divergente é a de Odete Medauar,<sup>51</sup> que, ao discorrer sobre a *nulidade do ato administrativo*, descarta a possibilidade de ancorar a anulabilidade dos atos lesivos no dispositivo legal *supra*, eis que a Constituição de 1988, ao reger a ação popular em seu art. 5º, inciso LX-XIII, utiliza o verbo “anular” em sentido diverso daquele outrora aplicado. Para a autora, não vige atualmente o citado fundamento legal, cujo teor é:

Art. 5º. [...]

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Para o ato administrativo ser válido, o *objeto* deve ser *licito*, *possível* e *determinado* ou *determinável*. A *licitude* é o requisito fundamental. A possibilidade se dá quando é suscetível de ser realizado. Hoje, o novo Código Civil é mais preciso, exigindo que o *objeto* seja além de *licito* e *possível*, *determinado* ou *determinável*.

Cabe ressaltar ainda que, em se tratando de atividade vinculada, o *objeto* deverá ser o mesmo que a lei previamente estipulou. Aliás, diz-se *vinculada* porque a lei já determinou o *objeto* a ser alcançado. Porém, quando se tratar de discricionariedade, em que a lei dá margem de escolha para o Administrador, é permitido ao agente traçar as linhas que limitam o conteúdo de seu *ato*, mediante a avaliação dos elementos que constituem critérios administrativos.

## 10. Atributos

Em razão da *supremacia do interesse público*, cuja satisfação incumbe, por obrigação política e constitucional, à Administração Pública, os atos administrativos são dotados de alguns *atributos* não comuns, e mesmo inexistentes, nos *atos* regidos pelo Direito Privado.

Tais *atributos* se constituem em decorrência natural da diferença de tratamentos jurídicos dispensados aos interesses públicos e privados, e se apresentam em face aos particulares como prerrogativas públicas, como meios jurídicos aptos à necessária e impostergável satisfação das necessidades políticas, que reclamam do Estado, por vezes, uma postura enérgica, rápida e eficiente. Em face de tais necessidades, são *atributos* específicos dos atos administrativos: a *presunção de legitimidade*, a *imperatividade* e a *autoexecutoriedade*.

Como o ato administrativo provém do Poder Público, recebe, pois, um tratamento jurídico diferenciado em relação aos atos praticados por particulares. Cabe lembrar aqui que, ao particular, nada é defeso, senão por vedação em lei, ao passo que, ao administrador público só é permitido aquilo que esteja prescrito na lei.

Para fins didáticos, nada obstante outros serem apontados, a doutrina majoritária reconhece os seguintes *atributos* do ato administrativo, que os diferencia do ato submetido ao regime privado: *imperatividade*, *presunção de legitimidade*, *legalidade* e *veracidade*, e *autoexecutoriedade*.

### 10.1. Imperatividade

Em princípio, no Direito Privado, a relação jurídica só é afetada se o titular dessa relação concordar com isso, como, por exemplo, ninguém pode obrigar outrem a contratar. Já no Direito Público, o que vai caracterizar o ato administrativo é exatamente a *imperatividade*, ou seja, a possibilidade de afetar a esfera jurídica dos administrados sem a anuência destes.

Esse atributo decorre do próprio exercício do Poder Público, donde se pode presumir que seus *atos*, já ao nascerem, apresentam força de império ao recaírem sobre seus destinatários, não se lhes cometendo a possibilidade de discutir sua decisão ou aplicação e restando, apenas, a sua execução. É o poder que a Administração tem de, unilateralmente, influenciar a esfera jurídica de outrem, ou seja, sem o consentimento deles.

Portanto, a *imperatividade* permite à Administração Pública impor a sua vontade ao particular, mesmo que este não concorde com o ato administrativo. Essa acepção permite-nos afirmar, então, que a *imperatividade* é uma manifestação unilateral de vontade que pode criar obrigações a terceiros, porque há a supremacia do interesse público em jogo, passando a Administração a figurar numa posição superior em relação aos particulares. E essa posição de supremacia vai fazer com que os atos administrativos sejam revestidos desse atributo da imperatividade.

O exemplo que podemos oferecer quanto à *imperatividade* é o *tombamento*, em que nada pode o particular fazer, mas apenas aceitar a vontade da Administração, que decide quais os bens que vai tomba, daí o ato ser discricionário, mesmo tendo motivo vinculado, cabendo observar, entretanto, uma exceção: quando o ato vinculado no tombamento fica por conta do tombamento a pedido do dono do bem, pois, neste caso, o objeto já será determinado.

<sup>51</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 177.



Todo ato administrativo dispõe de *coercibilidade* (obrigatoriedade) para seu cumprimento ou execução, como decorrência da própria existência do ato administrativo, posto que as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a *presunção de legitimidade*. Como consequência da *imperatividade*, temos que todo ato administrativo deve sempre ser cumprido, sob pena de se sujeitar à execução forçada pela Administração ou pelo Judiciário. Daí ser a *imperatividade*, a nosso ver, a principal característica do ato.<sup>52</sup>

Cabe ressaltar que existe ato administrativo sem *imperatividade* quando não houver na prática de um ato uma posição de supremacia do Estado em relação ao particular, como é o caso do *ato administrativo enunciativo e nos atos negociais*, que se traduz naquele *ato* que não impõe nada a ninguém, como os atestados, as certidões, os pareceres, que são apenas opiniões que não têm qualquer *imperatividade*, somente informam, dão alguma certeza oficial sobre algo. Numa certidão ou mesmo num atestado há um mero reconhecimento de uma situação de fato. Os atos de consentimento ou negociais (autorizações,

permissões), bem como os enunciativos não têm *coercibilidade*.

A *presunção de veracidade* diz respeito ao conteúdo dos atos administrativos. Tal conteúdo tem *presunção de veracidade*, ou seja, até prova em contrário, deve ser tido e considerado verdadeiro. Trata-se, também, de *presunção relativa*.

Nesse sentido, o art. 19, inciso II, da Constituição, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos.

De fato, os atos administrativos, tendo em vista o exercício regular das funções administrativas, que, em muitos casos, não pode sofrer interrupção, têm em favor de si a *presunção de legitimidade*, a *presunção* de constituírem exercício legítimo de poder, por parte da autoridade administrativa. Por conseguinte, toda resistência a tais atos, toda invocação de nulidade contra eles deve ser necessariamente alegada e provada em juízo, quando tal alegação não é aceita na própria esfera administrativa.

Assim, ao contrário do que ocorre com os atos jurídicos comuns, sempre que confrontados, a legitimidade

<sup>52</sup> GUTIERREZ, Monica Madariaga. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 94-8. Tradução: O ato administrativo constitui a própria forma de realizar a administração.

É preciso explicar as diversas formas em que sua vinculação se manifesta positivamente, quer dizer, sua obrigatoriedade. Todo ato administrativo, para ser obrigatório, deve expressar um conteúdo determinado. [...]

A obrigatoriedade do ato administrativo se traduz na possibilidade de suas disposições serem executadas coercitivamente pelos próprios órgãos administrativos contra aqueles aos quais se dirige, sem um prévio juízo de conhecimento. Assim, o ato administrativo é obrigatório enquanto possui aptidão para ser executado por si mesmo, com apenas a intervenção da mesma autoridade da qual o ato emana.

Para uma melhor compreensão da força vinculante do ato administrativo é cedo formular uma discussão entre duas classes de atos:

i) uma primeira categoria de atos administrativos está representada por aqueles em que os efeitos que estão destinados a produzir vão implícitos no seu conteúdo, de tal maneira que não requerem a sua execução material e, mais ainda, que não a admitem. É o caso das certificações, que não se executam, afinal produzem todos seus efeitos por si mesma. Do mesmo modo, os atos de raciocínio, de juízo ou de conhecimento, possuem aptidão para produzir os efeitos que lhes são consubstanciais desde o instante em que tem aptidão suficiente para serem eficazes.

Tais atos produzem *executoriedade*, que é o mesmo que dizer que seus efeitos se produzem por si mesmos. Sua obrigatoriedade é *a posteriori*, e se manifesta, não no próprio ato, mas precisamente nos seus efeitos. Tanto o particular como a própria administração devem respeitar a verdade de seus conteúdos enquanto estes permaneçam premunidos de *presunção de validade* concernente a todo ato administrativo. Não existe possibilidade de resistência de seu cumprimento, mas somente a faculdade de impugnação *a posteriori*, por via de reconsideração ou de ilegitimidade. São atos de efeitos instantâneos.

ii) Um segundo grupo de categorias de atos administrativos está constituído por aqueles que devem cumprir-se, executar-se, para produzir seus próprios efeitos. Para sua efetiva e plena realização, se requer em etapa posterior a seu aperfeiçoamento, que é a etapa de execução material. Essa execução pode consistir na realização de determinados fatos ou na efetivação de novos atos administrativos que lhe procurem dar efetivo cumprimento e que sejam complementares do ato originário.

Doutrinariamente se tem sustentado, com uniformidade de critérios, que esta segunda classe de atos administrativos são os que causam *executoriedade* [...].

A *executoriedade*, por seu turno, não é mais que uma forma autônoma de executividade: se dá nos atos constitutivos de declaração de vontade cujo conteúdo requer que seja exteriorizado e cujos efeitos não se satisfaçam no mesmo ato, porém se projetem fora deste.

Sua obrigatoriedade flui da faculdade conferida à administração para fazer cumprir por si mesma, sem a intervenção de órgãos jurisdicionados dotados de império, para o qual, teoricamente, a autoridade pode solicitar por si o auxílio da força pública em caso de dificuldade. ROMANO distingue duas classes de *executoriedade*: a que pode se considerar como simples exigibilidade, que implica na possibilidade jurídica de atuar em conformidade com o ato, e a *executoriedade* em sentido técnico e estrito, que comporta essa força particular que permite à administração realizar coercitivamente o ato, apesar da resistência dos interessados e sem necessidade de recorrer à autoridade jurisdicional. GUTIERREZ, Monica Madariaga. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 8. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 94-8.

dos atos administrativos, instrumento de trabalho da Administração, não necessita ser declarada por autoridade judicial ou administrativa de hierarquia superior. Uma ordem de interdição de um restaurante, por exemplo, sob alegação de insalubridade, tem a seu favor a presunção de legitimidade. O titular do estabelecimento não pode opor resistência privada a tal ordem, como poderia fazê-lo se se tratasse de um título particular, como um contrato. Se a ordem for ilegítima, deverá o referido titular desconstituí-la na via administrativa, ou, no seu malogro, na via judicial.

A consequência mais direta dessa *presunção* que milita em prol dos atos administrativos é que as decisões administrativas podem ser executadas imediatamente, e têm, ademais, a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância.

A bem do interesse público, o ato administrativo, quando fixa obrigações, é *imperativo*, e sua observância inevitável. Portanto, tal atributo somente se apresenta nas medidas administrativas que impõem obrigações, não aparecendo nos atos de outorga, como licenças e autorizações, ou nos atos meramente declaratórios, como as certidões. É o que o publicista Renato Alessi denomina poder extroverso da Administração, que lhe possibilita tomar medidas e emitir provimentos que vão além da sua esfera jurídica, interferindo diretamente na esfera jurídica de terceiros. Tais determinações impostas unilateralmente são de cumprimento imediato, tornando-se, desde logo, prontamente exigíveis pela Administração, salvo quando atentatórias ao *princípio da legalidade*, quando podem ser invalidadas por provocação da parte interessada. Cite-se, como exemplo desse atributo, a designação de uma rua para realização de uma feira livre, ou a mudança na direção do tráfego de uma avenida, invertendo seu sentido.

É uma autêntica parcela do Direito Público, no interesse público.

É mister mencionar que a Administração Pública adquire a propriedade, declarada de utilidade pública, compulsivamente, contra a vontade do particular ou requisita bens, carro de polícia, móveis e imóveis, sem que haja intervenção do Poder Judiciário, ou lança tributos ou os arrecada, praticando atos que vão interferir na vontade individual de cada cidadão. O que esses atos contêm é justamente a presença do *atributo de imperatividade*, o que os torna diferentes dos atos jurídicos praticados pelos particulares. Na *imperatividade*, o cumprimento dos atos administrativos é, pois, imposto de modo unilateral ao administrado, mesmo contra a sua vontade.

Outros exemplos são:

- colocação de placas de nome de rua em parede de residências de particulares, situadas em esquina;
- estabelecimento de dia e horário para a realização de comícios políticos.

A imperatividade é, portanto, o poder de polícia da Administração Pública, visando a defender o interesse coletivo.

## 10.2. Presunção de legitimidade, legalidade e veracidade

Como a Administração está sujeita ao *princípio da legalidade* e, ao menos em tese, atua desinteressadamente, os atos administrativos gozam de *presunção de legitimidade*. Ou seja, eles são presumidos como tendo sido praticados de acordo com o Direito. O particular é que deverá comprovar que aquele ato não corresponde à verdade, que aquele ato deve ser anulado.

Portanto, até prova em contrário, presumem-se legais todos os atos emanados do Poder Público. Daí se dizer que prevalece a *presunção juris tantum*, por ter sido realizado o ato em conformidade com o Direito. Essa característica decorre do próprio ato administrativo, não dependendo de lei expressa.

Exemplo de legalidade e legitimidade seria o caso de um cidadão ter sido multado por dirigir com o braço para fora do carro. Entrando ele com um recurso administrativo, alega que seu carro possui ar condicionado e que nunca dirigira de vidro aberto, muito menos com o braço para fora. Não logrará efeito, contudo, seu argumento, pois o Poder Público tem a *presunção de legalidade e legitimidade*. Ademais, a viabilidade de êxito do seu recurso estaria condicionada à apresentação de provas e não somente a argumentos.

Todavia, pode ocorrer de o ato administrativo apresentar-se eivado de ilegalidade, o que, por si só, não basta para desnudar a sua *presunção de legalidade*.

Em razão de sua própria natureza, não se faz necessária a autorização judicial para a execução ou operatividade do ato, que acontece de imediato. É o que se denomina *ato de pronta execução*, salvo se a parte interessada vier a obter, mediante recursos internos ou por via judicial, a suspensão de tal execução, sob a alegação de ilegalidade deste. No entanto, até que tal suspensão ocorra, os atos são válidos e produzirão todos os efeitos, posto que ainda existentes no mundo jurídico.

Por outro lado, a Administração não tem necessidade de realizar a prova de legitimidade do ato praticado,

visto que o ônus da prova é transferido à parte atingida pelo *ato* supostamente ilegal.

Não perfilhando totalmente essa teoria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>53</sup> entende que:

[...] a *presunção de veracidade* inverte o ônus da prova; é errado afirmar que a *presunção de legitimidade* produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida.

Ao entender que a *presunção de legitimidade* não produz a inversão do ônus da prova, a autora suscita que a Administração deve provar que o *ato* praticado atende o interesse público.

Ora, a *presunção de veracidade* diz respeito aos atos praticados serem tidos como verdadeiros; a *presunção de legalidade*, da mesma forma, no que pertine ao amparo legal; e, por fim, a *presunção de legitimidade* refere-se ao atingimento do interesse público. Assim, entendemos que, *data venia*, cabe àquele atingido pelo *ato* o apontamento da ilegitimidade. Note-se que não se está, aqui, a retirar a *presunção relativa (juris tantum)* que informa o *ato*, permitindo-se ao interessado a declaração de sua ilegitimidade. De todo modo, sempre haverá a possibilidade de *arguição do vício* (salvo nos casos em que a *presunção* é explicitamente *juris et de juris*, tal como na impossibilidade de impetração de *habeas corpus* no atinente a punições disciplinares militares – art. 142, § 2º, CF). Caso contrário, perderia a Administração o princípio de autoridade que lhe é inerente no poder de império.<sup>54</sup>

Efeito da *presunção de legitimidade*, então, é a *autoexecutoriedade* que, como veremos, admite que o *ato* seja imediatamente executado. Outro efeito é a inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o *ato* legítimo a comprovação da ilegalidade.

### 10.3. Autoexecutoriedade ou executoriedade

A *autoexecutoriedade* complementa a *imperatividade*.

Todos nós temos direitos que devem ser satisfeitos. Caso não tenhamos esses direitos satisfeitos de imediato, isso não nos autoriza a executá-los diretamente.

Em regra, no Direito não há autotutela; não há *autoexecutoriedade* do próprio Direito. Ao contrário, sua prática caracteriza, inclusive, crime de exercício arbi-

trário das próprias razões. Observa-se que também no Direito Civil há algumas exceções: desforço pessoal no caso de posse isolada, cortar o galho de uma árvore que ultrapassa para o terreno do lado.

Enquanto a *autoexecutoriedade* no Direito Civil é exceção, no Direito Administrativo é a regra. Ou seja, como o ato administrativo tem *presunção* de que foi praticado de acordo com o Direito, tem *imperatividade* (é imposto ao particular independentemente de sua vontade), e a própria Administração pode executar seus atos. Exemplos: apreensão de veículo, que é um ato administrativo sancionatório, interdição de estabelecimento.

Apesar de a *autoexecutoriedade* ser a regra no Direito Administrativo, ela possui uma série de requisitos que a relativiza, posto que só pode existir *autoexecutoriedade* quando prevista expressamente em lei ou houver risco público iminente.

Alguns entendem que, salvo nos casos em que realmente não for possível, a *autoexecutoriedade* não pode levar a ausência do *contraditório* e da *ampla defesa*. Então, a Administração até pode autoexecutar, o que equivale a não recorrer ao Judiciário, mas se obriga a oferecer, antes, *contraditório* e *ampla defesa*. Contudo, se o *risco público iminente*, que já deu respaldo à *autoexecutoriedade*, for considerado muito grave, exime-se a Administração da imediata apresentação do *contraditório* e da *ampla defesa*, podendo, logo, executar o *ato* e posteriormente oferecer-lhes.

A própria lei poderá dispor, em seu texto, que a Administração poderá praticar o *ato* e apenas depois conceder o *contraditório* e *ampla defesa*. É o que se dá, por exemplo, na apreensão do veículo.

Então, o *contraditório* e a *ampla defesa* condicionam a *autoexecutoriedade*. Outro é o desfecho se a lei já faz menção ou se o interesse público exigir, ocasião em que estes serão sobrepostos ao *ato*. Primeiro autoexecuta e depois concede o *contraditório* e a *ampla defesa*.

O fato de a Administração ter a *autoexecutoriedade* não isenta o administrado de buscar a tutela jurisdicional, como poderá fazê-lo numa ação cautelar. Como exemplo, no caso de um prédio que precisa ser demolido, poderá a Administração valer-se dessa prerrogativa e autoexecutar o *ato*. Não obstante, tem a opção de recor-

<sup>53</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 162.

<sup>54</sup> Daí a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: [...] Em decorrência, enquanto não houver pronunciamento de órgão competente para fazê-lo, os atos administrativos são tidos como verazes, legais e legítimos.

Essa *presunção*, é claro, é *juris tantum*, cedendo ante prova em contrário, apresentada por quem tenha interesse em afastá-la. Convocados a pronunciarem-se sobre a veracidade, legalidade ou legitimidade do ato, tanto a Administração, por via de revisão administrativa, como o Judiciário, por via processual, declararão a desvalia do ato, com as consequências de direito (*op. cit.*, p. 102).

rer a uma autorização judicial, objetivando se resguardar de futuras contendas, como pedidos de indenização dos ex-moradores do prédio. Foi o que ocorreu, de fato, no caso do Edifício Pallace II, em que a prefeitura entrou com o pedido de autorização judicial para demolir. Entretanto, há na doutrina uma corrente minoritária que sustenta a impossibilidade de se buscar o Judiciário nas hipóteses em que se tem *autoexecutoriedade*, por entender a incidência da falta de interesse de agir.

Destituída está a Administração Pública do poder de autoexecutar os valores pecuniários, pois a esse fato não se aplicam os princípios que condicionam a autoexecutoriedade – *previsão legal* ou *risco público iminente*. Por exemplo, não há que se falar em *risco público iminente* no pagamento de um tributo. Tampouco existe *amparo legal* que justifique a Administração autoexecutar valores pecuniários. Com isso, descaracterizada está a *autoexecutoriedade* administrativa no tocante a valores pecuniários, sendo certo que a sua cobrança deverá se submeter ao que dispõe a *Lei de Execução Fiscal*, que estabelece o procedimento de cobrança judicial que disciplina a execução fiscal, e a qual está obrigada a Administração Pública.

Todavia, mister se faz distinguir, nesse contexto, *autoexecutoriedade* de *exigibilidade*. Conforme exposto, não dispõe a Administração de autoexecutoriedade quanto aos valores pecuniários. O mesmo não se aplica à *exigibilidade*, eis que esta não está atrelada aos princípios da *previsão legal* ou do *risco público iminente*. Dessa forma, nada impede que a Administração constitua um título executivo, e isso ela pode fazer, posto que possui *exigibilidade*, e o inclua na dívida ativa, submetendo-o aos trâmites do adequado procedimento judicial de cobrança administrativa (execução fiscal), independentemente de processo de conhecimento.

Nos variados atos que a Administração Pública executa, rotineiramente, muitas das vezes *autoexecutoriedade* e *exigibilidade* se confundem e se atropelam, pela falta de observância legal do administrador.

A *autoexecutoriedade* confere poderes à Administração Pública para que esta possa executar o ato diretamente, sem necessidade do crivo do Poder Judiciário, sob a pertinente alegação da *necessidade da prestação*

*imediate e continuada do serviço público*, de forma a não prejudicar o seu bom andamento e, conseqüentemente, o interesse coletivo.

Com isso, constata-se a existência do Poder inerente à Administração Pública, que a permite levar seus atos às últimas consequências. Exemplo da *autoexecutoriedade* é o caso de um fiscal de salubridade que, na prática rotineira de suas atividades, se dirige a um supermercado e se depara com uma mercadoria de data de validade vencida. O fiscal, valendo-se de seu *poder de polícia*, inutilizará o material imediatamente, não precisando, para tanto, de autorização do Poder Judiciário.

Oportuno mencionar que *autoexecutoriedade* não pode caminhar de braços dados com a famigerada *arbitrariedade*, devendo esta última ser repudiada pelos administrados. O administrador, por seu turno, a fim de demonstrar lisura nos seus atos *autoexecutáveis*, deve valer-se, sempre que possível, da forma escrita para consigná-los.

Nesse particular, releva considerar que, se submetido o ato do Poder Executivo ao controle do Poder Judiciário, restaria vulnerado o princípio constitucional básico da *tripartição das funções estatais*, consagrado no art. 2º da Constituição Federal.

No Direito Privado, são raras as hipóteses em que se permite ao particular executar suas próprias decisões. No Direito Público, porém, esta é a regra.

Cabe ressaltar que a *autoexecutoriedade* não existe em todos os atos administrativos, mas somente naqueles em que haja *previsão legal* ou, ainda, *quando se fizer emergencial a sua adoção*, caso em que, do contrário, maior poderá ser o prejuízo para o interesse público. O exemplo clássico, neste último caso, é aquele em que a demolição imediata de uma determinada construção se tem como única medida de evitar um possível desabamento.

Vale dizer que o art. 5º, LV, da CF/1888, restringiu a intensidade desse atributo, ao estender as garantias do *contraditório* e da *ampla defesa* para os procedimentos administrativos.

A característica da *autoexecutoriedade* é usada normalmente quando o Estado exerce o *poder de polícia*.<sup>55</sup>

Já para Clarissa Sampaio Silva,<sup>56</sup> a *autoexecutoriedade* consiste em:

<sup>55</sup> José dos Santos Carvalho Filho afirma: "Em determinadas situações, a autoexecutoriedade pode provocar sérios gravames aos indivíduos, e isso porque algumas espécies de danos podem ser irreversíveis. Esse tipo de ameaça de lesão pode ser impedido pela adoção de mecanismos que formalizem a tutela preventiva ou cautelar, prevista, aliás, no art. 5º, XXXV, da CF. Dentre as formas cautelares de proteção, a mais procurada pelas pessoas é a medida liminar, contemplada em leis que regulam algumas ações específicas contra o Poder Público. Sendo deferida pelo juiz, o interessado logrará obter a suspensão da eficácia do ato administrativo, tenha sido iniciada ou não. O objetivo é exatamente o de impedir que a imediata execução do ato, isto é, a sua autoexecutoriedade, acarrete a existência de lesões irreparáveis ou de difícil reparação. Trata-se, pois, de mecanismos que procuram neutralizar os efeitos próprios dessa especial prerrogativa dos atos administrativos" (*op. cit.*, p. 102; 103).

<sup>56</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 27.

[...] um *plus* em relação à exigibilidade (Celso Antônio Bandeira de Mello), fazendo com que a Administração possa se socorrer de meios diretos para garantir a sua observância, prescindindo de intervenção do Poder Judiciário.

E para Agustín A. Gordillo,<sup>57</sup> o ato administrativo é executório quando a Administração tiver à sua disposição, outorgados pelo ordenamento jurídico de forma implícita ou explícita, os meios para fazê-lo valer por ela mesma, sem necessitar se socorrer da Justiça para obter o seu cumprimento.

No Estado Democrático de Direito, as condutas administrativas são passíveis de amplo controle jurisdicional, a fim de que qualquer ameaça ou lesão de direito seja efetivamente combatida oportunamente e de forma eficaz. Urge, portanto, conciliar o atributo da *autoexecutoriedade* com o *princípio da ampla tutela jurisdicional*, consagrado na Constituição (art. 5º, XXXV). Já na esfera administrativa, cumpre que a executoriedade do ato administrativo manifestamente ilegal ou abusivo seja sustada, por meio dos mecanismos de controle interno, conferindo-se efeito suspensivo aos recursos administrativos interpostos em tais circunstâncias.

Sempre que a Administração Pública suscitar a necessidade de execução imediata de determinado *ato* ou decisão administrativa, a pretexto de dar cumprimento a certo interesse público relevante, cumpre que o *ato* seja devidamente motivado, a fim de que se afira, na esfera administrativa, quando da interposição do competente recurso, ou mesmo na esfera judicial, a efetiva necessidade da alegada urgência de execução coativa. Não sendo razoável a invocada exigência de execução imediata, importa seja a mesma suspensão de pronto, vez que a referida *executoriedade* somente se justifica em face da exigência de tutela imediata de um interesse público qualquer, apto a suscitar a “*via coactiva*” da Administração Pública.

Eslarecedor, a esse respeito, que é ilegal o desconto na remuneração dos servidores públicos em razão de um dano causado ao erário. Na hipótese enfocada, a Administração não pode dar autoexecutoriedade aos atos que acarretam diminuição da remuneração. O próprio Supremo reconheceu que o desconto não seria um ato autoexecutório. Logo, dependeria de autorização judicial ou só seria aplicável quando houvesse consentimento do servidor.

Questão que desperta interesse no estudo, envolvendo ainda a autoexecutoriedade, gira em torno da anulação de nomeação do servidor público, acarretando a perda

do cargo sem que o mesmo tenha direito a se defender. A matéria é complexa e o próprio Supremo Tribunal Federal apresenta uma certa divergência. Senão, vejamos:

- a) A ministra Ellen Grace sustenta que, havendo um ato ilegal na nomeação do servidor, por exemplo, não tinha diploma de universitário, mas foi nomeado, como não preencheu os requisitos exigidos por lei para o cargo, tal nomeação é ilegal e, sendo assim, não há que assegurar àquela pessoa o contraditório e a ampla defesa. No caso, a autoexecutoriedade é de tamanha ordem que vai dispensar o contraditório. Na Súmula nº 473 do STF, há a seguinte previsão: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais porque deles não se originam direitos...” Ato ilegal não pode originar direitos. Ora, se não pode originar direitos, não precisa assegurar ampla defesa e contraditório a quem nem mesmo direitos tem. Há decisões também no STJ nesse mesmo sentido, seguindo esse mesmo raciocínio.
- b) O ministro Carlos Velloso possui uma colocação feliz: quando a discussão envolver apenas matéria de direito, não havendo controvérsia de fato, não haveria que se assegurar o contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, diante de uma controvérsia de fato, antes de realizar a anulação de concurso, enfim, antes de praticar um ato lesivo ao patrimônio do particular, há que se assegurar o direito de ampla defesa ao servidor.
- c) Há posições em sentido contrário, inclusive no próprio STF. O ministro Gilmar Mendes discorda totalmente da ministra Ellen Grace em relação a essa matéria. Se uma pessoa, hipoteticamente, vinha recebendo há mais de oito anos uma pensão, de forma irregular, para que tenha esse benefício cortado, o Tribunal de Contas não pode decidir, unilateral e sumariamente, cancelar o pagamento da pensão concedida.

O Tribunal de Contas, na forma do art. 71, III, da Constituição Federal, é competente para apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, muito embora os atos praticados sejam passíveis do controle do Poder Judiciário.

Cumprido, contudo, ressaltar que começam a surgir teses e discussões acadêmicas no sentido de que considerar que o Tribunal de Contas, quer no exercício da atividade administrativa de rever os atos de seu Presidente, quer no desempenho da competência constitucional

<sup>57</sup> SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

para julgamento da legalidade da concessão de aposentadorias, esteja, jungido a um processo contraditório, seria submeter o controle externo a cargo daquela Corte a um enfraquecimento absolutamente incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição desde os albores da República.

Sobre o tema, confira-se, ainda, precedente da relatoria do ministro Sydney Sanches, segundo o qual:

[...] não ofende o art. 5º, LV, da Constituição, o ato da autoridade em que, sem procedimento administrativo – e, portanto, sem dar ao interessado oportunidade de se manifestar – retifica ato de sua aposentação para excluir vantagens atribuídas em desconformidade com a lei (RE nº 185.255).

A tese do ministro Sydney Sanches, *data maxima venia*, não se apoia no próprio texto em vigor, já que o Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo, a fiel observância do princípio do devido processo legal.<sup>58</sup>

Quando o Poder Público, no exercício de seu *poder de polícia*, entende de eliminar mercadorias deterioradas, por exemplo, realizando fiscalização de um bar, o ato se reveste do caráter de *autoexecutoriedade*.

Como exemplos, destacamos os seguintes:

- embargos e demolição de obras clandestinas;
- apreensão de gêneros alimentícios ou medicamentos, impróprios para o consumo, para posterior inutilização;
- apreensão de mercadorias vendidas ilegalmente (guardas municipais, policiais civis e federais x camelôs);
- internação compulsória de ébrios, loucos, portadores de doenças infectocontagiosas, que ponham em risco a saúde pública e o meio ambiente;
- interdição ou fechamento de estabelecimentos comerciais ou industriais que não atendam às normas de segurança, higiene e meio ambiente;

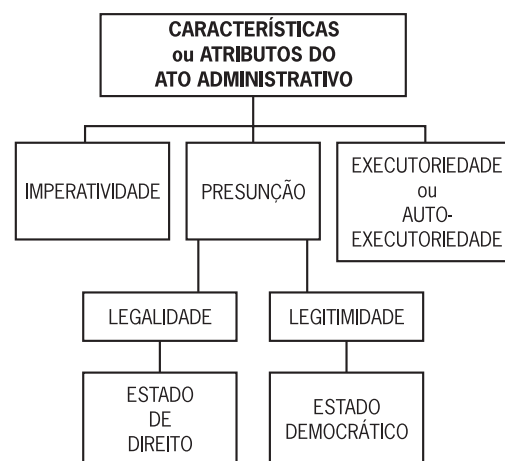
- envio, para depósito público, de bens móveis que estejam impedindo a passagem de pedestres nas calçadas, e de veículos nas vias públicas.

A *executoriedade* provém da validade do ato, isto é, da *presunção de legitimidade*. Esse atributo, como já afirmamos, não é comum a todos os atos administrativos, só podendo ser utilizado, quando:

- nos casos previstos em lei; ou
- quando implícitos no sistema legal, isto é, naqueles casos em que se faz necessária a tomada de uma medida urgente, sob pena de geral comprometimento do Direito, acarretando prejuízo para o *interesse público*, se não for adotado (urgência, perigo iminente).

Por fim, cabe ressaltar que o art. 287 do Código de Processo Civil apenas faculta a via cominatória ao Poder Público, sem qualquer caráter obrigatório, mesmo porque a lei federal não poderá impor ao governo estadual ou municipal forma de procedimento administrativo, o que violaria flagrantemente a autonomia dos governos, assegurada expressamente na Constituição da República.

#### Esquema:



## 11. Formação e efeitos

Quando falamos em formação e efeito do ato administrativo, devemos pensar em quatro itens: perfeição,

<sup>58</sup> “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmada a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos” (RTJ – 183/371-372; Rel. Min. Celso de Mello).

eficácia, exequibilidade (existência) e validade. Vejamos, então, cada um deles.

### 11.1 Perfeição

Para ser *perfeito*, dizemos que o *ato* precisa estar completo, isto é, possuir determinados elementos,<sup>59</sup> sem os quais, materialmente, ele nem mesmo existe no mundo jurídico. Portanto, *ato perfeito* é aquele que possui todos os elementos à sua formação; não os possuindo, ele não existe.

Para a formação do *ato* ser perfeita, o processo pode se dar de uma maneira longa, mas não intervindo, nesse caso, a vontade do administrador. O certo é que a perfeição do *ato* somente vai suceder quando se encerrar seu ciclo de formação, ressaltando-se, aqui, que o sentido da perfeição é o de conclusão.<sup>60</sup>

### 11.2. Eficácia

A eficácia do ato pode ser conceituada como a idoneidade que tem o ato administrativo para produzir seus efeitos na esfera jurídica, não apresentando obstáculo, ou seja, o *ato* está pronto para atingir o fim a que foi destinado. Eficácia, em síntese, é a aptidão do ato para produzir efeitos.

Assim, toda vez que um ato repercute nessas circunstâncias, na esfera jurídica, dizemos que ele é *eficaz*, não estando sujeito a prazos, à condição suspensiva nem a um ato de ratificação que condicione a sua produção de efeito.

Constituir-se-ia a eficácia, então, em um pressuposto da validade do ato administrativo? Não, eis que muitas vezes o *ato* é válido, existe, mas é ineficaz, já que está sujeito a três institutos, quais sejam: *condição*, *encargo* e *termo*.

Entretanto, existem algumas situações que, para produzir efeitos, o *ato* precisa ser homologado, obrigatoriamente, a fim de possuir a chancela da eficácia. A título ilustrativo, seria o caso de um processo de aposentadoria em que o chefe do Executivo a concede. Nesse caso, é necessário que o Tribunal de Contas ratifique, confirme esse ato, segundo prescreve o art. 71, III, da Constituição da República.

Outro exemplo é a dispensa de licitação. Para ter eficácia, essa dispensa tem que ser homologada por autoridade superior, que fará uma revisão, uma fiscalização do controle de validade. Enquanto não houver homologação, não estará sacramentada a eficácia, eis que a homologação é condição suspensiva, ou seja, enquanto ela não for implementada, o *ato* não produz efeitos e, sendo assim, é *ineficaz*.

Para essa acepção, damos como exemplo o período de *vacatio legis*, como um decreto do chefe do Executivo, que entrará em vigor em 15 dias. O decreto foi realizado com todos os elementos estipulados por lei – *motivo*, *finalidade*, *objeto*, *forma* e *competência* –, ou seja, está materialmente completo, tem existência e validade. Porém, enquanto pendente (15 dias), esse *ato* (decreto) não é eficaz, uma vez que não se encontra, ainda, em estado de produtividade de seus efeitos.

Aprofundando um pouco mais, temos a efetividade, que é um conceito mais sociológico do que jurídico. É a concretização prático-social da eficácia, embora o termo e a condição possam constituir óbices à operatividade do ato, mas nem por isso descaracterizam sua eficácia.<sup>61</sup>

Como bem averba Sérgio de Andréa Ferreira,<sup>62</sup> a *eficácia* comporta três tipos de dimensão: *temporal*, que leva em consideração o período da produção de efeitos (há atos de eficácia instantânea e atos de eficácia duradoura); *espacial*, que considera o âmbito de incidência dos efeitos (ex.: um ato de permissão originário do Município só produz efeitos no círculo territorial deste); e *subjettiva*, atinente aos indivíduos que estarão sob sujeição do *ato*.

### 11.3. Exequibilidade

A exequibilidade, que não se confunde com a eficácia, significa a efetiva disponibilidade que tem a Administração para dar operatividade ao *ato*. Desse modo, um ato administrativo pode ter eficácia, mas não ter ainda exequibilidade.<sup>63</sup>

Contudo, alguns autores afirmam que ambas, eficácia e exequibilidade, possibilitam a produção dos efeitos do ato administrativo, mas valendo destacar as doutrinas

<sup>59</sup> Vale observar que usamos o termo “determinados” tendo em vista que não há unanimidade entre os estudiosos quanto ao número desses elementos, embora sejam cinco os clássicos estipulados por lei, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

<sup>60</sup> Pode-se dizer que os atos administrativos podem ser perfeitos ou imperfeitos, configurando-se os primeiros quando encerrado seu ciclo de formação e, os últimos, quando ainda em curso o processo constitutivo. O ato administrativo perfeito assume a garantia atribuída ao ato jurídico perfeito, impedindo seja atingido por efeito retroativo da lei.

<sup>61</sup> Sob a ótica ora em estudo, podemos então dizer que os atos administrativos podem ser eficazes ou ineficazes, isto é, aqueles com aptidão para produzirem seus efeitos, e estes quando ainda não dispõem dessa possibilidade.

<sup>62</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito administrativo didático*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 97-99.

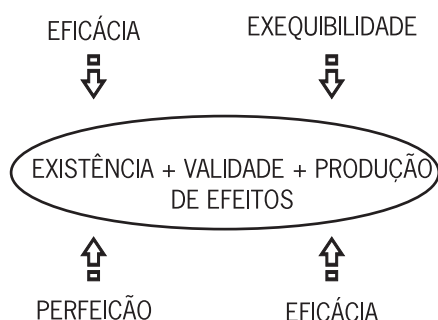
<sup>63</sup> Sendo assim considerado o aspecto da operatividade dos atos, eles podem ser exequíveis ou inexecuáveis. No primeiro caso, os atos já são inteiramente operantes, ou seja, já existe a disponibilidade para colocá-los em execução, ao passo que essa disponibilidade inexistente nos últimos.

de Hely Lopes Meirelles e de Diogo Figueiredo, para os quais *eficácia* seria algo menos do que a *exequibilidade*.

A *eficácia* seria a *adequação formal* e a *exequibilidade* a *produção dos efeitos*. A *adequação formal* seria possuir todos os elementos (*competência, finalidade, forma, motivo e objeto*), e estes serem formados de acordo com a lei. Se o *ato* tiver todos os elementos e a sua formação estiver compatível com a lei, consolidadas estarão a existência e a validade, ou melhor, a *eficácia*. A produção de efeitos, contudo, não guarda relação com estes fatos, tanto assim que um ato administrativo pode estar totalmente perfeito e eficaz, porém não exequível. Por exemplo, no processo administrativo pendente a recursos. É eficaz, mas só se torna exequível depois do recurso administrativo. Caso similar ocorre no Direito Processual Penal em relação à sentença judicial, que sendo prolatada é eficaz, mas só se torna exequível depois de transitada em julgado.<sup>64</sup>

Deduzimos, pois, que a noção de exequibilidade só se satisfaz após superados todos os obstáculos que a antecedem, podendo ser assim esquematizada:

**Esquema:**



#### 11.4. Validade

Por fim, a *validade* é a situação jurídica que resulta da conformidade do *ato* com a lei ou com outro *ato* de grau mais elevado. Se o *ato* não se compatibiliza com a norma superior, a situação, ao contrário, é de invalidade.<sup>65</sup>

*Ato válido* é aquele que tem todos os seus elementos, possuindo as qualidades estabelecidas em lei. Então, a autoridade é competente, a forma é legal, o objeto é lícito. É um *plus* em relação à mera perfeição, eis que todos os elementos já são perfeitos, mas valendo ressaltar que, para serem válidos, esses elementos têm que ter as finalidades estabelecidas pela lei.

Concluimos, assim, que é de interesse para o Direito Administrativo verificar a relação entre a validade e a eficácia, tendo em vista que o ato válido não necessariamente levará à eficácia e vice-versa.

Bem a propósito, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>66</sup> assim apresenta, de forma didática, a seguinte sistematização acerca da matéria, acentuando que um *ato* pode ser:

- perfeito, válido e eficaz – quando concluiu seu ciclo regular de formação, cumpriu todas as etapas necessárias, ajustando-se às exigências legais, estando apto a produzir os efeitos que lhe forem próprios, mas observando-se que o fato de ter sido mencionado nessa ordem, ou seja, *perfeito, válido e eficaz*, não significa dizer que o posterior pressupõe o anterior. Como exemplo, temos uma interdição, via de regra, não subordinada a termo ou condição, que, por si só, já é eficaz.
- perfeito, inválido e eficaz – quando, apesar de ter cumprido seu ciclo de formação e de não se achar conforme às exigências normativas, encontra-se produzindo os efeitos que lhe seriam inerentes. É

<sup>64</sup> Aliás, discorrendo muito bem acerca desses dois itens, eficácia e exequibilidade, diz José Robin Andrade: A eficácia jurídica dos atos administrativos traduz-se, naturalmente, no complexo de poderes e deveres jurídicos a que o ato dá lugar. Convém ter sempre presente a distinção entre eficácia jurídica e eficácia material, pois a primeira diz respeito aos fenômenos que se passam no mundo das valorações jurídicas – e é a única que agora nos interessa – ao passo que a segunda diz respeito aos fenômenos que se passam no mundo das realidades materiais e identifica-se com a aplicação, execução ou acatamento efetivo do *ato*. A nossa lei raramente utiliza a expressão eficácia jurídica, referindo-se, de preferência, à executoriedade.

A executoriedade, segundo o seu conceito tradicional, não se identifica com a eficácia jurídica. Esta última traduz-se no conjunto de poderes e deveres que do ato derivam para a administração e para o administrado. A executoriedade é a situação em que se encontra um ato administrativo cuja eficácia haja envolvido a atribuição de poderes à Administração, situação que se caracteriza pela faculdade de a Administração executar coercitivamente poderes em que foi investida. A executoriedade pressupõe, portanto, a eficácia jurídica do ato administrativo, e certa eficácia jurídica: – a que se traduza na atribuição de poderes à Administração. A executoriedade do ato administrativo pode, pois, considerar-se um efeito jurídico acessório – a faculdade de a Administração executar coercitivamente certo poder – que acompanha e pressupõe certo efeito jurídico típico – a atribuição de um poder à Administração. Daí que a lei, ao falar em executoriedade, em atos definitivos e executórios, em condições de executoriedade, embora tendo em vista aquela faculdade de execução, pressuponha a eficácia jurídica típica do ato administrativo. ANDRADE, José Robin de. *A revogação dos atos administrativos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 133.

<sup>65</sup> Nessa ótica, portanto, os atos podem ser válidos ou inválidos. Aqueles são praticados com adequação às normas que os regem, enquanto estes têm alguma dissonância em relação às mesmas normas.

<sup>66</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 356.



exemplo o ato de declaração de utilidade pública, para fins expropriatórios, editado por vingança;

- c) perfeito, válido e ineficaz – quando, apesar de ter concluído seu ciclo de formação e estar em conformidade com o ordenamento jurídico, o ato não puder produzir seus efeitos próprios, em razão de estar à espera de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora. Exemplo para este caso é o *ato* que permite a contratação depois que o vencedor da licitação tenha promovido a competente garantia;
- d) perfeito, inválido e ineficaz – quando o ato, esgotado seu ciclo de formação, encontrar-se em desconformidade com o ordenamento jurídico; por conseguinte, seus efeitos ainda não podem fluir, pois dependem de algum acontecimento previsto como necessário para a produção dos efeitos (condição suspensiva ou termo inicial, ou aprovação ou homologação dependentes de outro órgão). Essa hipótese se dá quando, antes de declarada a nulidade, o *ato* estiver produzindo seus efeitos. Assim, o *ato* que permite a nomeação de um funcionário para cargo de provimento efetivo, sem prévio concurso, depois do recesso, é exemplo de ato inválido e ineficaz. Cabe aqui salientar que a questão da retroatividade da invalidade é outra coisa, que é bem relativa atualmente.

Valendo-se disso, parte da doutrina admite os chamados atos inexistentes,<sup>67</sup> nulos e anuláveis, quando um dos elementos qualificadores do ato administrativo estiver ausente.

### 11.5. Ato inexistente

Ato inexistente é o que nem chega a se aperfeiçoar. No Direito Administrativo, pelo menos para a doutrina mais tradicional que sustenta que os atos nulos não podem produzir efeito algum, os efeitos práticos da inexistência vão ser muito semelhantes aos efeitos práticos da nulidade.

### 11.6. Ato nulo e anulável

Ato nulo e anulável é uma das maiores discussões no Direito Administrativo, que já está se amainando, no sentido de existirem *atos anuláveis*. A corrente tradicional de Direito Administrativo diz que todo ato administrativo com vício é nulo, todo ato administrativo que fosse ilegal teria que ter a sua nulidade declarada, não haveria discricionariedade administrativa para declarar a nulidade ou não, e tem que ser sempre retroativo.

Essa corrente fala que se a Administração tiver discricionariedade para não anular ou para não dar todos os efeitos retroativos da nulidade, estará na verdade desobedecendo à lei. Ora, a nulidade decorre da violação da lei, se posteriormente se descobrir que a lei foi violada por aquele ato e não anulá-lo, ou se anulá-lo, apenas a partir de um determinado momento, estará dando à Administração a discricionariedade de desobedecer à lei. Ou seja, a Administração não pode descumprir a lei, mas, se assim o fizer, poderá não declarar a nulidade do ato. Veja que, na verdade, estará permitindo à discricionariedade descumprir a lei. Esse é o entendimento da doutrina tradicional.

Tendo em vista a observação de termos positivos, ou de termos apenas técnicos, essa interpretação é bastante plausível. A toda evidência, é uma construção técnica perfeita, mas não leva em consideração fatores práticos da vida concreta, que não suportam toda essa rigidez, essa constante necessidade de anular, e sempre com efeitos retroativos.

Na vida social aparecem algumas situações que envolvem valores jurídicos, que devem ser ponderados, proporcionalmente, com o *princípio da legalidade*. Por exemplo, o *princípio da boa-fé*, da *segurança jurídica*.

Como exemplo real, a construção do *Shopping Downtown* foi realizada em cima de um mangue. A obra recebeu a autorização, à época, do prefeito César Maia e do secretário municipal de Meio Ambiente, Alfredo Sirkis. A *licença* para essa construção, certamente, foi nula. Caberia agora ao prefeito anular a *licença* e derrubar toda construção? Deve-se observar que a produção de efeito retroativo traz de volta o objeto anulado ao seu estado

<sup>67</sup> Para Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, ato administrativo inexistente “é o fato da administração que, aparentando informalmente a vontade estatal, está isento de efeitos jurídicos motivados por teleologia pública, em consequência da não incidência do direito objetivo, em matéria administrativa, por ausência natural ou cultural de qualificação categorial”. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

Jurisprudência: Ementa: “O Poder Público que Aprova os Atos de um Concurso, a Classificação dos Candidatos e Expede os Títulos de Nomeação, Seguidos de Posse e de Exercício, não pode depois torná-los sem efeito. Fazendo-o, fere direitos adquiridos, asseguráveis por Mandado de Segurança” (STF– RE nº 20462/CE; Rel. Min. Ribeiro da Costa; Segunda Turma. Votação unânime. Resultado: Improvido).

anterior. Caberia a ele fazer isso? Tem-se que pela doutrina tradicional, a resposta é afirmativa.

Outro exemplo real é o caso dos *apart-hotéis*. A constitucionalidade da lei que autoriza a construção dos *apart-hotéis* está sendo juridicamente contestada, com o argumento de que tais construções violam o plano diretor do Município. Supõe-se que venha a ser construído um *apart-hotel*, e que, por decisão judicial posterior, venha a ser declarada a inconstitucionalidade da referida lei, e, por corolário, anulada a licença concedente. Nesse caso, a licença seria inconstitucional. Poderá a Administração anular pura e simplesmente, com efeitos retroativos, aquela licença e demolir o *apart-hotel*? De acordo com a doutrina tradicional sim, sob pena de se admitir o desrespeito à Constituição. E tendo em vista o *princípio da legalidade*, esta seria a forma que mais se coaduna com a legalidade.

Outra hipótese seria a de uma lei que foi aprovada por unanimidade, pela Câmara Municipal. Com isso, a prefeitura concedeu a competente licença para uma determinada construção, que, apesar de pautar-se em fatores que a torne ilegal, transcorre normalmente, sem nenhuma oposição judicial. A empreiteira, por seu turno, também investiu uma considerável quantia na construção. Por outro lado, as pessoas que compraram os imóveis, frutos dessa licença, o fizeram em perfeitas condições, sendo que muitas delas, inclusive, já venderam para outras pessoas. Qual seria a solução, se a *posteriori*, vem à tona a ilegalidade da referida licença, contaminando a obra que se seguiu a ela? Anular a licença e derrubar o prédio? A princípio, deve-se observar a *segurança jurídica da situação já consolidada*, incluindo-se a boa-fé da pessoa que a construiu, e daquelas que compraram os imóveis, fatos estes que têm que ser cotejados com o *princípio da legalidade*. Nessa hipótese, por envolver a segurança jurídica de terceiros de boa-fé, admite-se que não seja declarada a *nulidade da licença* ou do *ato administrativo*. Seria o caso de *ponderação* entre o princípio da legalidade, da boa-fé e da segurança jurídica, em que o princípio da legalidade ficaria, a toda evidência, bastante mitigado.

Contudo, nem sempre a *ponderação* desses princípios levará a uma negativa da *declaração de nulidade*. Outras hipóteses ocorrerão em que o resultado será diverso. Por exemplo, um prédio que já havia sido construído, mas que ainda não tinha comercializado suas unidades. Se, nesse ínterim, fosse comprovado que a empreiteira subornou os vereadores para a aprovação da lei que antecedeu a construção? Ou que, no exemplo do *shopping*, a

empreiteira já tivesse conhecimento de uma liminar impedindo a construção, muito embora essa liminar ainda não tivesse sido publicada? Nesses casos, constata-se a inexistência de terceiros envolvidos. Embora não se negue a questão da segurança jurídica, posto que já se consolidou o *ato de licença*, e que a empresa já efetivou a construção, tendo com isso investido na referida obra, é nítido o fato de que esta não se revestiu de boa-fé, estando plenamente ciente, e mais, conivente, com a ilegalidade das circunstâncias. Nesse caso específico, deverá ser declarada a nulidade do ato com efeitos retroativos, bem como terá a empreiteira de suportar as consequências, arcando com os prejuízos decorridos.

Vejamos outro exemplo, de uma aposentadoria concedida ilegalmente, mas o beneficiário estava de boa-fé. Pode ser declarada a sua nulidade? Quais serão os efeitos dessa nulidade? Deve-se, a princípio, atentar para o fato de que a pessoa que recebeu o benefício da aposentadoria estava de boa-fé, e que auferiu os seus proventos durante um determinado tempo, dependendo, inclusive, deste para sobreviver, e constituindo-se uma segurança jurídica a seu favor. Não obstante, a lei e a Constituição foram violadas em face daquela concessão. Como deve ser feita a ponderação entre esses princípios?

Nesse caso, deve ser declarada a nulidade do ato sem efeitos retroativos, atentando-se para a boa-fé do beneficiário e para a consequente segurança jurídica que o envolve, não se lhe sendo obrigado efetivar a devolução do dinheiro recebido. Atente-se, também, para o *princípio da legalidade*, eis que doravante não mais receberá o benefício.

Outro é o desfecho se o beneficiário estivesse recebendo os proventos da aposentadoria há cinco anos e que, completados os quatro anos, tomasse conhecimento da iminência de um parecer que acarretaria na ilegalidade da concessão de sua aposentadoria. Com isso, na tentativa de evitar esse resultado, antecipou-se e corrompeu o servidor, fazendo com que este arquivasse o referido processo.

Nessa circunstância, seria defensável que o aposentado se obrigasse a devolver aos cofres públicos os valores recebidos, dada a caracterização da sua má-fé. Da mesma forma, seria bastante defensável que a declaração de nulidade deveria vigorar a partir do momento em que cessou a boa-fé. Nesse caso, levar-se-á em conta a parcela de boa-fé a que faz jus o beneficiário, ficando este desobrigado a restituir o *quantum* percebido nessa qualidade. Contudo, a partir do momento em que ficou caracterizada a má-fé, nasceu a obrigação de restituir. Da

mesma forma, ao estar ciente de que o *ato* de aposentadoria era ilegal, destituiu-se da segurança jurídica.

Quando da utilização da *ponderação* de princípios diversos, tem-se o chamado *mandato de utilização*, ou seja, deve-se buscar realizar, no máximo possível, todos os valores dos princípios envolvidos, de forma a gerar um equilíbrio às partes envolvidas entre o “ganhar” e o “perder”.

Dessa forma, quando se fala em *ponderação*, termo bastante utilizado atualmente pela doutrina, há que se analisar o caso concreto, para que ela seja adequadamente definida.<sup>68</sup>

## 12. Mérito administrativo

Diogo Figueiredo Moreira Neto conceitua *mérito* como “o uso correto da discricionariedade”. Quando o administrador usar a *discricionariedade* e respeitar o *limite legal*, teremos o *mérito do ato administrativo*. A *discricionariedade* é a técnica e o *mérito* o seu resultado. O mérito nada mais é, portanto, que a materialização da discricionariedade.

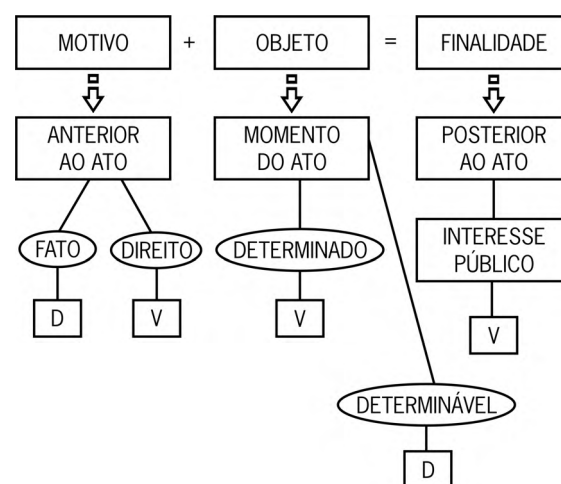
Porém, cabe mencionar que a *discricionariedade* não é um “cheque em branco”, pois, mesmo na atuação discricionária, o administrador integra a lei fazendo uso de um juízo de valor. Sendo esse juízo pautado na *conveniência* e *oportunidade*, então podemos denominar *mérito administrativo* como a *conveniência* e a *oportunidade* que o agente possui, quando lhe compete determinar o *motivo* e o *objeto* do ato. São eles inspiradores da *discricionariedade* do ato administrativo, ou seja, o *mérito é a oportunidade do motivo e a conveniência do objeto*.

Se *motivo* e *objeto* são os únicos elementos que podem ser discricionários, são eles, da mesma forma, os *únicos elementos que podem comportar o mérito do ato* administrativo discricionário. Só há *mérito* em *ato discricionário*, pois no ato vinculado não há margem de escolha, não há conveniência e oportunidade.

A *competência*, a *forma* e a *finalidade* serão sempre *vinculadas*. Apenas o *motivo* e o *objeto* podem comportar a atuação discricionária: basta um dos dois elementos ser discricionário, que todo o *ato* também o será. Só será ato vinculado quando todos os elementos forem vinculados.

No gráfico que se apresenta a seguir, cedido pelo prof. Luiz de Oliveira, temos uma visão mais nítida dos requisitos que comportam o mérito administrativo.

### Esquema:



<sup>68</sup> Fernando Falla Garrido, ao tratar da perfeição e eficácia dos atos administrativos assim dispõem: “Un acto administrativo se perfecciona una vez que está constituido por el conjunto de elementos que funcionan como requisitos de su validez. Ahora bien, el acto administrativo no es, por la simple circunstancia de que reúna tales requisitos, jurídicamente eficaz; pues, como senala la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento administrativo Común, ‘la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior’ (art. 57.2).

Resulta, por tanto, que son varias las causas que determinan la pendencia de la eficacia de los actos administrativos:

1ª. En primer lugar, cuando así se desprenda del contenido del acto. Esto ocurre en los actos sometidos a condición o término, pues mientras éste no transcurra o aquélla no se cumpla, el acto administrativo, aunque perfecto, no produce sus efectos.

2ª. Por no haberse notificado o publicado, a cuyos requisitos nos referimos con posterioridad.

3ª. Por exigirse aprobación superior. Esto ocurre en relación con los actos dictados por Organismos o Entidades sometidas a la tutela administrativa, como es el caso de algunas de las competencias atribuidas a las Entidades locales.

Prescindiendo a las aludidas causas de dependencia de la eficacia de los actos administrativos, la regla es que produzcan sus efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa (art. 57.1 LRJ y PAC)z. Con esto último se apunta al problema de la irretroactividad de los actos administrativos, al que nos referiremos seguidamente.

Por lo que se refiere a los actos administrativos de carácter normativo, hay que partir indudablemente de la aplicabilidad del artículo 2º.3 del Código civil, según el cual ‘las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario’. Ahora bien, ésta, que no es sino una regla de interpretación respecto de las leyes formales, se ha querido elevar por algún sector doctrinal, tratándose de disposiciones administrativas, a la categoría de prohibición absoluta, negando a todo Reglamento la posibilidad de autodeclararse retroactivo. Si bien es cierto que es ésta una cuestión en la que pueden encontrarse argumentos en pro y en contra, también lo es que, entre nosotros, los Reglamentos suelen dictarse con inclusión de una cláusula de respeto para los ‘derechos adquiridos’, que vienen así a convertirse en el auténtico límite de su retroactividad, como se desprende del artículo 9.3 de la Constitución.

Ressalta-se que não pode o administrador utilizar os demais requisitos do *ato*, como a *competência*, a *finalidade* e a *forma*, pois estes são vinculados em qualquer hipótese. Para uma maior elucidação dos atos discricionário e vinculado, necessária se faz uma melhor análise dos mesmos.

### 12.1. Ato administrativo discricionário e vinculado

Há que se considerar, aqui, a classificação do *ato administrativo*, no que tange à liberdade de atuação do administrador. Assim, podemos dizer que os *atos* são *vinculados* ou *discricionários*. *Vinculados* são aqueles em que a lei estabelece as condições de sua realização; neles, não resta ao administrador uma liberdade de escolha, vez que sua atuação fica adstrita às condições estabelecidas pela lei, que dará o contorno de validade do ato. Como exemplo, podemos citar o momento da habilitação em um procedimento licitatório, em que as regras para tal *ato* encontram-se normatizadas na Lei nº 8.666/1993.

### 12.2. Atos vinculados

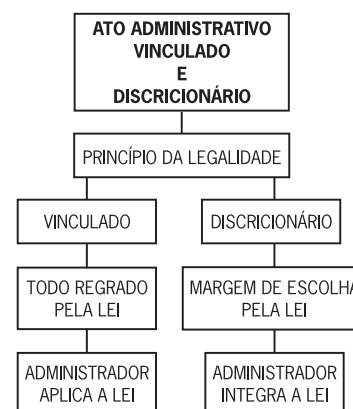
Atos vinculados, portanto, são aqueles que, quando da sua prática, o agente público não goza de qualquer margem de liberdade. O *ato* apresenta-se inteiramente vinculado às determinações legais em toda sua trajetória e elementos constitutivos. Aqui, não há espaço para emissão de juízos de conveniência ou oportunidade. Como salienta Régis Fernandes de Oliveira,<sup>69</sup> a *vinculação* se identifica pela impossibilidade de mais de um comportamento possível por parte da Administração. A lei prevê, diante de uma situação concreta, uma única atuação possível do agente. É o caso da licença para edificar. Se o projeto de construção encontra-se em conformidade com a legislação municipal, o agente público competente não pode deixar de deferir-lá. Deve emitir a licença na forma prevista em lei. Tal é o caso também da

concessão de benefício previdenciário. Uma vez presente o fato que a lei considera suficiente para a concessão do benefício, o agente público responsável não poderá negar o seu deferimento, pois o particular, nessa circunstância, tem este direito adquirido, podendo exigí-lo na esfera judicial, sob a alegação de ilegalidade, em caso de recusa por parte da Administração.

Observa-se que o *motivo* e o *objeto* do *ato* já constituíam elementos que o legislador quis expressar. Logo, o agente irá apenas reproduzir os elementos no próprio *ato*. Assim, *não há que se falar em mérito administrativo quando o ato for vinculado*.

Exemplo clássico de *ato vinculado* é o alvará de licença, conforme dispõe o art. 29 da Lei nº 6.383/1976. A partir do momento que o cidadão cumprir os requisitos do referido artigo, terá ele direito à legitimação de posse.

**Esquema:**



### 12.3. Atos discricionários

Já os atos discricionários apresentam maior liberdade ao administrador, que decidirá pela *conveniência*, *oportunidade*, *conteúdo*, *destinatário* e *modo* de sua realização.<sup>70</sup>

En relación con los actos administrativos de contenido concreto, las opiniones suelen ser más categóricas: la cláusula de retroactividad es inadmisibles en los actos que restrinjan el ejercicio de facultades o derechos de los particulares, que sacrifiquen derechos adquiridos, o que impongan deberes u obligaciones. Es ésta la misma idea que inspira nuestro Derecho positivo, al declarar el artículo 57.3 de la LRJ y PAC: 'Excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos, cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y asimismo cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos: de otras personas' (GARRIDO, Fernando Falla. Tratado de derecho administrativo, v.1, 12. ed. Madri: Tecnos, 2007, p. 497).

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 79.

<sup>70</sup> Jurisprudência: Ementa: "Administrativo. Ato Discricionário. Controle Jurisdicional. Portaria que Obriga a Venda de Combustíveis a Preços Menores que os Respetivos Custos. Incompetência. Desvio de Finalidade."

I – Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados (V. Lei nº 4.717/1965, art. 2º). Não existem, nessa circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional. Diz-se que o administrador exerce competência discricionária quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício dessa faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados.

II – A Portaria nº 324/1998, em estabelecendo preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes varejistas de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei nº 8.175/1995 (STJ – ROMS, nº 6166/RJ; rel. Humberto Gomes de Barros, votação unânime, deferido).

A existência da *discrecionalidade* dá-se em razão da impossibilidade jurídica, que se justifica em razão do art. 2º da CF, isto é, devido à tripartição dos Poderes. O art. 2º da CF prega a independência e harmonia dos Poderes. Não existiria independência entre os Poderes Executivo e o Legislativo se só existissem atos vinculados.

Então, para que o Executivo exerça com plenitude sua independência prevista no art. 2º da Constituição Federal, é necessário que ele tenha uma *forma de agir discricionária*, que lhe dê liberdade de atuação em relação ao Poder Legislativo.

Ora, o ato discricionário nasce da própria lei, que atribui a faculdade de atuação ao administrador. A lei entrega o juízo de valor ao administrador.

Nos atos discricionários, ao contrário dos vinculados, o agente público competente detém uma maior margem de liberdade, podendo considerar a *conveniência* ou a *oportunidade* da prática do ato. De fato, em muitas situações a lei não pode prever, de antemão, qual a melhor medida a ser tomada diante da enorme diversidade de contextos em que se desenvolvem na atividade administrativa. Diferentemente dos atos vinculados, cujos aspectos são inteiramente disciplinados em lei, no que concerne ao comportamento a ser adotado na presença de determinadas situações fáticas ou jurídicas, nos atos discricionários a lei confere ao agente público uma maior flexibilidade de decisão, face à variedade de circunstâncias concretas que podem se apresentar.

Deve-se observar, contudo, que na Administração Pública não existe ato inteiramente discricionário. Todo ato discricionário é vinculado em pelo menos alguns dos seus aspectos. Assim, o ato discricionário é vinculado quanto à competência, ou seja, deve ser praticado por agente público competente, sob pena de nulidade.

Todo ato discricionário deve sempre perseguir uma finalidade pública, ou seja, apresentar-se inteiramente vinculado a tal escopo. Nesse sentido, a maior ou menor margem de discricionariedade conferida por lei à autoridade pública tem um objetivo bastante definido, qual seja, permitir ao agente público adotar a medida que melhor satisfaça, na situação administrativa concreta em que se encontra, o interesse público em tela. Exemplo: a nomeação de candidato aprovado em concurso público. A Administração pode deliberar, discricionariamente, sobre a oportunidade e conveniência da nomeação.

Importa destacar que ao se analisar elementos discricionários do ato, depara-se somente com dois requisitos: o motivo e o objeto, posto que a competência, a finalidade e a forma serão sempre regradas pela norma legal. Pode, todavia, ocorrer de o motivo e o objeto também se apresentarem

na lei que autorizou o ato, não se admitindo ao administrador a possibilidade de escolha quanto à adequação daquele ato. Assim é que se tem os atos *parcialmente vinculados* (onde o motivo e o objeto ficam à mercê de quem o executa) ou *necessariamente vinculados* (naquele ato em que todos os elementos se fazem presentes já na lei que o autorizou).

Não se pode admitir, no entanto, que a *discricionariedade* fique ao sabor de quem detém o poder e representa os interesses da Administração, visto que, se utilizada de forma exacerbada, por certo incorrerá em arbítrio, caracterizando o *abuso de autoridade*, nada obstante o notável *desvio da finalidade*. Deve-se, por isso, limitar a atuação do administrador, de forma que seja dado ao ato um contorno legal que, muito embora de livre decisão de quem o execute, não poderá ensejar violação aos princípios da lei a que se submete. O simples fato de o administrador dispor de uma margem de subjetividade para aplicar a sua livre escolha no *mérito administrativo* já lhe confere poderes para atuar nos limites do interesse público, decidindo tão somente pelo que a Administração Pública preceitua como atendimento ao bem-estar geral.

Ora, o *poder discricionário* existe porque a lei é estática, agindo com que o administrador perceba o interesse público vigente à época de aplicação da norma para completar a vontade do legislador.

Assim foi, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 173.820/DF) ao decidir que, em relação aos limites do poder discricionário, “os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e moralidade, também devem atender a princípio de justiça”.

Cumprir situar a chamada *discricionariedade administrativa* dentro das exigências constitucionais impostas pelo art. 37, *caput*, da Constituição, em especial no que diz respeito à observância dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito Administrativo, o tema da *discricionariedade* adquire uma atualidade e feição novas. Foi-se o tempo em que *discricionariedade* constituía palavra mágica, invocada por agentes públicos de todos os níveis para adotar, a seu talante, a medida administrativa que bem quisessem, ou, quiçá, não adotá-la.

Nessa ótica, *discricionariedade* aparecia como sinônimo de liberdade total conferida ao agente público para a adoção da medida que melhor lhe aprouvesse, sem que o Judiciário ou outros órgãos de controle externo pudesse aferir a legitimidade do seu conteúdo ou mérito. A *discricionariedade* apresentava-se, assim, como uma barreira inexpugnável, apta a obstar qualquer tipo

de controle da decisão tomada. Tal cultura, ainda muito difundida entre administradores públicos, não guarda qualquer sintonia com os parâmetros hoje vigentes, positivados pela Constituição de 1988 e amplamente difundidos na doutrina e jurisprudência pátrias.

Como bem declara Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>71</sup> a *discrecionalidade* existe, por definição, única e tão somente para proporcionar, em cada caso concreto, a escolha da providência ótima, isto é, daquela que melhor realize o interesse público em questão. Tal é o desiderato da lei, e não poderia ser outro, ao conferir ao agente público uma possibilidade de escolha entre alternativas possíveis.

Da mesma forma é o posicionamento do Diógenes Gasparini,<sup>72</sup> ao discorrer sobre vinculação e *discrecionalidade*: Esses atos decorrem do exercício da *atribuição discrecional*, ou, como prefere boa parte da doutrina especializada, do desempenho do *poder discrecional*, em que a Administração Pública age com certa dose de liberdade na solução de um caso concreto. Apesar disso, alerte-se que não há ato inteiramente *discrecional*, dado que todo ato administrativo está vinculado, amarrado à lei, pelo menos no que respeita ao fim (este sempre há de ser público) e à competência (o sujeito competente para praticá-lo é o indicado em lei).

Dentro dessa concepção, podemos discorrer sobre a implicação do controle dos atos praticados.

Indubitavelmente, o posicionamento doutrinário considera o *mérito* do ato administrativo o centro da *discrecionalidade* para a aplicação da *conveniência, oportunidade e justiça social*.

No que tange aos *atos vinculados*, esse posicionamento não existe, posto que todos os atributos estão definidos em lei, e como tal, passível de apreciação pelo órgão julgador, se configurada a violação à norma legal (o que é possível ocorrer). Destarte, permite-se ao Poder Judiciário o reconhecimento da nulidade do ato, se amparado única e exclusivamente na lei violada.

Quanto à possibilidade de apreciação do *ato discrecional* pelo Poder Judiciário, não se pode concluir o mesmo.

Tal afirmação se dá pelo fato de o legislador permitir uma manifestação e valoração da Administração quanto ao motivo e ao objeto do ato, cabendo ao agente, dentre as opções que se lhe apresentam e no âmbito do interesse público, optar pela que, ao seu juízo, melhor se adapte ao caso concreto. Desse modo, não pode o Poder Judiciário inferir na decisão do Administrador, de modo que, se assim o permitisse, não haveria fundamento para a margem de escolha conferida ao agente, bem como, frise-se, prejudicado ficaria o *princípio da independência e harmonia entre os Poderes do Estado*, insculpido no art. 2º da Constituição da República.

O que se autoriza, e o que se extrai da doutrina, é a possibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos praticados, sejam vinculados ou não, mas em hipótese alguma adentrando em sua *conveniência e oportunidade*.<sup>73, 74</sup>

A propósito, dentro do exercício do *poder discrecional*, muito se tem falado a respeito da *teoria dos motivos determinantes*, que vincula a decisão da Administração ao ato praticado. Nesse caso, no entanto, se o ato praticado não reproduzir a verdadeira situação (o motivo), pode o Judiciário anulá-lo. Veja-se, aqui, que não está o julgador adentrando na esfera administrativa, mas, tão somente, decidindo pela adequação da legalidade da decisão, que não foi aplicada corretamente, pois o motivo (elemento do ato) não era verídico. A *teoria dos motivos determinantes* tem expressa ligação com a motivação do ato administrativo, eis que, uma vez justificado, presume-se verdadeiro.<sup>75</sup>

Isto faz surgir um novo estudo no Direito Administrativo, que, em princípio, pode ser confundido com o *poder discrecional*, mas que se aprofunda naquele conceito, com traços distintos e delineados, formando o que chamamos de *conceito jurídico indeterminado*, ou seja, aquele campo do poder discrecional em que o administrador, por uma extensão imprecisa da decisão que deverá tomar, opina com base nos *princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. Ocorre, comumente,

<sup>71</sup> BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 399.

<sup>72</sup> GASPARINI, *op. cit.* p. 95.

<sup>73</sup> Leiam-se as decisões abaixo transcritas a respeito da limitação do Poder Judiciário:

É princípio de Direito Administrativo que o controle judicial dos atos da Administração limita-se à ordem da legalidade; o Judiciário não tem poder de ingerência no mérito administrativo dos atos do Executivo (TJ-SP – Ac. unânime da Segunda Câmara Civil – Ap. 212.259-1-6 – Andradina; Rel. Des. Walter Moraes).

<sup>74</sup> A conveniência e oportunidade do ato administrativo constitui critério ditado pelo poder discrecional da administração, o qual, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo Poder Judiciário (TJ-SP – Ac. unânime da Segunda Câmara Civil – Ap. 224.352-1/3 – Jacareí; Rel. Des. Correia Lima).

<sup>75</sup> Hely Lopes Meirelles, ao discorrer sobre o tema, assim lecionou: “[...] nos atos vinculados, a motivação é obrigatória; nos *discrecionários*, quando facultativa, se for feita, atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados, como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado” (*op. cit.*, p. 183).

nos casos em que a lei determina o “interesse público” ou “culpa grave”. Note-se que, aqui, há uma denotação de valoração muito grande, da qual o agente público se encarrega de apreciar.

Analisando o *poder discricionário*, Almiro do Couto e Silva traduz, com precisão, a incidência do conceito jurídico determinado na aplicação da norma.<sup>76</sup>

#### 12.4. Controle do mérito

*Mérito administrativo* é juízo de valor, pautado na *conveniência* e *oportunidade* do ato. E quando se fala em *conveniência* e *oportunidade*, entramos num campo bem amplo, dada a sua inconstância, pois conveniente e oportuno hoje, poderá não sê-lo amanhã.

Desse modo, o mérito é encontrado em apenas dois elementos do ato administrativo: *motivo* e *objeto*, pois só estes dois elementos podem ser *discricionários*. Já a *vinculação* é destinada sempre à *competência*, *finalidade* e *forma* e, eventualmente, ao *motivo* e ao *objeto*.

Sendo assim, quanto à *conveniência* e à *oportunidade*, vê-se que cabe ao administrador exercer esse controle, de índole eminentemente administrativa.

Contudo, vício de competência e forma acarretam ofensa ao *princípio da legalidade*, bem como à finalidade. Como sabemos, então, que um *ato* é imoral? Quando ocorre um vício de finalidade, ou melhor, quando se pratica o *ato* para fins pessoais ou para favorecer terceiros.

Tema que envolve constantes questionamentos é o que se refere ao *limite* do controle do Poder Judiciário sobre o *ato discricionário*.

#### 12.5. O controle do Poder Judiciário por *ato administrativo discricionário*

Desde a introdução da República, o art. 5º, XXXV do texto constitucional reza que todos os *atos* deste País podem ser revistos pelo Poder Judiciário, em função do *princípio da jurisdição única*. Portanto, por corolário, o *ato discricionário* também poderá ser revisto e anulado pelo Judiciário. Ressalta-se que o poder de dizer o que é certo ou errado, lícito ou ilícito, afirmar se o uso da *discricio-*

*nariedade* foi correto ou não, pertence ao Poder Judiciário. Desse modo, na dispensa de licitação (art. 24 da Lei nº 8.666/1993), o Poder Judiciário vai analisar se o fundamento da dispensa está contido nos incisos I ao XXIV. É atribuição desse Poder certificar se o *mérito* foi o uso correto da *discricionariedade*. Portanto, o faz sob a ótica da *legalidade*, mas não invade a *conveniência* e *oportunidade*.

Se o Poder Judiciário, ao analisar a dispensa da licitação, verificar que esta se deu com base não prevista em lei, ocorrerá o uso incorreto da *discricionariedade*, ou ainda uma ilegalidade ou uma arbitrariedade. O Poder Judiciário anulará o ato administrativo discricionário da dispensa, quando esta extrapolar o limite da legalidade.

#### 12.6. O mérito administrativo pode se submeter ao controle pelo Poder Judiciário?

Não, eis que não é permitido ao juiz invadir a esfera administrativa, dada a *conveniência* e a *oportunidade*. *Mérito* é uma decisão política, questão *interna corporis* da Administração, cabendo ao administrador público tomar essa providência, não podendo o juiz substituí-lo.

Analise-se a hipótese de um determinado prefeito pretender construir um hospital. O juiz não poderá adentrar no mérito administrativo, controlar o juízo da *oportunidade* e *conveniência* na questão, se será construído hospital ou metrô. Há insindicabilidade (inquestionável) do *mérito*, não se podendo questioná-lo em razão da independência e harmonia dos poderes (art. 2º da Constituição).

Com tal natureza, percebe-se que o agente poderá mudar sua concepção quanto à *conveniência* e *oportunidade* da conduta. Desse modo, repita-se: é a ele que cabe exercer esse controle, de índole eminentemente administrativa.

Assim, se a *conveniência* e a *oportunidade*, durante a vigência do *ato*, forem alteradas, cabe ao agente competente desfazer o mesmo e cancelar a autorização, utilizando-se, assim, do controle a ele pertinente.<sup>77</sup>

Conforme demonstrado, a *conveniência* e a *oportunidade* do ato administrativo constitui critério ditado pelo *poder discricionário*, o qual, conclui-se, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo Poder Judiciário.

<sup>76</sup> “A respeito dos conceitos jurídicos indeterminados “[...], eles teriam um núcleo de significação preciso e um halo periférico e nebuloso. [...] Na zona cinza, que é o limite entre o (conceito) e o (não conceito), isto é, entre o campo coberto pela norma jurídica e a área que por ela não é atingida, é que surgem todas as dificuldades” (grifos do autor) (COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder Discricionário no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: RDA, p. 58).

<sup>77</sup> Sabidamente, José dos Santos Carvalho Filho afirma: “O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta Seabra Fagundes, com apoio em Ranelletti, se pudesse o juiz fazê-lo, ‘faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes’. E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei” (*op. cit.*, p. 101).

O Poder Judiciário pode apreciar unicamente sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei, e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato, não o mérito da decisão. Essa solução se funda no *princípio da separação dos poderes*, de sorte que a verificação das razões de *conveniência* ou de *oportunidade* dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado. A respeito, o STJ se pronunciou<sup>78</sup>:

O STF<sup>79</sup> por sua vez, já possui sua posição bem delineada.

É o nosso entendimento, então, que o Poder Judiciário poderá analisar o *ato discricionário*, pois é sua atribuição analisá-lo com o único propósito de averiguar se o mérito foi acertadamente usado na discricionariedade. Todavia, não pode o *mérito* do ato administrativo ser controlado pelo Poder Judiciário.

Pretendeu a doutrina, porém, aumentar o controle do *mérito* do ato administrativo, haja vista ter criado teorias a respeito. Com isso, constata-se a existência de quatro teorias de controle do ato discricionário pelo Poder Judiciário criadas pela doutrina. São elas: *teoria do desvio de finalidade*; *teoria dos motivos determinantes*; *teoria do conceito jurídico ou legal indeterminado* e; *teoria da razoabilidade*.

Desse modo, conforme fartamente exposto, todo ato administrativo deve, necessariamente, cumprir uma *finalidade pública*, em sintonia com os diversos *interesses públicos* legalmente previstos, de forma explícita ou implícita. Nesse contexto, será *legal*, e *anulável*, consequentemente, o ato administrativo com *vício de finalidade*, ou seja, emitido com *desvio de finalidade*. Modernamente, o *desvio de finalidade* ou *poder* é alvo de intensa elaboração e reelaboração, adotando, conforme o ordenamento jurídico em questão, os mais diversos nomes: *détournement de pouvoir*, no Direito francês, *sviamento di potere*, no Direito italiano, e *abuse of discretion*, no Direito americano.

### 12.7. Teoria do desvio de finalidade<sup>80</sup>

Caracteriza-se, tecnicamente, o desvio de finalidade pela utilização de determinada competência para a prática de ato que destoe da finalidade diversa da prevista em lei. Muitas vezes o ato poderá, inclusive, se revestir de uma aparência de legalidade. Mas, em seu âmago, pretende servir a outros fins que não o interesse público em razão do qual foi outorgada competência ao agente público, embora ostente, na maioria dos casos, a aparência de legalidade.

Como diz Caio Tácito<sup>81</sup>, a manifestação de vontade do agente competente segue direção diversa daquela

<sup>78</sup> Jurisprudência. Ementa: "Administrativo. Recurso em Mandado de Segurança. Tarifas de Táxis. Legalidade do Ato. Não Ocorrendo Defeito por Ilegalidade do Ato, Tais a Incompetência da Autoridade, a Inexistência de Norma Autorizadora e a Preterição de Formalidade Essencial, e Incabível o Mandado de Segurança Contra Ato que Estipula Tarifa para os Serviços de Táxi. E Defeso ao Poder Judiciário Apreciar o Mérito do Ato Administrativo Cabendo-lhe Unicamente Examiná-lo Sob o Aspecto de Sua Legalidade, isto é, se foi Praticado Conforme ou Contrariamente a Lei. Esta Solução se Funda no Princípio da Separação dos Poderes, de Sorte que a Verificação das Razões de Conveniência ou de Oportunidade dos Atos Administrativos Escapa ao Controle Jurisdicional do Estado. Recurso Improvido" (STJ – ROMS nº 1288/SP; Proc. 1991/0019258-9, LEXSTJ v. 00061, p. 00047; Rel. Min. César Asfor Rocha (1098); Primeira Turma. Decisão: por unanimidade, negar provimento ao recurso).

<sup>79</sup> Jurisprudência. Ementa: "*Habeas Corpus*. Estrangeiro. Decreto de Expulsão. Vício de Nulidade: Inexistência. 1. A expulsão de estrangeiro, como ato de soberania, discricionário e político-administrativo de defesa do Estado, é de competência privativa do Presidente da República, a quem incumbe julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida ou, se assim entender, de sua revogação (art. 66 da Lei nº 6.815, de 19/8/1980). 2. Ao Judiciário compete tão somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial. 3. Não padece de ilegalidade o decreto expulsório precedido de instauração do competente inquérito administrativo, conferindo ao expulsando a oportunidade de exercer o direito de defesa. 4. *Habeas corpus* indeferido" (STF-HC 73940/SP. Rel. Min. Mauricio Correa. DJ, p. 47157. Ement. v. 01852-02, p. 00237. Tribunal Pleno. Votação: Unânime. Resultado: Indeferido).

<sup>80</sup> Jurisprudência. Ementa: "Recurso em Mandado de Segurança. Administrativo. Serviço de Despachante. Penalidade. Cassação de Seu Credenciamento Junto ao Detran. Teoria dos Motivos Determinantes. Inobservância aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Ausência de motivação e de fundamentação. Decisão nula de pleno direito. I – Os motivos que determinaram a vontade do agente público, consubstanciados nos fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato, eis que a ele se vinculam visceralmente. É o que reza a prestigiada teoria dos motivos determinantes. II – A sanção, ainda que administrativa, não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato. A afronta ou a não observância do princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo implica em desvio de finalidade do agente público, tornando a sanção aplicada ilegal e sujeita a revisão do Poder Judiciário. III – Decisão da Autoridade coatora que, pela ausência de fundamentação, afronta o disposto no art. 38, § 1º, da Lei nº 9.784/1999, imbuindo-a, portanto, de vicissitudes que a invalidam. IV – Recurso conhecido e provido" (STJ – ROMS nº 13.617. Proc. 200101015630/MG. Segunda Turma; Doc. STJ000429147; Rel. Laurita Vaz. Decisão: por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto).

<sup>81</sup> TÁCITO, *op. cit.*, p. 121.



que o legislador concebeu, e, portanto, se desvia do alvo legal. Como preleciona o mestre Hely Lopes Meirelles,<sup>82</sup> não se compreende ato administrativo sem fim público. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada, explícita ou implicitamente, na regra que fixa os limites de sua competência. Aqui, lançando mão de competência própria, o agente pratica ato alheio ao interesse público (desvio genérico), genericamente considerado, ou à finalidade específica da categoria de ato escolhida (desvio específico).

Tal ocorre quando, por exemplo, o chefe de uma repartição remove servidor com intuito de prejudicá-lo. A jurisprudência do STF já fixou que “é inadmissível a interdição de estabelecimento ou a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Súmulas nºs 70 e 323).

Não há que se questionar que o *desvio de finalidade* é um dos mais graves vícios de que pode padecer um ato administrativo, vez que atinge a sua razão íntima de ser, qual seja, a de servir de instrumento à satisfação inequívoca de interesses públicos. Dessa forma, caracteriza-se como uma das formas mais comuns de nulidade dos atos administrativos.

A *teoria do desvio de poder* tem recebido novo alento nos últimos tempos, a partir do esforço do Direito Público moderno em fixar limites à chamada atividade discricionária do Estado. Em face da maior ou menor margem de liberdade garantida aos agentes públicos nesta atividade, torna-se imperioso que tal discricionariedade seja, diante das questões concretas suscitadas pela experiência administrativa, canalizada para a efetiva realização das demandas públicas.<sup>83</sup>

Por fim, podemos dizer que um ato administrativo só é válido quando atinge seu fim legal, ou seja, o fim submetido à lei. O princípio da finalidade impõe que o administrador público só pratique o *ato* para o seu fim legal, que a finalidade é inafastável do interesse público, de sorte que o administrador tem que praticar o *ato* com

finalidade pública, sob pena de *desvio de finalidade*, uma das mais graves formas de *abuso de poder*.

## 12.8. Teoria dos motivos determinantes<sup>84</sup>

Essa teoria abarca tanto os *atos vinculados* como os *discricionários*. Segundo ela, para os *atos vinculados* a motivação é obrigatória, se resumindo ao fundamento legal.

No *ato discricionário*, a teoria nasceu defendendo a motivação facultativa, pois como o administrador tem vários caminhos a seguir, não lhe é necessário dar a motivação de forma obrigatória.

Se no *ato discricionário*, porém, o administrador apresentar a *motivação*, esse *motivo* será determinante para a legalidade do ato, ficando esta atrelada à veracidade do *motivo*. E, em não sendo o *motivo* verídico, pode-se recorrer ao juízo para prová-lo inexistente e, consequentemente, anular o ato administrativo discricionário.

Tem-se que esta teoria é mais eficiente do que a *teoria do desvio de finalidade*, pois nesta, questiona-se o elemento *motivo discricionário*, em razão de uma motivação.

Nessa hipótese, a *motivação* passa a ser condicionante para a validade do *ato*. Se se provar em juízo que a *motivação* é falsa, nulo será o *ato*.

Não há que se confundir *motivação* com *motivo*. O que é *facultativo* é a *motivação*; o *motivo* é *obrigatório*, afinal o *motivo* é um elemento do ato administrativo. Já *motivação* é o *motivo* reduzido a termo.

Celso Antônio Bandeira de Melo critica essa teoria, pois para ele a *motivação* deveria ser obrigatória quando o ato for discricionário.

Então, resumidamente, constata-se que se o administrador motivar o *ato discricionário*, tem-se a *teoria dos motivos determinantes*. Se, porém, não motivar, tem-se a *teoria do desvio de finalidade*.

Como exemplo, cite-se o caso de um servidor público exonerado. Não deve o administrador motivar tal *ato*, mas se o fizer, e se o servidor provar que o *motivo* é falso, ele poderá pleitear a anulação do *ato*.

<sup>82</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, 109-10.

<sup>83</sup> Segundo Caio Tácito: O *desvio de finalidade* é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo outro fim público estranho à previsão legal (TÁCITO, Caio. “O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais”. In: *RDA*, nº 188, 1992, p. 2).

<sup>84</sup> Jurisprudência: Ementa: “Embargos Infringentes em Matéria Cível. Administrativo. Militar Temporário. Reengajamento. Negativa. Motivação do Ato. 1. A validade do ato da Administração vincula-se estritamente ao motivo que lhe dá causa, por orientação da teoria do motivo determinante, ainda que o mesmo ato pudesse ser praticado validamente sem qualquer motivação. 2. O motivo determinante apresentado pela Administração, para o não reengajamento do autor, não encontra respaldo na prova trazida aos autos. 3. Havendo desconformidade entre o ato do não reengajamento do autor e o motivo apresentado pela Administração, é de ser o mesmo reintegrado. 4. De mais a mais, contrariamente a tese defendida pela União, a situação de militar temporário (não oficial), não obsta à estabilidade” (TRF – Quarta Região. EAC Proc. 9604056824/RS; Segunda Seção. Doc. TRF400065694, DJ, p. 633; Rel. Juíza Luiza Dias Cassales. Decisão unânime).

Essa teoria, porém, teve algumas mudanças com a Constituição de 1988. Para alguns autores, o *ato discricionário* passou a ter *motivação* obrigatória, com fundamento no art. 93, X, da Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello dita que a Constituição, ao falar sobre Estado Democrático de Direito em seu art. 1º, está tentando trazer à tona uma nova visão de vida, respaldando a democracia, e é exatamente este Estado Democrático de Direito que traz para a estrutura administrativa a obrigação de motivar, além, é claro, do *princípio da informação*, respaldado no art. 5º, inciso XX-XIII, da CF. Esse princípio, que aparece como um direito individual e coletivo, é o direito de informação na forma de agir do Poder Público. Ora, se no art. 1º temos o Estado Democrático de Direito e, no art. 5º, XXXIII, o direito de informação, conclui-se que o Estado tem obrigação de informar ao administrado a fundamentação utilizada em sua forma de agir.

A *motivação* obrigatória, desse modo, não anula a atuação discricionária, mas se reveste com o fundamento da atuação discricionária do administrador.

Dita o art. 93, X, da CF: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria de seus membros”. Ora, se as decisões administrativas do Poder Judiciário devem ser motivadas, em razão do *princípio da harmonia e independência dos poderes*, as decisões administrativas dos Poderes Executivo e Legislativo também deverão sê-lo.<sup>85</sup>

Com a análise dos referidos artigos, tem-se que o processo administrativo pós-1988 passou a ter ampla defesa e contraditório.

Imaginemos o exemplo de um processo administrativo instaurado contra um servidor público, sem a devida *motivação*. De que forma esse servidor fará uso de seu direito constitucional de *ampla defesa e contraditório*?

A doutrina tem-se debruçado no sentido de afirmar que o ato de decisão que não tenha *motivação*, ainda que discricionário, é inconstitucional, pois impede o cidadão de fazer uso do Direito Constitucional a ele assegurado. Temos que a controvérsia sobre a questão provém

do fato de que os autores se referem apenas a *ato de decisão*, e não a *ato discricionário propriamente dito*.

Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>86</sup> porém, dita que o *ato discricionário* também deve ter *motivação* obrigatória, pois todo *ato discricionário* envolve uma decisão por parte do administrador.

Ressalta-se, por fim, que a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 111, dita que a *motivação* é obrigatória.<sup>87</sup>

*Motivos determinantes* são, portanto, os alegados, como certas situações de fato ou de direito que recomendam a edição de determinado ato administrativo. A razão do *ato* está, pois, na ocorrência de *fato* previsto em lei. O *motivo determinante* do ato administrativo não pode, por conseguinte, estar na vontade livre do agente. Este não pode criá-lo ou supô-lo, mas apenas verificar a sua existência. A não ocorrência do mesmo implica a impossibilidade da edição do *ato*.<sup>88</sup>

Resumidamente, então, pode-se constatar que, na *teoria dos motivos determinantes*, se houver *motivação* do *ato discricionário*, a *legalidade* fica presa à *veracidade* da *motivação*. Porém, pós-1988 diversos autores, dentre eles Celso Antônio Bandeira de Mello, passaram a entender que *ato discricionário* tem *motivação* obrigatória, em especial em razão da *ampla defesa e do contraditório*.

### 12.9. Teoria do conceito jurídico ou legal indeterminado

Essa recente teoria não tem o intuito de invadir o *mérito* ou a *discricionariedade*, mas busca evitar o aparecimento do mérito, ou seja, que determinada situação seja resolvida discricionariamente. Não quer questionar, também, a razoabilidade da feitura do *ato*. Diferentemente das outras, é a única teoria que não procura analisar o *ato discricionário*, mas tão somente evitar o aparecimento do *mérito administrativo*. Tenta equacionar, na real verdade, a dúvida em relação ao conceito jurídico indeterminado, com *critérios objetivos*, e evitando assim que o caso venha a ser solucionado pela *discricionariedade*, por critérios subjetivos.

A decisão política é abandonada e substitui-se o critério *subjetivo* por outros palpáveis, como perícias, ju-

<sup>85</sup> Outro artigo usado para corroborar este entendimento pós-Constituição de 1988 é o art 5º, incisos LIV e LV, *in verbis*:

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ele inerente.

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 394.

<sup>87</sup> “Art. 111. Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, *motivação* e interesse público.”

<sup>88</sup> Caio Tácito ensina: “O ato administrativo se inicia, portanto, com a verificação da existência dos motivos. Segue-se, imediatamente, a apreciação do valor desses motivos, a fim de que possa a autoridade se orientar no tocante à necessidade de agir ou sobre os mais indicados para a obtenção do resultado” (TÁCITO, Caio. “Administração e controle de legalidade”. In: *MDA*, v. 37, p. 15).

risprudências, pareceres etc., facilitando a decisão do magistrado. Então, percebe-se que essa teoria tem o intuito de diminuir a discricionariedade do administrador, substituindo a *integração* administrativa (critérios subjetivos) por uma *interpretação* da lei, com base em elementos na legislação brasileira.

Merece destaque a questão concernente à *saúde pública*. Deve-se questionar a extensão de seu risco, ao se aplicar critérios meramente subjetivos.

O *conceito jurídico indeterminado* é bem aplicado em questões que envolvam a *saúde pública*, posto que restringe a discricionariedade do agente público, haja vista a relevância que merece ser trazida a assuntos que envolvam segurança nacional, não parecendo, sequer razoável, o uso da *conveniência* e da *oportunidade*, tampouco de *atos políticos* nesta esfera.

Deve-se, ao contrário, impor ao agente público a estreita observância à interpretação da lei e à prática de critérios objetivos. Portanto, o *conceito jurídico indeterminado* será o limiar da discricionariedade, quando a questão versar sobre saúde pública, restringindo a liberdade do administrador e levando-o a buscar a solução que mais se coadune com a justiça social.

Imagine-se a questão se um determinado agricultor produzir uma fórmula revolucionária de fertilizante, com custos bem baixos, e pretender comercializá-lo. Esse fato, por si só, criará certo “desconforto” às indústrias de agrotóxicos e fertilizantes que estão no mercado e que comercializam seus produtos com preços equiparados.

Com isso, na certeza da impossibilidade de se comercializar referido produto com preço tão abaixo do mercado, as empresas concorrentes conseguem levar ao conhecimento da Administração Pública o risco iminente que a circulação daqueles produtos trarão à saúde pública. Revestido dessa informação, o administrador não concede a autorização para a indústria e comércio desse produto, quando solicitado pelo produtor. Este, sentindo-se prejudicado pela negação do administrador, questionará em juízo a proibição de sua fórmula, anexando ao seu pleito competente parecer de um renomado sanitarista, bem como instrumento de perícia de um laboratório, afirmando que a nova fórmula não oferece, de maneira alguma, qualquer risco algum à saúde da população.

Dessa forma, não trazendo a Administração aos autos argumentos objetivos consistentes que contradizem as provas do agricultor, não restará ao magistrado outra solução, após a interpretação da norma com base em critérios objetivos, senão deferir o pedido de liberação para a indústria e comércio do produto em questão. Em face dessa decisão, anular-se-á o *ato* que impede a co-

mercialização. Tem-se com isso que tecnicamente, o magistrado valeu-se de elementos objetivos para resolver o litígio, tais como parecer e perícia, não adentrando na esfera subjetiva, qual seja, da discricionariedade.

A incidência da *teoria do conceito jurídico indeterminado* foi criada com o objetivo de diminuir a margem dada à *discricionariedade* do administrador. É evidente que, quando todos os critérios objetivos conduzirem a questão a uma única solução possível, não se questionará a proporção da discricionariedade (mérito), e sim o *conceito jurídico indeterminado*, que visa não a dar espaço à discricionariedade.

É de suma importância observar que, em ocorrendo conflito de *interpretação* mesmo nos critérios objetivos (pareceres, perícias e jurisprudências conflitantes), não deixando claro ao magistrado a solução viável a ser utilizada, o critério passa a ser o subjetivo (mérito interno). Então, havendo mais de um caminho a ser seguido, o *ato* será indiscutivelmente discricionário.

Imaginemos, no exemplo dado, que a Administração, ao contestar a peça inicial da contenda, ofereça um parecer contrário de um sanitarista também renomado, e que ambos juntem jurisprudências divergentes. Consumado está um conflito de provas. O magistrado, em face das questões apresentadas, não tem condições de formar uma convicção, nem de estabelecer uma solução clara para o caso. Então, verifica-se nessa hipótese, que os critérios objetivos não permitem uma única conclusão possível, perpassando a questão da interpretação. Portanto, se tecnicamente não há um único caminho a seguir, segundo aqueles critérios objetivos, não se pode dar procedência ao pedido contido na ação, passando a decisão a ser do Administrador, eis que à matéria restou apenas a discricionariedade, o juízo de valor.

O surgimento da *teoria do conceito jurídico indeterminado* frutificou uma nova denominação para a discricionariedade, que se dividiu em discricionariedade *volitiva* e a discricionariedade *cognitiva*.

A discricionariedade *volitiva* seria a *discricionariedade propriamente dita*, aquela que traz um juízo de valor, girando em torno da decisão política, com base na conveniência e oportunidade, pede uma integração.

A discricionariedade *cognitiva* ou *técnica* seria esse *conceito jurídico indeterminado*. Na verdade, não seria uma discricionariedade propriamente dita, mas a interpretação da norma e o alcance de uma solução possível.

Então, apenas na *discricionariedade volitiva* incidirão a conveniência e a oportunidade, em que há um juízo de valor até *no fazer* ou *no não fazer* o *ato*. A *cognitiva* é mais regrada, amarrada.

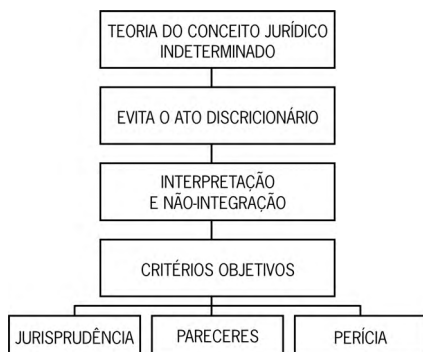
Pode haver conflito de perícias, jurisprudências, pareceres etc. Por exemplo, no caso enfocado, o conflito surgiria quando a Administração trouxesse aos autos pareceres questionando a fórmula do fertilizante e/ou apresentasse perícia contrária. Nesse caso, devido à controvérsia, não caberá ao juiz decidir a respeito do *conceito jurídico indeterminado*, pois os critérios objetivos não se bastaram, por si só, para resolver a questão, ficando a decisão a cargo do administrador.

Para Diogo Figueiredo Moreira Neto,<sup>89</sup> quando a lei se vale de um *conceito jurídico indeterminado*, apenas delega ao autor do ato previsto a constatação da realidade e da suficiência de um certo pressuposto de sua prática.

Por isso, o ato que vier a se fundar na constatação administrativa do fato da ocorrência de um *motivo jurídico indeterminado* é um ato legalmente vinculado a essa devida determinação fática, cuja realidade, adequação e suficiência deverão necessariamente suportá-lo, sob pena de não preencher os seus respectivos requisitos de validade.

Conclui-se, assim, que o *conceito jurídico indeterminado* são termos ou expressões contidas em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possa atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma.<sup>90</sup>

#### Esquema:



#### 12.10. Teoria da razoabilidade

Essa teoria não perpassa o mérito. Na verdade, cria limites na atuação discricionária. Já se tem o limite legal, portanto, ela agrega o limite razoável.

Maria Sylvia Di Pietro afirma que tal teoria apenas pode ser aplicada em casos extremos, que beira o ridículo. Já Celso Antônio Bandeira de Melo, dita que a *teoria da razoabilidade*, por si só, é um *conceito jurídico indeterminado*. A *razoabilidade*, de acordo com a primeira autora, encontra uma chamada “zona cinzenta”, em que o questionamento político é saudável. Extrapolou essa zona cinzenta, chegou ao extremo do irrazoável.

É bom frisar que a Constituição abre espaço para a *razoabilidade*, em seu art. 70, quando fala no *controle do gasto público*. O art. 70 não fala em Poder Judiciário, mas sim em Congresso Nacional. Menciona *legitimidade* e *economicidade*. Como questionar a *legitimidade* e *economicidade*? Com a *razoabilidade* não há dúvida. É por isso que, com base no art. 70, entendemos que hoje é possível controlar *ato administrativo discricionário*.

A doutrina procura critérios para visualizar o que é *razoável*, bem como o que é *legítimo*.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a audiência pública não deveria servir apenas para informar a coletividade de algo, mas também para oferecer parâmetros de que esta possa se valer para saber se é conveniente ou oportuna a atuação da Administração. Prega ele que a audiência pública sirva para captar a vontade da coletividade e visualizar o limite do razoável.

Sérgio de Andréa afirma que hoje não se fala mais em “boa administração”, como ocorria nas décadas de 1970 e 1980, em que toda teoria criada era para a boa administração. Este autor, com base no art. 70 da CF, prega a administração eficiente, a melhor administração, a administração que atenda às prioridades, evita os desperdícios.

A terceira doutrina afirma que a reforma administrativa trouxe o *princípio da eficiência*. A *eficiência* se reveste com intuito de facilitar o limite do legítimo, o limite do razoável.

A *razoabilidade*<sup>91</sup> significa, em linhas bastante gerais, agir de acordo com o senso comum (não confundir com

<sup>89</sup> MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 96.

<sup>90</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>91</sup> “[...] O princípio da *razoabilidade* é conducente a presumir-se o que ocorre no dia a dia e não o extravagante. [...]”. (STF – RE nº 199066 ED/PR; Rel. Min. Marco Aurélio. DJ, p. 33.483. Ement. v. 01876-07; p. 01.584; Segunda Turma).

“bom senso”, que é juízo subjetivo) em uma determinada sociedade.<sup>92, 93</sup>

Nesse âmbito, vale transcrever parte do acórdão resultante das ADIns nºs 1.922 e 1.976/DF:<sup>94</sup>

[...] Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 56-57, itens nºs 18-19, 4ª ed., 1993, Malheiros; Lúcia Vale Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, p. 46, item nº 3.3, 2ª ed., Malheiros) – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law* (Raquel Denize Stumm, Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, p. 159-170, 1995, Livraria do Advogado Editora; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos Humanos Fundamentais, p. 111-112, item nº 14, Saraiva; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 352-55, item nº 11, 4ª ed., Malheiros.)

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes [...]. (grifos nossos).

Nesse sentido a boa doutrina alienígena também se respalda, segundo David Duarte<sup>95</sup>:

[...] uma relação de meio e fim. É neste contexto de localização – descrito como o ensemble *situation, décision, finalité* – que enquadra os elementos de operação do juízo de proporcionalidade, e o cerne do princípio, em sentido amplo, está na limitação da decisão à medida justa entre a situação e a finalidade a prosseguir. Em relação com a situação, o objetivo a atingir isola como desproporcionais todas as alternativas decisórias que se manifestem excessivas.

O princípio da proporcionalidade contém, por fim, uma vertente relativa à imposição de equilíbrio (*Angemessenheit*) ou proporcionalidade em sentido estrito (*Proportionalität*). O princípio do equilíbrio materializa a proibição de excesso na relação entre os interesses presentes, limitando as decisões a uma ponderação justa e impondo a proscrição de intervenções *desproporcionais*. Este princípio revela, portanto, a justa medida entre os interesses presentes na ponderação e determina que, na relação desses interesses entre si, deve a composição ser proporcional à luz do interesse público em causa. (grifos nossos).

### Esquema:



### 13. Classificação

Considere-se que há uma série de critérios para a classificação de atos administrativos, não se valendo a

<sup>92</sup> Conforme delineado por Luis Roberto Barroso: O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça [...].

[...] É razoável o que seja conforme a razão supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. (*Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 204-5).

<sup>93</sup> Confira-se, também, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e boa-fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, sujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência *inadversável*.”

[...] Também não se poderiam admitir medidas desproporcionadas em relação às circunstâncias que suscitaram o ato e, portanto, *assintônicas* com o fim legal – não apenas porque conduta desproporcional é, em si mesmo, comportamento desarrazoado, mas também porque representaria um extravasamento da competência.” (grifos nossos) (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 96-7).

<sup>94</sup> Ministro Relator: ALVES, Moreira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 176. STF – Brasília, Coju Imprensa Nacional, abr/2003, p.153.

<sup>95</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 2004, p. 320 e 323.

doutrina de uma equidade neste sentido. Dentre os mais importantes, destacam-se alguns deles, os quais passamos a analisar.

No primeiro critério, quanto ao *destinatário*, o ato administrativo pode ser *geral* ou *individual*. É *geral* quando regula uma quantidade indeterminada de pessoas que se encontram em situações jurídicas idênticas. E *individual* quando se preordenam a regular situações jurídicas concretas, vale dizer, têm destinatários individualizados, definidos, mesmo coletivamente.

Exemplos: *Atos* que abonam as faltas dos professores, ocorridos em razão de greve no magistério, bem como um edital de concursos públicos. Os atos gerais traduzem uma ideia de generalidade, abstratividade. Não têm destinatários nominados, atingindo, destarte, todas as pessoas que se encontram na mesma situação. Esses atos não podem ser atacados pela pessoa prejudicada, por via judicial, somente por meio de arguição de inconstitucionalidade, em conformidade com o art. 103 da Constituição Federal. Mas, quando traduzidos em providência concreta, admitem análise pelo Poder Judiciário. No entanto, por meio de recursos administrativos, são impugnáveis.

Via de regra, materializam-se por decretos, regulamentos, instruções normativas, circulares ordinatórias de serviços, deliberações.

Já nos *atos individuais* ou *especiais* há destinatários certos identificáveis, nominados, determinados. Seria, por exemplo, quando o prefeito nomeia determinada pessoa para ser o chefe de seu gabinete. Outros exemplos: decretos de desapropriação, de nomeação, de exoneração, licenças, permissões, autorizações e outros que conferem um direito ou impõem um encargo a determinado administrador ou servidor.

O *ato individual* pode ser múltiplo, ao atingir um grupo de pessoas, uma vez que não perde a individualidade. A título de ilustração, cite-se um ato para nomear cinco procuradores ou um ato de habilitação em procedimento licitatório.

Os *atos individuais* podem ser questionados judicialmente e por recursos administrativos.

Concluimos, de fato, que existem atos administrativos que têm caráter normativo, ao passo que outros se voltam especificamente para certos indivíduos. Um decreto regulamentar é um ato normativo, ao passo que um decreto de nomeação é um ato individual.

Os *gerais* ou *normativos* não possuem destinatário certo. São constituídos por normas gerais e abstratas, preveem uma hipótese de incidência. Exemplo: os regulamentos. As portarias, resoluções e decretos poderão

ser atos gerais, dependendo de seus conteúdos. O decreto é todo *ato* praticado pelo chefe do Poder Executivo e, os mais importantes, são gerais e abstratos, são regulamentos. O decreto de nomeação, por exemplo, é um ato individual.

Os *individuais* ou *especiais* visam a determinados sujeitos ou situações concretas. Exemplo: ato de aposentadoria. Os *atos individuais* podem ser plúrimos, ou seja, não é pelo fato de referir-se a muitas pessoas que um ato será normativo. O que importa para ser *ato normativo* ou *geral* é a *hipótese de incidência*. A Administração pode, num mesmo *ato*, estabelecer a situação jurídica concreta de vários indivíduos. Por exemplo, uma nomeação coletiva. Ainda assim, o *ato* será *individual*.

Os *atos normativos*, por serem *abstratos*, em princípio, não ferem direitos de ninguém, nem dão direitos a ninguém. Os *atos* que podem ferir ou conceder direitos são os atos administrativos que são praticados em decorrência do ato geral, ou seja, os atos administrativos especiais que são praticados em decorrência dos atos administrativos gerais. Por exemplo: o regulamento da Administração que dita que o servidor que efetivar atos de comércio dentro da repartição pública será sumariamente demitido. Essa norma é inconstitucional, fere o *princípio da proporcionalidade e da ampla defesa*, mas não poderá ser atacado aleatoriamente, sem antes atingir alguém. Somente poderá fazê-lo aquele que sofrer a aplicação dessa norma, no caso concreto. O regulamento será apreciado *incidenter tantum*, o que equivale a afirmar que a contestação versará sobre o *ato concreto* da demissão. Então, os *atos gerais*, ao contrário dos *individuais*, não são atacáveis judicialmente. A única exceção é no caso de controle abstrato de constitucionalidade, quando esta for possível. Ou seja, somente na hipótese de o regulamento ser federal e violar diretamente a Constituição.

E no caso de Mandado de Segurança Preventivo, que não tenha, ainda, *ato individual* praticado? Na verdade, pelo menos com fundamentação teórica, fala-se que o que está sendo impugnado não é o regulamento em si, mas sim o *ato* que pode vir a ser praticado. Se estivesse sendo impugnado o regulamento, isto não seria cabível, mas como foi impugnado o *ato concreto* que pode vir a ser praticado, tem-se admitido este remédio.

Os *atos gerais* são livremente revogáveis. Os *atos individuais* também podem ser revogados, mas sobre eles incidem uma série de limites quanto à sua revogação. Isso porque se esses atos conferem direitos, esses passarão a ser adquiridos. Então, a revogação vai implicar a violação desses direitos adquiridos. O *ato geral* não con-

cederá nem retirará direito algum, por si próprio. Então, poderá ser retirado do mundo jurídico a qualquer momento. Já o *ato individual* só poderá ser revogado se não gerar direito adquirido.

Os *atos gerais*, por não atingirem diretamente direitos, não têm, via de regra, prévio procedimento administrativo, ao passo que os *atos individuais*, ao atingirem algum direito deverão tê-lo, a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa. Então, o *regulamento* editado para impor uma obrigação a uma determinada construção, não vai elencar o procedimento a ser adotado pelos empreiteiros para uma eventual contestação sobre esse ato, eis que referido *ato*, em tese, não visa a atingir direito de ninguém. Por outro lado, quando for aplicada uma multa ao empreiteiro, pelo não cumprimento de um regulamento, como a demolição da obra, esta ordem terá direito ao contraditório e à ampla defesa.

Exceção a essa regra está sendo aplicada às agências reguladoras, posto que todas as leis que lhe são pertinentes preveem audiência pública antes da emissão do regulamento. Com isso, cria-se um procedimento administrativo prévio para os atos gerais.

O segundo critério, das *prerrogativas*, abarca duas classificações. O *ato* pode ser de *império* ou de *gestão*. *Atos de império* ou de *autoridade* são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (*ius imperi*), não ocorrendo a intervenção da vontade dos administrados para sua prática. Já os de *gestão*, pode-se dizer que equivalem àqueles em que o Estado pratica quando atuando no mesmo plano jurídico dos particulares, mas na gestão da coisa pública (*ius gestionis*). Nessa hipótese, pratica *atos de gestão*, intervindo na vontade de particulares.

Quando o Estado efetiva a compra de um imóvel, estará ele submetido às normas do Código Civil, não logrando de qualquer privilégio inerente ao Poder Público. Da mesma forma, não há coerção nem imperatividade por parte do Estado, mas tão somente uma negociação por assentimento das partes. Tem-se, no caso, *ato de gestão*, de negociação. É um ato da vida privada. Outro exemplo é quando a Administração Pública loca um imóvel. Essa locação será *ato de gestão*, regida pela lei de locação.

Quando o Poder Público determina uma ordem para dissolução de uma passeata ou expede um decreto expropriatório, tem-se a incidência de um *ato de império*, de autoridade, de poder, em função da imposição coercitiva e unilateral. Ninguém pode opor-se ao *ato* em que o agente público pratica no exercício de sua função administrativa. São regidos pela norma do Direito Administrativo.

O terceiro critério trata da *liberdade de ação* que, conforme já foi observado, pode ser um *ato vinculado* ou *discricionário*. *Atos vinculados* são aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento possível da Administração, o Administrador, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. A lei, portanto, não deixa opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a administração deve agir de tal ou qual forma. O particular tem um Direito Subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado *ato*, sob pena de não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. Todos os elementos do ato administrativo são vinculados: *forma, motivo, objeto, competência e finalidade*. Tratando-se de atos vinculados ou *regrados*, impõe-se à Administração o dever de motivá-los, no sentido de evidenciar a conformação de sua prática com as exigências e requisitos legais que constituem pressupostos necessários de sua existência e validade. Exemplos: licença para exercer profissão regulamentada em lei, licença para construir etc.

*Atos discricionários* são aqueles que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela. Há margem de liberdade conferida pela lei ao administrador, a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo, a norma jurídica diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, e a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. A *discricionariedade* implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. Se a Administração ultrapassar esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Por isso, o *ato vinculado* é analisado sob o aspecto da *legalidade*, e o *ato discricionário* sob o aspecto da *legalidade* e do *mérito*: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei, ao passo que o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. Mérito é, portanto, o *sentido político* da ação do Estado. Trata-se de uma integração administrativa da legitimidade. Se são essas definições de *conveniência* e *oportunidade* que vão compor o *mérito* do ato administrativo, a *discricionariedade* exsurge como meio para que essa função possa ser exercida pela Administração.

Ao Judiciário é vedado controlar o *mérito* do *ato*, o seu *aspecto político*, que abrange os aspectos da *conveniência* e *oportunidade*. O que não é aceitável é usar o *mérito* como escudo à atuação judicial em casos em que se envolvem questões de *legalidade* e *legitimidade*. É necessário colocar a *discricionariedade* em seus devidos limites para impedir as arbitrariedades que a Adminis-

tração Pública possa vir a praticar, sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.<sup>96</sup>

O próximo critério dita sobre a *intervenção da vontade administrativa*, podendo, neste caso, os atos serem *simples*, *compostos* ou *complexos*. Será *simples* quando emanar da vontade de um só órgão ou agente administrativo. Ou seja, um só agente ou um órgão pratica um ato.

A lei determina que, para a criação do ato se faz necessária, apenas, a manifestação de vontade de um só órgão. Seria, por exemplo, uma licença para edificar ou para portar uma arma de fogo; portaria do ministro da Saúde, no sentido de instaurar um procedimento administrativo disciplinar, lavratura de um auto de infração etc. Podem ser, ainda, *singulares e colegiais*. Os *simples singulares* são os emanados dos órgãos cujo titular é um único agente.

Deve-se ressaltar, no entanto, que todo decreto assinado pelo Presidente da República vem acompanhado da assinatura de um ministro de Estado. Como nesse ato ocorre a assinatura de um ministro, há quem questione se este seria *simples* ou *composto*. Ocorre que, nessas circunstâncias, a assinatura do ministro não se reveste de uma obrigatoriedade necessária à produção dos efeitos do decreto, mas apenas para fazer valer o *princípio da reforma administrativa*, elencado no Decreto-lei nº 200/1967, art. 6º, II, que é o *princípio da coordenação*. Dessa sorte, tem-se que a assinatura do ministro, nesse caso, serve para que este tome conhecimento, de imediato, do conteúdo do decreto, por ser matéria de sua pasta. Não se constitui esta assinatura, em definitivo, em requisito para a validade do decreto.

Os *simples colegiais* são os que provêm de órgãos, como o próprio nome indica, colegiados, como é o caso dos conselhos, comissões, e por isso, são frutos de deliberações, ou seja, concursos de vontades unificadas de um só órgão.

Há vezes em que a importância dos atos na esfera do Direito Administrativo é tão relevante, que justifica a obrigação, através de lei, da manifestação de, no mínimo, dois órgãos. Trata-se de *ato composto* ou *complexo*.

### 13.1. Atos compostos

Quando, porém, a vontade emanar de mais de um órgão ou agente administrativo, há divergência na dou-

trina. Entendemos que nessa hipótese pode haver uma subdivisão desse ato em *atos complexos* e *atos compostos*. Exemplificando: caso de dispensa de licitação em virtude de a mesma ser deserta (1º ato). Ocorre que a lei de licitação dispõe que, para a dispensa produzir seus efeitos, é necessária que seja ratificada (2º ato), pela autoridade superior (art. 26 da Lei nº 8.666/1993). Tem-se dois agentes na realização de dois atos: um *principal* e outro *accessório*. Logo, todo e qualquer ato que depender de homologação, aprovação, referendo, aquiescência, visto, parecer, laudo técnico etc, em geral, funcionam como *atos compostos*.

Em caso de o ato ser composto, haverá um controle pelo órgão superior, a fim de constatar se aquela primeira manifestação de vontade estava de acordo com os parâmetros da lei. Todo ato em que a lei obriga a homologação será composto, ou seja, a última manifestação será sempre do órgão superior, controlando o inferior. Um órgão pratica e o outro ratifica. No ato composto, tem-se um *ato principal* e um *ato accessório* de verificação. É indispensável que os dois atos, juntos, deem a exequibilidade para a consumação do *ato principal*.

O ato de verificação pode ser *pressuposto* ou *complementar*, no sentido de que ele pode ser exigido, com antecedência, à prática do *ato principal*, ou posteriormente a este. Será *pressuposto* nos casos em que se exige a prévia aprovação da autoridade para a prática do outro *ato principal*. Será *complementar* nos casos de ratificação, que se dá posteriormente à prática do *ato principal*. Por exemplo, a lei de licitação reza que a dispensa é declarada pela autoridade competente e ratificada pela autoridade superior. Trata-se, aí, de um autêntico *ato composto*.

Em síntese, o *ato composto (conjunto)* é uma vontade que, para ser exequível, tem como condição a *ratificação* ou *verificação*, *prévia* ou *posterior*, por uma vontade, de um outro órgão.

O *ato composto* é um ato originariamente *simples*. Como exemplo, uma comissão de concurso público aprova os candidatos, mas o Conselho Superior do Ministério Público homologa o ato de aprovação. Significa que este último exerce um controle de legalidade sobre o ato praticado anteriormente. Observa-se que o *ato composto* tem uma condição suspensiva de exequibilidade,

<sup>96</sup> Nesse contexto, destaca-se o ensinamento da Professora Maria Sylvia Di Pietro: Normalmente, a discricionariedade existe:

a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção de ofício do funcionário, a critério da Administração, para atender a conveniência do serviço;

b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;

c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada. Exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública e à saúde (*Direito Administrativo*, 1993, p. 183).



que é um “algo a mais”, isto é, só será exequível se houver homologação. No procedimento licitatório, necessariamente, a homologação surge antes da adjudicação.

Um outro exemplo: a emissão de um passaporte. A lei impõe que, após o deferimento do delegado federal, a autoridade imediatamente superior terá de dar o visto para conferir a exequibilidade ao passaporte.

Há possibilidade de o *ato acessório* vir antes do *principal*. Tem-se um exemplo de *ato composto* dado pela própria Constituição Federal, que é a nomeação do procurador-geral da República (art. 128, § 1º). O primeiro *ato* é a *aprovação* do Senado federal (*ato acessório*), e o segundo *ato* é a *nomeação* pelo Presidente da República.

Igual tratamento é a nomeação do ministro do Supremo Tribunal Federal: *Aprovação* pelo Senado federal (*ato acessório*) e *nomeação* pelo Presidente da República (*ato principal*).

Portanto, nos *atos compostos* há sempre dois órgãos realizando dois *atos* diversos. Sempre que o ato administrativo fique com sua eficácia dependente de uma condição, que vai ser atendida por outro órgão, este *ato* será *composto*.

Os *atos compostos* não se compõem de vontades autônomas, embora múltiplas. Há, na verdade, uma só vontade autônoma.

No ato composto, temos vários atos que são praticados e há uma *composição*.

### 13.2. Ato complexo

O ato complexo, que tem sido bastante explorado em concurso público, é o que será formado por dois ou mais órgãos ou agentes, realizando um só ato administrativo. A grande diferença do *ato complexo* para o *ato composto* é que neste último são dois atos e naquele, apenas um ato. Por exemplo, convênios, consórcios administrativos, cessão de uso. Exemplo de convênio é o que está ocorrendo, atualmente, com o governo do Estado do Rio de Janeiro e o governo federal. Dois entes federativos fazem um convênio para a repressão à criminalidade.

Cronologicamente, essas manifestações de vontade são emitidas concomitantemente para o nascimento do *ato complexo*. O *convênio* pode ser formado entre uma pessoa da Administração Pública e por pessoa que não integra a Administração, como o caso de uma autarquia federal – INSS – firmando *convênio* com uma pessoa ju-

rídica de Direito Privado não integrante da Administração Pública, para a prestação de serviço de saúde. No caso do *convênio* ser oneroso, aplicam-se os princípios licitatórios. Nesse caso, a Administração deverá licitar para a sua realização. Se o *convênio* for entre pessoas administrativas, não haverá licitação. Poderá, também, ser realizado entre pessoas diferentes da Administração (Estado com União ou com Município).

Os *consórcios* têm a mesma natureza dos *atos complexos*. A diferença está em que os *consórcios* se dão entre pessoas do mesmo nível da Administração Pública, ou seja, entre dois Estados ou dois Municípios. Com isso, é óbvio que a União não poderá participar de *consórcios*, mas apenas de *convênios*. Exemplo deste último é um *ato* entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

No *ato complexo* não há hierarquia. Isso é fundamental. Como identificar se em um órgão há hierarquia e em outro não? Normalmente, há hierarquia quando a lei obriga que a manifestação de dois órgãos seja dentro de um mesmo Poder. Mas, quando a manifestação for feita por órgãos diferentes, de diferentes poderes, como um do Legislativo e outro do Judiciário, não haverá hierarquia, eis que esta não existe entre poderes diferentes.

Os atos complexos são o que resultam do concurso de vontade de vários órgãos de uma mesma entidade, que se unem em uma só vontade.<sup>97</sup> No ato complexo, não há partes e não há interesses diversos, mas uma operação encadeada de atos, uma operação conjunta. Não há uma vontade principal e uma acessória.

No *ato composto*, os órgãos que vão se manifestar têm discricionariedade. É um *juízo político*. O Senado federal pode não aprovar o candidato a ser sabatinado. Igualmente, o Presidente da República pode sancionar ou vetar uma lei. Não há controle de legalidade. É um controle político, porque a lei assim o exigiu.

Um ato administrativo enunciativo. Um parecer da Administração, para que produza efeitos, precisa ser aprovado por uma autoridade administrativa. Seria exemplo de ato administrativo composto. Não há um único ato, há dois atos: o do parecer e o da aprovação que, conjuntamente, são classificados e considerados como um único ato, um ato composto.

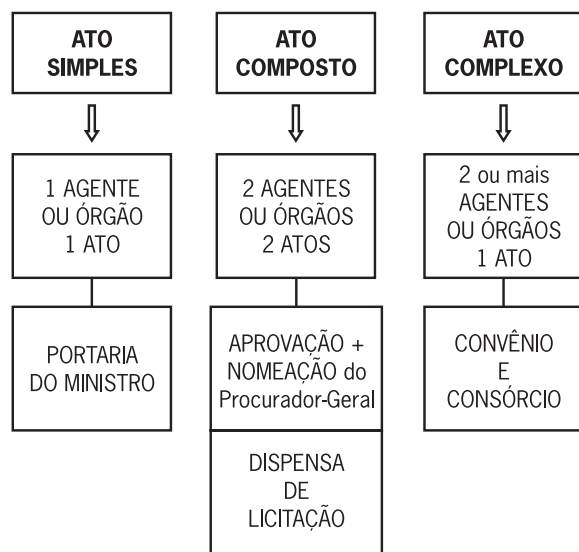
<sup>97</sup> O Supremo Tribunal Federal, por reiteradas vezes, considerou os atos de concessões de aposentadorias, reformas e pensões e demais atos submetidos ao Tribunal de Contas, como autênticos atos complexos, de acordo com o RE nº 195861/ES:

Ementa: “Aposentadoria. Ato administrativo do Conselho da Magistratura. Natureza. Coisa julgada administrativa. Inexistência. O ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante a Corte de Contas. Insubsistência da decisão judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa.”

Um exemplo clássico de ato complexo, que já recebeu, inclusive, a manifestação do Supremo, é a *investidura do servidor público*. Decorre da vontade do chefe do Poder Executivo (*nomeação*), do chefe do Departamento de Recursos Humanos (*posse*), e do exercício (*lotação*). Então, o candidato que só foi nomeado, ainda não está investido. A investidura só ocorre após a conjugação da nomeação + posse + exercício.

O *ato complexo* não é um procedimento, mas pode estar inserido dentro de um procedimento. *Procedimento* é a sucessão de atos, distintos entre si. O *ato complexo* é a fusão de dois ou mais atos.

Esquema:



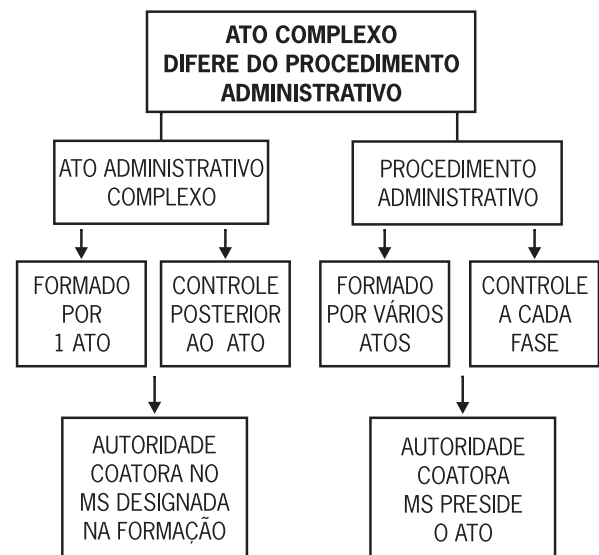
### 13.3. Diferença entre ato administrativo complexo e procedimento administrativo (Questão de Prova para o ingresso na carreira da Defensoria Pública).

- **1ª diferença** (e a mais importante): refere-se à *estrutura*. No *ato administrativo complexo*, temos apenas um *ato*; enquanto no *procedimento administrativo* há uma sequência de *atos*. Exemplo é o procedimento de licitação: edital, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação. Cada uma dessas etapas do procedimento de licitação é um *ato* diverso. No ato complexo, eles não são independentes, não são isolados; terão uma relevância se considerados conjuntamente e isoladamente não há qualquer relevância. Já um ato praticado em um procedimento administrativo poderá ser considerado de forma independente em relação a outros daquele mesmo procedimento administrativo. Já o ato de adjudicação, por exemplo, na licitação, vai possuir efeitos concretos, isolados, inclusive admitindo até a impetração de mandado de segurança.

- **2ª diferença:** refere-se ao *momento* em que o *ato* pode ser questionado. O *ato administrativo complexo* só pode ser questionado depois de pronto (presunção de legalidade e legitimidade); enquanto o *procedimento administrativo* pode ser a cada ato. Administrativamente, um ato do procedimento só pode ser impugnado antes da realização do ato seguinte. Judicialmente, a preclusão não opera nesses termos.
- **3ª diferença:** refere-se à *autoridade coatora*, para fins de mandado de segurança. No *ato complexo*, a autoridade coatora é a *última que interveio na formação do ato*, notificando-se as demais. No entanto, entendemos ser isso inadmissível, pois geralmente várias autoridades assinam o *ato* simultaneamente. A autoridade coatora poderia ser aquela indicada no ato constitutivo do *convênio* ou do *consórcio* como a responsável pela gestão daquilo. Já, no *procedimento administrativo*, a autoridade coatora será *aquela que presidiu o ato que se questiona*, dentro daquele procedimento. Como são vários *atos* formando o procedimento, e cada um desses *atos* é presidido por uma autoridade diferente, a autoridade coatora irá variar conforme o *ato*.

Observe-se, contudo, que na licitação, as fases de edital, habilitação e julgamento são feitas pela comissão de licitação. A autoridade coatora seria o presidente da comissão. Mas, se tiver ocorrido recurso administrativo decidido pela autoridade superior, cuja decisão foi compatível com a emitida pelo presidente da comissão, essa autoridade chamou para si a responsabilidade, passando a ser ela a coatora, para fins de mandado de segurança. Na homologação e na adjudicação, a autoridade coatora já será, desde já, a autoridade superior. No *ato composto*, a *autoridade coatora* será *aquela que realizou o ato principal*, e não o acessório.

Esquema:



## 14. Espécies

Em razão de diferentes perspectivas de contemplação, a doutrina diverge quando divide as *espécies* de atos administrativos. Contudo, por entender mais simples e funcional, preferimos utilizar a seguinte classificação para cinco espécies de atos administrativos: normativos, ordinários, negociais, enunciativos e punitivos.

### 14.1. Atos normativos

Os atos normativos possuem seus objetivos mencionados na Constituição Federal. Por exemplo, o art. 49, V, reza que compete exclusivamente ao Congresso Nacional sustar os “atos normativos” do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa. Vê-se, então, que há atos do Poder Executivo com conteúdo normativo, o que significa dizer que a lei delega ao Poder Executivo (no sentido de Administração Pública) a emissão de atos normativos.

Então, *o que são atos normativos?* São comandos de ordem geral e abstrata que funcionam como leis em sentido material, com a finalidade de suprir a lacuna da norma jurídica formal ou explicitar a sua execução.

Exemplos de *atos normativos* são os decretos; os regulamentos que não sejam postos em vigor por decreto, como o regulamento (edital) de concurso público e também o edital de licitação; os regimentos, como o Regimento Interno do STF, que é ato normativo emitido pelo Poder Judiciário; as resoluções (emitidas pelo Judiciário), que também têm caráter de *atos normativos*, quando a norma da resolução se dirige aos jurisdicionados genericamente.

São eles atos administrativos que coercitivamente são impostos à coletividade, aos administrados. Eles estabelecem uma relação jurídica que obriga um determinado comportamento, uma forma de comportamento abstrato aplicado genericamente sob coerção, sob pena de sanção, no caso de desobediência desses atos. Significa que eles têm caráter material de norma, sem, contudo, se constituir em lei. Ou seja, não é formalmente lei, porque não resulta do processo legislativo previsto no art. 59 da Constituição Federal. Não é emitido pelo Poder Legislativo, como poder político.

As leis previstas no art. 59 da Constituição da República têm o mesmo caráter (salvo raras exceções, das chamadas *leis de efeito concreto*) de *abstração*, *generalidade* e *coerção*. Em tese, estabelece-se uma norma de comportamento que se dirige a todos de forma geral, e, em caso de desobediência, haverá a sanção e a coerção. As mesmas características intrínsecas vão ocorrer com o *ato administrativo normativo* que tem caráter de *abstração*, *generalidade* e de *coerção*. Estabelece-se uma relação jurídica

no âmbito externo da Administração. Uma relação entre a Administração e os administrados, de caráter geral. É uma norma de comportamento que não se dirige especificamente a essa ou àquela pessoa, dirige-se à coletividade ou, pelo menos, a um grupo indeterminado de pessoas.

Contudo, uma parte da doutrina entende que os *atos administrativos normativos* são leis no sentido material, porque o conteúdo do ato administrativo normativo opera como se fosse lei. A diferença entre um decreto e uma lei está em que o decreto (em que pese seja abstrato e geral) é ato administrativo normativo e a lei é ato de soberania do Poder Legislativo. O decreto se subordina, portanto, à lei. Ele é uma manifestação daquela delegação legislativa que está no art. 49, V, da CF. Os atos normativos em geral se submetem ao controle de legalidade, além do controle de constitucionalidade, porque hierarquicamente, são inferiores às leis no sentido formal. Exatamente por isso, a Constituição Federal, em seu art. 49, V, confere poder ao Congresso Nacional de sustar atos normativos do Executivo, eis que nesse caso o Poder Legislativo nada mais é que a manifestação do poder político, que pratica atos de soberania sobre a Administração Pública exercida pelo Poder Executivo.

Exemplo: o decreto que coloca em vigor o Regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis. Esse decreto põe em vigor norma de caráter geral, abstrato e coercitivamente imposto a toda aquela coletividade de servidores. O decreto tem os mesmos caracteres de abstração, generalidade e coerção que tem a lei, mas o decreto regulamentar decorre da lei, regulamentando-a no sentido formal. Então, por que a Administração expede decreto regulamentar? Porque a própria lei determina que o Poder Executivo regulamentará a execução daquela lei, dando-lhe plena eficácia.

Diante do *princípio da legalidade*, contido no art. 37 da CF, a maioria da doutrina do Direito Administrativo vem afirmando que não é mais possível à Administração Pública emitir regulamentos autônomos, só sendo-lhes possível emitir regulamentos de execução. Esta afirmativa significa que, somente diante de previsão expressa da lei no sentido formal é que se tornaria possível à Administração regulamentá-los. Até 1988 admitia-se o regulamento autônomo. O que vem a ser o *decreto autônomo*? Seria aquele *ato administrativo normativo* emitido na lacuna da lei.

Como qualquer ato administrativo, o *ato normativo* submete-se ao *controle de legalidade*, o qual pode ser exercido difusamente. Os *atos normativos* (e também os demais atos administrativos) têm que se submeter à vontade abstrata da lei.

O segundo limite ao *poder normativo* é o *princípio da reserva legal*. Nem todas as matérias de interesse público podem ser objeto de *atos normativos*. A Constituição Federal reserva a disciplina de determinadas matérias exclusivamente ao Poder Legislativo, por meio de lei em sentido formal. Exemplo: aumento de vencimento de servidores públicos.

O terceiro limite é o *limite temporal*, no sentido de que, alterada ou revogada a lei em sentido formal que permitiu a edição do ato normativo, este perderá a vigência. É o mesmo fenômeno que ocorre com a *não recepção* de parte da legislação infraconstitucional, quando entra em vigor nova Constituição.

#### 14.2. Atos ordinatórios

Atos ordinatórios são aqueles *atos internos* da Administração que visam ao seu funcionamento e a conduta dos seus agentes, a exemplo das instruções, avisos, ordens de serviço, resoluções, circulares, portarias, ofícios etc.

Segunda espécie nessa classificação, os *atos ordinatórios* decorrem, basicamente, do poder hierárquico e se organizam hierarquicamente. Significa dizer que a lei vai cuidar de distribuir, em graus diferentes, poderes diferentes a autoridades diferentes, de maneira que determinadas autoridades detenham mais poder, no exercício da Administração Pública, do que outras. Em razão disso, determinadas autoridades podem dar ordens a outras e rever atos e decisões administrativas de outras. A existência dos recursos administrativos decorre basicamente do poder hierárquico, e os atos ordinatórios decorrem desse mesmo poder. São ainda aqueles atos que se manifestam de autoridade superiores para autoridades inferiores, no sentido de que a autoridade superior detém poder hierárquico sobre a autoridade inferior. Em síntese, seriam todos aqueles atos praticados com a finalidade de conduzir o funcionamento interno da Administração. Por exemplo, o ato do chefe de uma repartição pública dispondo sobre os dias que o servidor poderá gozar férias (algo de interesse predominantemente interno).

Nesse sentido, como vemos, o *ato ordinatório* manifesta hierarquia, manifesta determinação de autoridades superiores para as inferiores no exercício da Administração Pública. Por isso, os atos ordinatórios só geram efeitos jurídicos no âmbito interno da Administração Pública, ou seja, entre órgãos e agentes públicos. Comparando-os com os atos normativos, estes são externos (no sentido de que geram efeitos externos), ao passo que os atos ordinatórios são internos, podendo ser tanto gerais, dentro do âmbito da Administração indireta, quanto individuais. Tanto é ato ordinatório a ordem ver-

bal do governador de Estado a um secretário de Estado, quanto a resolução do procurador-geral de Justiça que determina aos promotores que bimestralmente apresentem relatório estatístico de suas atividades. O primeiro é um ato individual, o segundo é geral. Note-se que aqui, a “resolução” é um ato ordinatório (já vimos que resolução pode ser também um ato normativo). O que importa não é o nome de que se reveste o ato, mas sim o seu conteúdo. É o *conteúdo* que determinará sua espécie.

A independência funcional do Ministério Público não exclui a subordinação administrativa com o que não diga respeito ao exercício funcional. Apresentar relatórios bimestrais das atividades não significa controle do conteúdo dos atos praticados. Os atos administrativos ordinatórios têm apenas eficácia interna, podendo ser de caráter geral ou individual.

Exemplo: resolução, portaria (a portaria pode ser também ato normativo, quando, por exemplo, o juiz regula a presença de menores em bailes de carnaval – é um ato normativo porque tem caráter geral e externo, atingindo a todos os jurisdicionados indistintamente). A portaria, ato do promotor de Justiça que instaura inquérito civil, nos termos da lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347). Frise-se que o que importa não é o *nome*, mas o *conteúdo*. Os avisos são atos típicos de ministro, são atos ordinatórios destinados a seus subordinados. Outros exemplos: ato administrativo, concedendo remoção, férias, aposentadoria, licença sem vencimentos etc.

Anomalmente, utiliza-se decreto como ato individual e não como ato normativo. Exemplo: decreto que aposenta determinado servidor. Em regra, o decreto normativo é emitido pelo chefe do Executivo. Evidentemente que tanto os atos normativos quanto os ordinatórios de caráter geral só ganham vigência (exequibilidade) com a sua publicação. A publicação desses atos é condição de exequibilidade, em face do princípio da publicidade, diferente do órgão ordinatório individual, que ganha eficácia com a ciência de seu destinatário.

O decreto segue a sorte da lei. Se esta for inconstitucional, aquele também o será. Lei inconstitucional não pode gerar atos normativos legais.

#### 14.3. Atos negociais

Já os atos administrativos negociais são meramente de caráter negocial, não contratual, que eventualmente coincidem com interesses de particulares para a prática de determinada situação jurídica. Exemplos disto são as autorizações, permissões, licenças, aprovações, admissões, homologações, vistos, dispensas, atos de aprovação, renúncias etc.

Terceira espécie dos atos administrativos, os *atos administrativos negociais* se constituem na manifestações de um terceiro *poder* da Administração Pública, que é o *poder de polícia*. Todavia, a conceituação desses *atos* não se traduz numa tarefa tão fácil.

A bem da verdade, toda e qualquer atividade da Administração Pública que vise a restringir direito ou garantia individual, diante da possibilidade de infração ao interesse público, é *atividade de polícia*. E todo *ato negocial* manifesta *poder de polícia*, eis que vincula o exercício do interesse particular ao interesse público.

O *ato* é *unilateral*, mas há o caráter de *negócio jurídico*, no sentido de que o interesse particular se subordina e adere ao *interesse público*. Exemplos de *atos negociais* são as *autorizações*, as *permissões* e as *licenças*, *homologação*, *visto*.

A emissão dos *atos negociais* compreende dois interesses envolvidos – daí o nome negocial. Como não poderia deixar de ser, dada a origem do ato administrativo, tem-se o *interesse público*, mas também o *interesse particular* envolvidos na emissão destes atos.

O interesse particular de caráter individual que justifica a prática do *ato negocial* é indiretamente atendido ao se subordinar ao interesse público, gerando o caráter de *negócio jurídico*, sem se tratar de contrato. O *ato negocial*, via de regra, é provocado por iniciativa do titular do direito ou interesse particular que se subordina ao interesse público e, somente após a manifestação unilateral da Administração Pública, poderá se efetivar.

Como exemplo, para realizar uma reforma em uma casa, alterando o seu projeto inicial, o proprietário deverá solicitar uma *licença* à prefeitura. Em matéria de construção, não obstante a sua execução se dar em terreno particular, há interesse público a ser zelado, como o direito de vizinhança, direito ao meio ambiente saudável etc. Nesse contexto, a Administração Pública municipal vai apreciar, unilateralmente, se o exercício daquele direito particular poderá ou não atingir o interesse público, manifestando, destarte, o seu peculiar poder de polícia.

Outro exemplo é aquele que o sujeito obtém uma licença para construir e, tempos depois, há um desabamento. Teria ele o direito de reconstruir, de maneira idêntica àquela anterior, na vigência de uma nova legislação que, daquela forma, não mais assim permita?

Não, porque o direito à licença para construir se exerce conforme a lei vigente. Vamos supor que há dez anos, conforme a lei existente à época, foi feita uma benfeitoria. Se esta desabou no temporal e se nova legislação vigorar, não é mantido o direito adquirido à vigência

da legislação anterior. O sujeito só vai poder construir seguindo a nova legislação, e aí ele vai exercer o direito de construção, neste segundo momento. O efeito do desabamento não exclui a incidência da lei; o que lhe resta é lastimar o fato.

Quanto às *permissões*, devemos excluir as que se referem a serviços públicos. Insta ressaltar que *permissão de serviço público*, com o advento da Lei nº 8.987/1995, passou a se constituir em *contrato administrativo*. Portanto, *quando o objeto da permissão for serviço público, esta será contrato e não mais ato negocial*, por força da referida lei.

Exemplo de *permissão* como *ato negocial* é a *permissão de uso de bem público*, pois, neste caso específico, é o interesse particular de fruir de um bem público que está sendo atendido. Como exemplo, temos o caso do Tívoli Parque. Havia um terreno do Município que não estava sendo utilizado. Um particular solicitou à Administração Municipal uma *permissão* de seu uso a fim de explorar atividade de lazer, e esta deferiu o referido pleito. Com isso, a *permissão de uso* com o respectivo ônus de pagamento e de conservação, foi concedida, unilateralmente, pelo ente administrativo que, por sua vez, devia policiar e receber uma taxa pelo uso do bem dominical.

Contudo, esgotado o prazo da permissão, a Administração Pública que retomar tem que indenizar?

Não, porque a permissão é ato precário e discricionário. Então, esgotado o prazo de vigência da permissão anterior, a Administração não está vinculada a renovar. O que pode fazer é um novo juízo de conveniência e oportunidade e aí não vai ter o que indenizar. Foi o que aconteceu com o Tívoli Parque, que não mais existe.

Mas, o que fez o Município para não indenizar? Silenciou-se, esperando findar o prazo (que não faltava muito) da permissão anterior, não a renovando. Com isso, o Tívoli Parque teve que sair sem indenização, propiciando à Administração colocar em prática outros projetos. Hoje, o local é uma área de quiosques.

Diferentemente é o caso da cessão de uso, que não se constitui em ato negocial. Na *cessão de uso*, o *ato* é *complexo* e se dá entre duas pessoas da Administração Pública, sem a incidência de ônus a quaisquer delas. Outro exemplo de *permissão como ato negocial* são os mercados da Cobal.

Há também o caso de *atividades profissionais como objeto de permissão como ato negocial*. Exemplo é o serviço de táxis. É uma *permissão de serviço particular*, fiscalizado através do *poder de polícia* estatal. Táxi não é serviço público, é transporte individual. Porém, como o exercício desse serviço individual envolve a *segurança pública* e

pode vir a afetar o *interesse público*, essa atividade profissional está condicionada à *permissão* da Administração Pública, que deverá certificar-se de que o veículo utilizado para o serviço está bem conservado, se o motorista está em plenas condições físicas e mentais de efetivar o transporte de passageiros, se o bem é idôneo etc. Portanto, só poderá ser “taxista” aquele que tem a sua atividade profissional *permitida* pela Administração Pública. A *permissão* pode ser onerosa ou gratuita.

No que tange às *permissões de transporte coletivo* (empresas de ônibus), que são *serviços públicos*, com o advento da Lei nº 8.987/1995, passaram a ser *contrato administrativo* e não mais *atos negociais*.

As *autorizações*, da mesma forma, podem se destinar à *atividade profissional*. Exemplo são as *autorizações* para comércio ambulante. O vendedor ambulante, informalmente denominado “camelô”, é um *autorizatário*. Ao mesmo tempo que pratica uma atividade de *comércio ambulante*, vale-se da *utilização transitória de um bem público de uso comum*, eis que a calçada da via pública é um bem municipal.

Em matéria de atos negociais, há o que se chama *cassação*, uma forma extintiva que é aplicada quando o beneficiário do ato descumpre determinadas condições as quais permitem o desfazimento do ato e de seus efeitos. É, por assim dizer, um ato punitivo, por infração legal ou contratual praticada pelo beneficiário do ato negocial, que desfaz aquele ato. Cabe observar que a cassação, na verdade, não cassa a forma, mas sim o objeto do ato.

Assim, o sujeito licenciado para se estabelecer em bar e restaurante, mas que, embora exercendo a atividade, paralelamente permite que o local seja utilizado para tráfico de entorpecentes, está ultrapassando o objeto da licença com uma atividade ilícita. A Administração Pública vai instaurar processo administrativo punitivo, garantir a legítima defesa e o contraditório e, unilateralmente, praticar o *ato de cassação*.

A *cassação do ato administrativo* é a terceira forma de desfazimento, pois a anulação e a revogação valem para todos os atos. A cassação vale para os atos negociais, e é um ato punitivo. Não há cassação em relação a outros atos, mas em relação a atos negociais é possível.

O ato negocial pode ser por si mesmo condicionado. Exemplo é quando há uma licença para construir no prazo de “x” anos, sendo que o primeiro andar deve ser construído em tanto tempo, ou seja, tem-se que atender a tais requisitos. A própria legislação pode permitir que o ato negocial, no seu conteúdo, seja condicionado, seja a termo ou não. Ele pode até ser tão precário que

a autorização não tenha sequer prazo de vigência. Tudo vai depender de cada lei municipal, estadual ou federal, relativa aos objetos e o poder de polícia que exerça. Não há uma lei nacional que regule este fato. Portanto, vai depender da respectiva lei (do Município, do Estado ou da União) o condicionamento interno desses atos, mas observando-se que, sendo essas condições desrespeitadas, levam à cassação do próprio ato.

#### 14.4. Diferença básica entre permissão, autorização e licença

##### 14.4.1. Autorização

A *autorização* tem *caráter de extrema precariedade*, significando dizer que ela pode, a qualquer tempo, ser revogada sem gerar para o autorizatário qualquer direito adquirido ou qualquer direito à indenização. A Administração Pública pode, a qualquer tempo, revogar *unilateralmente* as *autorizações*, e dada a sua *precariedade*, elas não geram qualquer direito à indenização, nem permitem a exceção do direito adquirido.

Exemplo: *autorização para porte de arma de fogo*. Um sujeito tem uma atividade particular que salvaguarda a segurança individual de outrem. Portanto, este sujeito não poderá portar arma de fogo sem a devida *autorização*, já que essa prática se constitui em um risco à segurança pública, podendo vir a atingir o interesse público da coletividade, e este deve ser resguardado pelo Estado.

##### 14.4.2. Permissão

As *permissões*, da mesma maneira, *têm esse caráter de precariedade*, mas elas podem gerar direito à indenização, quando são levadas a termo. Exemplo: o órgão público competente concede *permissão*, pelo prazo de dois anos, para a exploração do serviço de táxi. Pode a Administração, antes do término desse período, revogar essa *permissão*? A resposta é afirmativa, restando garantido o direito à indenização pelo permissionário, incluindo os lucros cessantes pelo período revogado, desde que essa revogação não tenha ocorrido por culpa deste.

Exemplo: *licença* concedida para a construção de prédios. Uma vez construída a benfeitoria licenciada, ela acede ao solo no qual foi construída, por força de dispositivo constante no Código Civil brasileiro. A partir de então, a Administração não poderá mais revogar a licença, pois se o fizesse, estaria atingindo o *direito de propriedade*. Ademais, a concessão do *habite-se* pela Administração pressupõe que esta foi inteiramente realizada de acordo com as condições estabelecidas pela Administração no ato em que a benfeitoria acedeu ao solo.

Quando a concessão da *licença* gerar um direito adquirido, tem-se que não será passível de ser revogada pela Administração Pública. Em outras hipóteses, a *licença* poderá ser revogada, mas gerará um direito de indenização ao licenciado. A revogação ocorrerá à luz de um juízo de conveniência e oportunidade. Poderá ainda a *licença*, em algumas hipóteses, ser anulada, quando, por exemplo, um sujeito que adquiriu a *licença* para uma construção, valendo-se de um título de propriedade falsificado.

Registre-se que a *autorização* e a *permissão* são atos administrativos precários, discricionários. A *licença*, por seu turno, pressupõe um direito adquirido preexistente na Constituição ou em lei.

O art. 170, IV, da Constituição Federal preceitua o *princípio econômico da livre-iniciativa*. Com isso, se alguém pretende obter uma *licença* e preenche todos os requisitos legais para essa consecução, a Administração Pública não poderá negá-la, porquanto já *existe um direito adquirido anterior* que a respalda. Ademais, a concessão de *licença* pelo Poder Público, que se traduz no uso de seu peculiar *poder de polícia*, se justifica plenamente, haja vista as normas de segurança pública, ambientais e de saúde pública as quais o licenciado deverá se submeter e respeitar.

No tocante às *autorizações*, registre-se que *não há direito adquirido preexistente* para a sua concessão. Portanto, a *autorização* poderá ou não ser outorgada pela Administração. Os institutos da *permissão* e da *autorização* são concedidos quando se pretende usufruir de um *bem de uso comum do povo*, ou de um *prédio público*. Como exemplos, temos os quiosques nas praias, bancas de jornal, porte de arma, dentre outros.

#### 14.4.3. Jornaleiro na rua: autorização ou permissão?

##### Diferença existente entre ambas

Ainda em relação a estes institutos, acrescemos que a *autorização* se dá *independente de uso de bem ou prática de serviço público*. É sempre ato administrativo precário, podendo ser revogado a qualquer momento, sem indenização. Quanto à sua natureza jurídica, irá variar de acordo com a natureza da atividade que será prestada. Quando a solicitação da *permissão* se destinar a um *serviço de utilidade pública*, de modo que traga interesses tanto ao permissionário quanto à própria coletividade, estamos diante de uma *permissão*. Mas se a postulação do administrado for em relação a uma *atividade de exclusivo interesse econômico*, a Administração Pública expedirá uma *autorização*. Então, a distinção básica entre a *permissão* e a *autorização* está, como se observa, na natureza da atividade consentida pelo Estado.

*Permissão* e *autorização* são atos precários porque, assim como a Administração teve o condão de avaliar as suas condutas quando os expediu discricionariamente, da mesma forma ela poderá exercer esta liberdade quando desejar retirá-los do mundo jurídico. O que distingue a *licença* da *autorização* e da *permissão* condicionada ou qualificada? *Permissão* de uso condicionada ou qualificada tem um caráter contratual, possuindo prazo em conformidade com o art. 40, Lei nº 8.987/1995. *Licença* é ato vinculado. Uma vez preenchidos os requisitos, o consentimento estatal terá que ocorrer. Já em relação à *autorização*, ou mesmo em relação à *permissão* há o caráter discricionário para a prática do ato, pois caberá à Administração fazer um juízo acerca da conveniência e oportunidade do consentimento estatal.

#### 14.5. Atos normativos

*Atos administrativos normativos* são todos aqueles atos que teriam como finalidade regulamentar uma matéria prevista em sede legal. São exemplos: decretos, resoluções...

Qual a diferença de decreto para regulamento? Os dois são exemplos de atos normativos. O decreto é o instrumento que o Chefe do Executivo utiliza para ou regulamentar uma situação ou, sem regulamentar, apenas tratar de um determinado assunto. O regulamento virá por meio de decreto, mas tem essa finalidade de detalhar a legislação, sem ter a finalidade de prever *situações concretas*, detalhando algo mais especificamente do que a legislação fez. Decreto, para o fim de desapropriação, é um ato com efeitos concretos. E mais: o decreto pode ser praticado apenas pelo Chefe do Executivo; enquanto o regulamento pode ser praticado por qualquer autoridade da Administração Pública, contanto que haja competência legal.

#### 14.6. Atos enunciativos

Atos administrativos enunciativos fazem parte da quarta espécie de atos administrativos. Para uma minoria doutrinária, tais atos não são espécie de atos administrativos, mas para a maioria doutrinária o são. Os *atos enunciativos* são **atos declaratórios** de determinadas situações fáticas ou jurídicas sem qualquer vinculação da Administração ao seu enunciado. Exemplos são as certidões, atestados e pareceres.

Os *atos enunciativos* são aqueles em que a Administração se limita a enunciar, a declarar direito ou situação jurídica relevante. Ela enuncia, declara determinada situação jurídica pretérita ou determinado direito já existente, e o faz porque somente ela tem a competência legal para tal, na forma da lei. O parecer é um exemplo

típico de ato enunciativo, porque, além de exteriorizar um entendimento da Administração Pública, reconhece-se também uma situação já ocorrida. Temos, as certidões, os atestados, as declarações, pareceres...

Qual a diferença de certidão para o atestado? A certidão vai ser a mera cópia, o mero registro de um documento já existente na Administração: “Certifico que nas folhas tais, do livro tal, consta a seguinte informação:”

O atestado será um reconhecimento de uma situação de fato que tenha ocorrido: “Atesto que no dia tal, fulano de tal, compareceu no Juízo do 4º Juizado para depor sobre o processo...”

Como exemplo, a Administração detém os registros públicos. A lei irá conferir a determinados funcionários fé pública para atestar a autenticidade desses registros. Não obstante, a mesma lei vai exigir fé pública a determinadas situações jurídicas, como condição de validade das mesmas. Exemplo por excelência de *atos enunciativos* são as *certidões* e os *atestados*. Parte da doutrina diz que determinados *pareceres* com características normativas também são *atos enunciativos*.

O direito de *certidão* é um direito individual, previsto no texto constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXIV, *b*. Esta só poderá ser emitida pela Administração Pública. Aliás, ressalta-se que todo *registro público* é monopolizado pela Administração Pública, ainda que o oficial de cartório tenha as características peculiarmente estipuladas pela Constituição, qual seja, de não ser servidor público. Contudo, a *serventia é pública*.

Assim como a titularidade de um imóvel só poderá ser comprovada com a transcrição do título aquisitivo no Registro Imobiliário, a comprovação da transcrição só poderá sê-lo por *certidão*.

A *certidão* enuncia um direito já existente. Exemplo: *certidão* de nascimento e *certidão* de óbito. Todas as *serventias cartorais* são órgãos de Administração Pública, fiscalizados pelo Poder Judiciário, e suas atividades são eminentemente administrativas. As *serventias* não são órgãos jurisdicionais, mas, conforme já enunciado, são órgãos da Administração Pública, inseridos no Poder Judiciário.

O mesmo ocorre com os *atestados*. A lei criou competência a determinados agentes públicos para que se valessem da prerrogativa de *atestar a verdade a algo*.

Como exemplo, certo número de funcionários reclama a percepção de determinada vantagem pecuniária que vem sendo concedida a outros funcionários. Tendo em vista a continuação deste fato, a Administração reconhece referido direito à categoria de servidores em desvantagem, certificando-o através de *parecer normativo*, como: “Na forma do *parecer normativo* número tal,

*todo servidor em tal situação, passará a ter direito a tal vantagem.*” Vislumbra-se um caráter normativo no sentido interno. Há, também, um caráter enunciativo, eis que se está declarando que todos aqueles servidores que estejam na situação jurídica mencionada no parecer normativo passarão a ter um certo direito. Com isso, a maioria da doutrina afirma que o *parecer normativo* também é *ato enunciativo*, por se referir a uma situação jurídica pretérita em que a Administração se limita a reconhecer determinado direito. Já os *pareceres* são *atos enunciativos*, não restando qualquer controvérsia sobre isto. Eles vão sempre se referir a uma situação jurídica pretérita e ao reconhecimento, pela Administração, quanto àquela situação jurídica.

A atividade do Ministério Público é eminentemente administrativa. Os *atos* que o Ministério Público pratica no Processo Civil ou Penal são atos administrativos, inobstante as suas atividades extrajudiciais. Da mesma forma, os pareceres dos procuradores-gerais de Justiça também são atos enunciativos.

A Administração Pública não goza de *discricionarie*dade na emissão dos *atos enunciativos*, no sentido de optar sobre a conveniência de suas emissões. Por exemplo, o direito de *certidão*, constitucionalmente garantido, não deixa margem de discricionarieidade à Administração quanto à emissão desse *ato enunciativo*. Aliás, é o típico caso em que se pode compelir a Administração a emitir ato administrativo, posto que esta é obrigada a emitila, não lhe restando nenhum direito de ocultar informações constantes de seus registros. A esse propósito, a ação popular e o mandado de segurança manifestam essa questão. Quando a prova do *ato* que acata direito líquido e certo se encontrar em poder da Administração, esta é obrigada a fornecer *certidão*. Se houver a recusa na emissão, deve-se recorrer ao Poder Judiciário impetrando mandado de segurança. O mesmo ocorre com o *atestado*.

A lei de ação popular, por seu turno, confere ao cidadão o direito de requerer à Administração *certidão* acerca de atos lesivos ao patrimônio público. Qualquer um tem o direito a conhecer o conteúdo de atos que possam ser lesivos ao patrimônio público, através de *certidão*. Quando a Administração sonega a cópia do determinado *ato*, a lei de ação popular traz a garantia de que o juiz determine ao réu a apresentação deste documento, podendo sê-lo por meio *certidão*.

Para a prova de *ato* lesivo, se a autoridade coatora se recusar a fornecer *certidão*, pode-se recorrer ao mandado de segurança. Com isso, o juiz requisitará que seja concedida a competente *certidão*.



#### 14.7. Atos punitivos

Por fim, temos os atos punitivos, quinta espécie de *atos administrativos*. São eles os que têm no objeto uma sanção imposta pela Administração aos infratores de dispositivos legais em sentido amplo, podendo ser seus próprios servidores ou particulares. Exemplos: multas, interdições, destruição de coisas, inutilização de gêneros alimentícios, demissões, suspensões, afastamentos, advertências etc.

Os atos punitivos decorrem de outro *poder* da Administração, que é o *Poder Disciplinar*. É intuitivo. Ele tanto é interno quanto externo.

Os *atos administrativos punitivos* são aqueles que se destinam a sancionar, a punir as infrações cometidas contra o interesse público pelos administrados ou pelos servidores públicos, na forma da lei ou de outros atos administrativos. Quando um sujeito infraciona norma contida legalmente em ato normativo, pode receber uma sanção.

Exemplos: um agente público infringiu determinada norma do regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos; por isso, receberá um *ato punitivo interno*.

Se um sujeito estaciona seu carro na rua em local proibido, o policial expedirá um auto de infração, que é um *ato punitivo externo* denominado multa, permitido pelo Código Nacional de Trânsito. Como atos punitivos externos, além da multa, tem-se a interdição de atividades, a apreensão e inutilização de gêneros alimentícios. Internamente esses atos punitivos são previstos nos estatutos (demissão, suspensão, repreensão, advertência).

Os *atos punitivos* decorrem basicamente do Poder Disciplinar, que é inerente ao Poder Hierárquico. Aliás, de nada valeria este se, desobedecida a ordem, a Administração Pública não pudesse, pelo menos, exercer coerção em sancionar a desobediência (a desobediência a um ato ordinatório, decorrente do Poder Hierárquico, tem como consequência um *ato punitivo*, decorrente do Poder Disciplinar). O *ato punitivo* tem uma relação intrínseca com o *ato ordinatório*, porque é uma manifestação de coerção em caso de desobediência a esse ato.

Mas os *atos normativos* também podem prever a existência de *atos punitivos*. Como exemplo, temos um sujeito que, fora do prazo fixado por decreto, apresenta a declaração de rendimentos para o Imposto de Renda de Pessoa Física. Em face do atraso, será multado e perder o direito ao parcelamento. *Ato negocial*: não recolher, dentro do prazo, a taxa decorrente de permissão de uso de bem público, está rescindido por culpa do permissionário.

O importante em relação ao *ato punitivo*, a partir de 1988, é o texto do art. 5º, LV, da Constituição Federal, que estendeu ao processo administrativo a garantia da ampla defesa e do contraditório, com os meios e recursos inerentes.

Pela primeira vez na história constitucional brasileira se disse: “aos litigantes e aos acusados em geral”. Ou seja, o direito do contraditório e da ampla defesa passou a ser não apenas aos acusados, mas aos litigantes. Com isso, *lide administrativa* passa a existir quando há conflito de interesses. Assim, o vizinho pode se opor à licença concedida ao proprietário, para a realização de obras. Ampla defesa e contraditório, em processo administrativo punitivo, passam a ser, então, aplicados como o são em juízo. Nenhum *ato punitivo* pode anteceder, depois de 1988, a todo esse ritual, por mais leve que seja a falta.

Ainda existem Estatutos que abrigam a chamada *verdade sabida*. A “verdade sabida” trata de *processo administrativo punitivo* em que a falta administrativa (a infração) é cometida diretamente e instantaneamente perante a autoridade que tem competência para puni-la. Exemplo: “Pedro”, na qualidade de agente público, ofende o seu chefe, e esse mesmo chefe é competente para punir na forma da lei e diante dessa ofensa, com poder hierárquico e disciplinar combinados. Dessa sorte, poderia ele declarar imediatamente que Pedro estaria suspenso por trinta dias. Hoje, entretanto, isso não é mais possível. Essa garantia tem de ser interpretada, extensivamente, dentro do que dispõe o art. 5º, inciso LV, da Lei Maior. Após a entrada em vigor desta, o referido chefe tem de instaurar *processo administrativo punitivo* e seguir todo esse ritual. Mais ainda, diante do contraditório e da ampla defesa, não se pode mais permitir que a autoridade que presida o processo administrativo punitivo seja a mesma que aplicará a punição.

Assim como o juiz é diferente das pessoas das partes, o acusador tem que ser outra autoridade que não o ofendido. O ofendido passa a ser apenas testemunha e não mais poderá integrar o processo com outra qualidade. Em função disto, vários procedimentos administrativos punitivos encontram-se revogados (não recepcionados) pela nova Ordem Constitucional.

Outro exemplo: um sujeito recebe um auto de infração de um policial militar. Erroneamente, as pessoas pensam que esse *ato* se constitui numa multa, o que não é verdade, pois esse *ato* é uma *notificação de um auto de infração de um processo administrativo que foi instaurado*. Pode-se constatar esse ato ao se observar o verso da notificação, que constará que o notificado tem dez dias para impugná-la.

No que tange aos servidores públicos, há determinadas normas estatutárias que admitem o afastamento temporário do exercício das funções, pelo servidor acusado. Contudo, não é punição. Esse afastamento temporário se reveste de um duplo sentido, assim como no Processo Penal. Primeiramente, a possibilidade da preservação de determinadas provas que poderiam ser atingidas pelo servidor em atividade. Segundo, a possibilidade de dar ao servidor mais tempo para sua própria defesa. Isso não significa punição, porque o servidor continua recebendo remuneração (seus vencimentos integrais). A Administração Pública não poderá, contudo, aplicar suspensão preventiva.

No Ministério Público, a Lei Complementar nº 28/1982 facultava ao corregedor-geral a imposição de determinadas sanções (advertência e repreensão). Isso não é mais possível porque ele é a autoridade acusadora. É ele quem emite a portaria que inicia o *processo administrativo punitivo* contra o promotor de Justiça. Portanto, não poderá ser, simultaneamente, o acusador e o punidor. Hoje os corregedores, ainda que para a finalidade de advertência, encaminham o processo ao procurador-geral.

E a autodefesa, ela é permitida no processo administrativo? A regra geral é o direito de defesa ser exercido tecnicamente. A autodefesa não é admitida no Processo Civil e no Processo Penal no sentido de defesa técnica. Há caráter de autodefesa no interrogatório do réu em ação penal, mas ele não pode deixar de estar representado por profissional legalmente habilitado (advogado). Mas, a rigor, se a Constituição Federal não distinguir, a lei que vier dela também não poderá fazê-lo. A rigor, a defesa terá que ser sempre técnica. Mesmo num ato de infração? De certo, senão não estaria garantida a ampla defesa.

Importante é observar que não se conhece *ato administrativo* que não se classifique em alguma das cinco espécies mencionadas, embora uma segunda classificação dos atos administrativos esteja atrelada com o número de vontades de órgãos ou agentes públicos, cuja manifestação se exige para existência do ato.

Como vimos, segundo o fim imediato a que se destinam e o objeto que encerram, os atos administrativos podem se exteriorizar sob diversas formas, podendo assim se apresentar:

## 15. Atos administrativos em espécie

### 15.1. Decreto

O decreto é uma forma escrita de ato administrativo, por meio do qual o Poder Executivo manifesta sua von-

tade, o que torna resultante de competência administrativa específica.

Porto Carreiro<sup>98</sup> distingue *decreto legislativo* de *executivo*. Para ele, os primeiros emanam, como as leis, do Poder Legislativo, e os seus projetos passam pelos mesmos trâmites a que são submetidos os projetos de lei, podendo, além disso, depender ou não de sanção, ou seja, possui todas as semelhanças da lei.

Já os *decretos executivos* são fórmulas gerais dos atos governamentais e administrativos do Presidente da República, não compreendidos os atos de correspondência (mensagens), nem as cartas credenciais, revocatórias, de chancelaria ou outras de interesse diplomático, nem ainda as cartas-patentes e outras semelhantes.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>99</sup> faz outra distinção, afirmando que, dependendo do conteúdo, podemos classificá-lo em **decretos gerais** ou **individuais**. Os primeiros seriam aqueles de caráter normativo e que traçam regras gerais, ao passo que os segundos são os que têm destinatários específicos, individualizados.

Há autores que classificam os decretos em *autônomos* ou *independentes*, *regulamentares* ou de *execução*. Porém, cumpre-nos simplificar os tipos de *decretos*, e por isso adotaremos apenas as duas classificações acima, *decreto legislativo e executivo* ou *decretos gerais ou individuais*.

### 15.2. Resoluções e deliberações

*Resoluções* são atos normativos gerais ou *individuais*, emanados de autoridades de elevado escalão administrativo. Constituem matérias das resoluções todas as que se inserem na competência específica dos agentes ou pessoas jurídicas responsáveis por sua expedição.

Já as *deliberações* são atos oriundos, em regra, de órgãos colegiados, que representam a vontade majoritária de seus componentes.

### 15.3. Instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimento e avisos

São atos em que a Administração organiza sua atividade e seus órgãos. Não cabe aqui distingui-los, por ser irrelevante. Necessário é, apenas, entendermos que, na prática administrativa atual, esses atos são instrumentos de organização da Administração, verificando, se em cada caso, foi competente o agente que os praticou; se estão presentes seus requisitos de validade, e qual o propósito do Administrador, observando sempre o *princípio da legalidade*.

<sup>98</sup> CARREIRO, Porto. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, p. 273.

<sup>99</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 109.

#### 15.4. Alvarás

Alvará é o instrumento em que a Administração expressa aquiescência no sentido de ser desenvolvida certa atividade pelo particular, ou seja, é o consentimento do Estado.<sup>100</sup>

Por esse ato, a Administração Pública defere a pretensão do administrado e fixa as condições de fruição.

Há duas modalidades de alvarás:

- a) *De licença* – aqui, a Administração verifica se o administrado *preenche os pressupostos legais*, faculta-o a desempenhar atividades ou realizar atos materiais dependentes de controle da Administração Pública. Exemplo: alvará para o exercício de uma profissão, para a construção de edifício etc. Normalmente vinculado, tem caráter definitivo, não precário.

A licença resulta de um *direito subjetivo*. Logo, se a parte preenche os requisitos da lei, a Administração não poderá negar a sua concessão. Uma vez expedida, goza da presunção de definitividade. Sua invalidação somente pode ocorrer por *vício de legalidade* (na expedição do alvará ou na execução das atividades).

- b) *De autorização* – ato da Administração Pública *discricionário e precário*, autorizando o interessado à realização de certa atividade, serviço ou utilização de certos bens particulares (porte de arma) ou público (trânsito em determinado local).

Por ser discricionário, não obstante ter preenchido o administrado os requisitos estipulados pela Administração Pública, não tem ele direito adquirido. Logo, pode a Administração, a seu critério, conceder ou negar.

#### 15.5. Ofícios

São os *atos* em que a Administração se comunica entre si e com terceiros. Como são veículos de comunicação são *atos* de grande importância para a Administração.

#### 15.6. Pareceres

São, na verdade, as opiniões de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação, mas cabendo lembrar que o *parecer*, por ser um juízo de valor, não vincula a autoridade que tem o poder decisório, podendo esta adotar ou não a opinião do parecerista.

<sup>100</sup> Jurisprudência: Ementa: “Administrativo. Mandado de Segurança. Recolhimento de Taxas em Processo Administrativo para Liberação de Alvará de Construção de Posto de Gasolina. Suspensão do Ato Autorizativo da Construção, Face d Declaração da Autoridade Militar Competente, Considerando a Área de Risco para Edificação no Local. Inexistência de Direito Subjetivo Líquido e Certo, Ilegalidade ou Abuso de Poder na Prática do Ato do Prefeito Municipal. Denegação da Segurança. Recurso Ordinário. Ato Vinculado e Complexo. Licença Ainda não Consumada. Ausência de Liquidez e Certeza do Direito Vindicado. Decisão do Tribunal Local Incensurável. Improvimento do Recurso. I – Configura-se o ato complexo, quando a sua prática exige a intervenção de dois ou mais órgãos para a sua perfeição, enquanto o ato vinculado, também conhecido como ato regrado, é aquele que para sua prática, exige-se o cumprimento de alguma norma jurídica indispensável, observados os requisitos nela previstos, não havendo margem de apreciação subjetiva da autoridade administrativa. II – No caso *in examine* o ato atacado pela via do *mandamus*, embora sob certo aspecto, tenha natureza vinculativa, por outro, reveste-se de característica complexa, por isso que, para o seu aperfeiçoamento depende da participação de outros órgãos. III – Incensurável a decisão que entendeu não poder o Prefeito Municipal de Nova Iguaçu/RJ ser obrigado a liberar licença de construção de posto de gasolina em local considerado de risco pela Autoridade Militar competente, inexistindo, na hipótese, direito líquido e certo a ser amparado pela via do *writ of mandamus*. IV – Recurso improvido” (STJ – ROMS nº 13498, Proc. nº 200100885890/RJ; Primeira Turma; Documento: STJ000452282, DJ, p. 157; Rel. Garcia Vieira).

Ementa: “Administrativo. Alvará de Autorização para Pesquisa Minerária. Alteração Unilateral Pela Administração. Inobservância do Devido Processo Legal. Anulação do Alvará de Retificação. Restabelecimento do Alvará Original. Sentença “Ultra Petita”. Apelações e Remessa Oficial Parcialmente Providas. 1. O direito de pesquisar é direito que do Alvará de Autorização de Pesquisa deflui e se insere no patrimônio do Pesquisador autorizado, que só pode ser dele destituído, ante o descumprimento de obrigações que a autorização lhe impõe, ou mesmo ante a supremacia do interesse público frente à qual inexistem direitos imodificáveis. 2. A modificação do ato administrativo não pode prescindir do processo legal, que é garantia impostergável que a nossa carta política contempla (art. 5º, LIV, da CF) e que ao administrador não é dado afastar, sob invocação do poder discricionário que o reveste, quando se sabe que todo poder tem na constituição o limite de sua atuação. 3. Inexistindo submissão do ato modificador ao devido processo legal, impõe-se a anulação do ato administrativo irregular pelo Poder Judiciário, a quem incumbe velar pelo respeito à legalidade. 4. É defeso ao juiz, na sentença, conceder o pedido em maior extensão do que o formulado na peça inicial, como na hipótese em que, pretendido o restabelecimento de alvará para pesquisa, concede-se alvará para exploração mineral. 5. Apelações e remessa oficial parcialmente providas, tão somente para decotar da sentença o excesso alusivo à concessão do direito de exploração mineral, mantendo a anulação do Alvará de Retificação nº 2.281, com restauração do Alvará de Autorização de Pesquisa original (nº 3.196), e consequente afastamento do litisconsorte passivo apelante da referida área” (TRF – Primeira Região; Apelação Civil nº 01001027802; Processo nº 200001001027802/DF. Primeira Turma, Doc. TRF100133559, DJ, p. 48; Rel. Des. fed. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira).

O parecer poderá ser facultativo ou obrigatório. O primeiro caso se dará quando a Administração não for obrigada a formalizá-lo, e para o segundo a Administração é obrigada a juntar o parecer para que este integre o processo de formação do *ato*, em que a sua ausência trará um *vício de legalidade*.

Porém, se o *ato decisório* limitar-se a aprovar o parecer, fica este integrado naquele como razão de decidir. Se, ao revés, o *ato decisório* for contrário ao parecer, deverá a autoridade expressar formalmente as razões que levaram a decidir de modo contrário ao opinamento do parecer, sob pena de ser considerado *abuso de poder*, justamente por não render ensejo à verificação de sua legalidade.

Outrossim, a existência de *pareceres normativos*, que são os *pareceres* em que após exaustiva demanda e estudos sobre determinado assunto, a autoridade decisória resolve estendê-lo a todas as demais hipóteses idênticas que vierem a ocorrer, passando, assim, a representar uma orientação geral para os órgãos administrativos.

Nesses termos, vale verificar a jurisprudência.<sup>101</sup>

### 15.7. Certidões, atestados e declarações

Seu conteúdo expressa a existência de certo fato jurídico. Nos *atestados e declarações*, os agentes administrativos dão fé, por sua própria condição, da existência desse fato. As *certidões* fazem os mesmos, porém com uma diferença. Elas representam a reprodução do que já está formalizado nos registros públicos.

### 15.8. Despacho

Para José Cretella Júnior<sup>102</sup> despacho:

[...] é a decisão proferida pela autoridade administrativa em casos submetidos à sua apreciação, podendo ser favorável ou desfavorável à pretensão solicitada pelo administrado, funcionário ou não.

Essa expressão se originou do Direito Processual (art. 162, § 3º, do CPC), porém, como não havia expressão para *atos* que abrangessem não só as intervenções rotineiras dos agentes, mas também algumas manifestações de caráter decisório, resolveu-se chamá-las de *despacho*.

### 15.9. Licença<sup>103</sup>

Ditam os autores que a *licença* possui natureza de *ato vinculado*, porque o agente não possui qualquer liberdade quanto à avaliação de sua conduta.

Nessa mesma linha de raciocínio está a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>104</sup> para quem licença é “ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade”.<sup>105</sup>

É através da licença que o Poder Público exerce seu *poder de polícia* fiscalizatória.

Outro fator que merece exame reside na iniciativa. No caso da licença, o Poder Público não pode agir *ex officio*; dependerá ele sempre de solicitação, ou seja, de pedido do interessado.

<sup>101</sup> Jurisprudência: Ementa: “Mandado de Segurança. Administrativo. Ensino Superior. Criação de Curso na Área de Saúde. Litispendência (Art. 267, V, C/C Art. 301, V, §. L, CPC). Lei nº 4.024/1961. Lei nº 5.540/1968. Lei nº 9.131/1995. Dec. nº 1.303/1994. 1. Demonstrada a Litispendência Extingue-se o Processo da Ação Repetida. 2. Os Pareceres Administrativos, Peças Enunciativas de Opiniões Técnicas, Antes de Aprovados pela Autoridade Administrativa Investida do Poder Decisorio ou pelo Colegiado Competente, Não Vinculam a Administração. O Parecer Não Subsiste Como Ato Administrativo Antes de Aprovado, por Si, Não Configurando Direito Adquirido. 3. Não se Configura o Ato Omissivo Quando a Autoridade Procede Submissa a Lei, Outrossim Ficando Desfigurado o Abuso de Poder. 4. Segurança Denegada. Indexação Cabimento, Extinção do Processo, Repetição, Ação Judicial, Identidade, Causa de Pedir, Pedido, Parte Processual, ADMINISTRATIVO, Ocorrência, Litispendência. Inexistência, Ato Administrativo Omissivo, Ilegalidade, Abuso de Poder, Autoridade Administrativa, Demora, Apreciação, Recurso Ocorrência, Alteração, Legislação, Matéria, Irrelevância, Parecer Favorável, Necessidade, Homologação, Autoridade Competente, Conselho Federal de Educação, Hipótese, Criação, Curso Superior” (STJ – MS 4447; Proc. 199600114617/DF; Primeira Seção. Doc. STJ000141543; DJ, p. 50738; LEXSTJ v. 00094; p. 40; RSTJ v. 00094; p. 17; Rel. Milton Luiz Pereira).

<sup>102</sup> CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 272.

<sup>103</sup> Vale trazer à baila a clássica lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles: Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex., o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. A licença resulta de um Direito Subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade. (*op. cit.*, p. 183).

<sup>104</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 173.

<sup>105</sup> Ainda sob este prisma, trazemos à colação o magistério de Celso Bandeira de Mello: Licença é ato *vinculado*, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos. [...] Uma vez cumprida as exigências legais, a Administração não pode negá-la. Daí seu caráter vinculado, distinguindo-se, assim, da autorização (*op. cit.*, p. 401).

Por fim, deve-se ressaltar que o direito preexiste à licença, mas o desempenho da atividade somente se legitima se o Poder Público exprimir o seu consentimento pela licença.

No que tange à licença para construir, doutrina e jurisprudência já têm considerado mera faculdade de agir e, por conseguinte, suscetível de revogação enquanto não iniciada a obra licenciada, ressaltando-se ao prejudicado o direito à indenização pelos prejuízos causados.<sup>106</sup>

### 15.10. Permissão

Segundo José dos Santos Carvalho Filho,<sup>107</sup> permissão é:

[...] o ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o particular execute serviço de utilidade pública ou utilize privativamente bem público.

Por ser discricionário e precário,<sup>108</sup> o ato pode ser revogado a qualquer momento, sem indenização ao prejudicado.<sup>109</sup>

É claro, porém, que hoje, com nossa atual Constituição (art. 175), e por ser o processo de permissão antecedido de licitação, não poderá o permitente, a seu exclusivo juízo, dar fim ao ato, salvo se houver interesse público devidamente justificado.

Além dessa *permissão do serviço público* temos também a *permissão de uso de bem público*, lembrando que com a Lei nº 8.987/1995, a *permissão de serviço público* ganhou *natureza jurídica contratual*, considerando-a *contrato de adesão*, com base no art. 175, parágrafo único, inciso I, da CF. A nova postura legal, portanto, descartou a permissão de serviço público como ato administrativo. Resta, assim, apenas a *permissão de uso de bens públicos*, cuja disciplina não é alcançada nem pelo art. 175 da CF nem pela Lei nº 8.987/1995.

É o ato administrativo em que a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse. É um ato discricionário e precário.

<sup>106</sup> Jurisprudência: Ementa: "Licença para Construir. Revogação. Obra Não Iniciada. Legislação Estadual Posterior. I. Competência do Estado Federado para Legislar Sobre Áreas e Locais de Interesse Turístico, Visando a Proteção do Patrimônio Paisagístico (CF, art. 180). Inocorrência de Ofensa ao Art. 15 da Constituição Federal; II. Antes de Iniciada a Obra, a Licença para Construir Pode Ser Revogada por Conveniência da Administração Pública, Sem Que Valha o Argumento do Direito Adquirido. Precedentes do Supremo Tribunal. Recurso Extraordinário Não Conhecido" (STF – RE nº 105634/PR; Rel. Min. Francisco Rezek. DJ, p. 20.107. Ement. v. 01399-02, p. 00399. Segunda Turma. Votação: unânime. Resultado: não conhecido).

Ementa: "Loteamento Urbano. Aprovação por Ato Administrativo, com Definição do Parcelamento. Registro Imobiliário. Ato que não tem o efeito de autorizar a edificação, faculdade jurídica que somente se manifesta validamente diante de licença expedida com observância das regras vigentes à data de sua expedição. Caso em que o ato impugnado ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito de propriedade, descabendo falar-se em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune. Da circunstância de plantas do loteamento haverem sido arquivadas no cartório imobiliário com anotações alusivas a índices de ocupação não decorre direito real a tais índices, à ausência não apenas de ato de aprovação de projeto e edificação, mas, também, de lei que confira ao registro tal efeito. Legitimidade da exigência administrativa de adaptação da proposta de construção às regras do Decreto nº 3.046/1981, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento. Recurso conhecido e provido" (STF – RE nº 212780/RJ; Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ, p. 00.030. Ement. v. 01956-06, p. 01145. Primeira Turma. Votação: unânime. Resultado: Conhecido e provido).

<sup>107</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 114.

<sup>108</sup> Jurisprudência: Ementa: Administrativo. Ação Rescisória. Reintegração de Posse. Multa por Ocupação Irregular. Lei nº 8.025/1990. Incidência. Art. 920 do CC. Inocorrência de Violação. 1. A permissão de uso de imóvel funcional, por ser ato administrativo unilateral, precário e discricionário, rege-se pelas normas de direito público, e não de direito privado. Inocorrência de violação ao art. 920 do Código Civil. 2. Se os Autores estiverem ocupando, irregularmente, o imóvel funcional, sob a égide da Lei nº 8.025/1990, é devida a aplicação da multa prevista no art. 15, I, letra e, da referida lei. 3. Ação rescisória com propósito de rediscutir matéria já apreciada. Inadmissibilidade da pretensão, por impossibilidade jurídica do pedido. Incidência, na hipótese, da vedação contida na Súmula nº 343 do STF e nº 134 do extinto TFR. 4. Rescisória inadmitida. 5. Condenação dos Autores à perda do depósito de que trata o art. 488, II, do CPC e ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), *pro rata*." (Origem: TRF. Primeira Região. AR 01000454250. Proc. 199701000454250/DF. Terceira Seção. Doc. TRF100136428, DJ, p. 28. Rel. Des. federal Fagundes de Deus).

Ementa: "Permissão de Acesso a Áreas Portuárias. Ato Administrativo Discricionário e Precário. Possibilidade de Revogação. Ausência de Ilegalidade. Segurança Denegada. É possível a revogação da permissão de acesso a áreas portuárias sem a elaboração de processo administrativo, por se tratar de ato administrativo discricionário e precário. Apelo improvido." (Tribunal. Quarta Região. MAS 71765. Proc. 200070080010443/PR. Quarta Turma; Doc. TRF400084381; DJU, p. 646; Rel. Juiz Joel Ilan Paciornik).

<sup>109</sup> A precariedade fica evidente no art. 2º, IV, da Lei nº 8.987, de 13/02/1995.

### 15.11. Autorização

Faz-se necessária a autorização quando a atividade solicitada pelo particular não pode ser exercida legitimamente sem o consentimento do Estado.

### 15.12. Admissão

Admissão é o ato administrativo que confere ao indivíduo o direito de receber o serviço público desenvolvido em determinado estabelecimento oficial.

Trata-se de um *ato vinculado*. Preenchendo os requisitos que a lei fixar, o indivíduo terá o direito ao serviço prestado em tais estabelecimentos.

### 15.13. Aprovação, homologação e visto

Nenhum desses três atos existe isoladamente. A *aprovação* é a manifestação discricionária do Administrador a respeito de outro *ato*, podendo a aprovação ser prévia ou posterior. Já a *homologação* constitui um *ato vinculado*, ou o agente procede a homologação, se tiver, é claro, a legalidade, ou não o faz. Esta, por sua vez, só pode ser produzida *a posteriori*. Por último, o *visto* é o *ato* que se limita à verificação da legitimidade formal de outro *ato*.

### 15.14. Atos sancionatórios

São como o próprio nome diz, são atos das punições aplicadas àqueles que transgridem normas administrativas. As sanções poderão ser internas, ou seja, no âmbito da própria Administração, em decorrência do regime funcional do servidor público, ou externas, que decorre da relação Administração-administrado, incidindo quando o administrado infringir alguma norma administrativa. Cabe lembrar, aqui, que esse *ato* deverá sempre estar previsto em lei.

### 15.15. Atos funcionais

José dos Santos Carvalho Filho entende que os *atos funcionais* são típicos atos administrativos, embora a maioria dos doutrinadores não entende assim. Eles possuem apenas a característica de serem originados da relação funcional entre a Administração e seu servidor.<sup>110</sup>

## 16. Procedimento administrativo

Procedimento administrativo constitui-se de atos intermediários, preparatórios, autônomos e interligados

que se fundem para dar conteúdo e forma ao ato principal e final pretendido pelo Poder Público.

De todo modo, o conteúdo do procedimento dependerá da natureza, da complexidade e das características da situação a ser decidida, o que compreende considerar, inclusive, as peculiaridades dos interesses afetados.

Importante a ser destacado é que, além de não existir um modelo único de procedimento que seja aplicável de maneira genérica, qualquer uma das etapas depende da efetivação do que lhe é imediatamente anterior. Ou seja, a prática de qualquer dos atos do procedimento depende da integral realização do que lhe é anterior; e, como este, em tese, pode ser contestado, a edição daquele, enquanto não transcorrer *in albis* o prazo de contestação ou não for decidido o recurso interposto, não pode acontecer.

Exemplos de procedimento administrativos são a expropriação, a licitação e o concurso de ingresso no quadro de pessoal da Administração.

Assim, é possível afirmar que todo procedimento contempla ao menos três etapas: a instauração do procedimento, a etapa instrutória e, por fim, a etapa decisória.

Há de se observar que o procedimento administrativo não se confunde com o ato complexo, nem com o ato administrativo composto. O primeiro é encadeamento de operações que propiciam o ato final; o segundo, diversamente, é o que resulta da intervenção de dois ou mais órgãos administrativos para a obtenção do ato final; e, por fim, o ato composto é o que se apresenta com um ato principal e com um complementar que o ratifica ou aprova. Todos eles têm seu procedimento formal, inconfundível com seu conteúdo material ou com suas características substanciais.

## 17. Extinção do ato administrativo

Quando se fala em *extinção*, surge a divergência doutrinária a respeito da utilização ou não da *teoria da nulidade* do Direito Civil. Porém, prevalece a ideia de que no Direito Administrativo tem-se um tratamento diferenciado ao do Direito Civil, não se utilizando as regras deste em matéria de extinção do ato jurídico, em virtude das peculiaridades existentes no Direito Administrativo.

Uma dessas peculiaridades é a de que no Direito Administrativo não há nulidades relativas,<sup>111</sup> não há anulabilidade. Desse modo, podemos dizer que o Direito

<sup>110</sup> Resume que: "Mesmo tendo tal singularidade, qual seja, de provirem de relação jurídica específica, aplicam-se a eles todos os princípios concernentes à Administração e exige-se que neles se observem os requisitos de validade reclamados de todos os demais atos administrativos. São dotados também dos mesmos atributos. Não há, desse modo, razão para não incluí-los nas espécies de atos administrativos, embora constituindo categoria própria" (*op. cit.* p. 117).

<sup>111</sup> Hely Lopes Meirelles, Diogo Figueiredo Moreira Neto e Diógenes Gasparini sustentam essa tese.

Administrativo trabalha apenas com o *ato nulo*, que não produz efeitos, porém não utiliza a expressão “ato nulo”, refere-se apenas a uma expressão genérica “anulação”, com efeito *ex tunc*.

Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanello Di Pietro admitem a teoria das nulidades no Direito Administrativo. Estes autores admitem a anulabilidade no Direito Administrativo, porém não ficando à mercê de um eventual particular prejudicado, ou seja, a anulabilidade fica a mercê da autotutela administrativa, a própria administração que se manifestará em relação à nulidade relativa.

A manifestação que a Administração fará em relação a essa nulidade relativa é através da *sanatória do ato administrativo*, que retira o vício e salva o ato administrativo irregular.

Atualmente, prevalece na doutrina a posição de não aceitar a anulabilidade, porém, essa mesma doutrina admite a sanatória do *ato*. É nada mais, nada menos, que um contrassenso.<sup>112</sup>

Depois dessa introdução, cabe tratar das formas de extinção do ato administrativo. A doutrina diverge quanto à quantidade das formas, porém as mais importantes são a *anulação* e a *revogação*, que serão analisadas a parte.

O ato administrativo se extingue quando alcança o cumprimento de seus efeitos. Não se pode deixar de reconhecer que há outras formas anômalas pelas quais ocorre a extinção. Vejamos, sistematicamente, tais processos de extinção, com a ressalva de que elas variam de autor para autor.

Cinco são as formas de extinção dos atos administrativos. A primeira delas é a *extinção natural*, ou seja, é aquela que decorre do cumprimento normal dos efeitos do *ato*. Se nenhum outro efeito vai resultar do *ato*, este se extingue naturalmente. Exemplo: a destruição de mercadoria nociva ao consumo público; o ato cumpriu seu objetivo, extinguindo-se naturalmente. Outro exemplo: uma autorização por prazo certo para exercício de atividade; sobrevivendo o termo *ad quem*, há a extinção natural do ato.

A outra forma de extinção ocorre com o *desaparecimento do sujeito*, também denominada extinção subjetiva, que se beneficiou do *ato*. É o caso de uma permissão. Sendo o *ato* de regra intransferível, a morte do permissionário o extingue por falta do elemento subjetivo, chamam essa extinção de subjetiva.

A terceira espécie de extinção é a *objetiva*, em que o objeto dos *atos* é um dos seus elementos essenciais. Desse modo, se depois de praticado o *ato*, desaparece seu objeto, ocorre a extinção objetiva.

A *caducidade*, outra forma de extinção, ocorre quando a retirada funda-se no advento de nova legislação e impede a permanência da situação anteriormente consentida.

Exemplo: uma permissão para uso de um bem público; se, supervenientemente, é editada lei que proíbe tal uso privativo por particulares, o ato anterior, de natureza precária, sofre caducidade, extinguindo-se.

*Caducidade* aqui significa a perda de efeitos jurídicos em virtude de norma jurídica superveniente contrária àquela que respaldava a prática do *ato*. O *ato*, que passa a ficar em antagonismo com a nova norma, extingue-se. Exemplo: uma permissão para uso de um bem público; se, supervenientemente, é editada lei que proíbe tal uso privativo por particulares, o *ato* anterior, de natureza precária, sofre caducidade, extinguindo-se.

Por fim a extinção de maior importância à doutrina são aquelas que ocorrem pela *manifestação da vontade*. As quatro formas anteriores de extinção ocorrem independentemente de manifestação de vontade. No entanto, os *atos* podem extinguir-se pela edição de outros *atos*, razão por que, nessas hipóteses, a extinção decorrerá da manifestação de vontade do administrador.

São três as formas de *desfazimento volitivo* do ato administrativo: a *invalidação* (ou *anulação*), a *revogação* e a *cassação*. As duas primeiras serão examinadas em tópicos próprios devido às suas importâncias. Já a cassação, conforme já aludida, é a forma extintiva que se aplica quando o beneficiário de determinado *ato* descumpre condições que permitem a manutenção deste e de seus efeitos. Duas são suas características: a primeira reside no fato de que se trata de ato vinculado, já que o agente só pode cassar o ato anterior nas hipóteses previamente fixadas na lei ou em outra norma similar. A segunda diz respeito à sua natureza jurídica: trata-se de ato sancionatório, que pune aquele que deixou de cumprir as condições para a subsistência do *ato*. Exemplo: cassação de licença para exercer certa profissão; ocorrido um dos fatos que a lei considera gerador da cassação, pode ser editado o respectivo *ato*.

Examinemos, então, as duas outras formas de extinção do *ato* em decorrência da vontade manifestada em *ato* superveniente: a *anulação* e a *revogação*.

<sup>112</sup> A sanatória é aceita por quase toda doutrina; apenas Hely Lopes Meirelles não a aceita, porém é posição isolada.

### 17.1. Anulação do ato administrativo: sanatória (convalidação) e invalidação

No Direito Civil existe ato nulo e anulável. Ato anulável é aquele que não pode ser declarado de ofício, pois depende da manifestação da parte interessada. Isso existe no Direito Administrativo ou não? A discussão em torno desse assunto não é pacífica.

Há autores que adotam a Teoria Monística em relação às nulidades: ou o ato é válido, ou o ato é nulo. Há, por outro lado, ilustres administrativistas que não incorporam a Teoria Monística e defendem a Teoria Dualista, semelhante à Teoria das Nulidades do Direito Civil para o Direito Administrativo.

Na verdade, existem certos atos administrativos cujos vícios podem ser sanados, corrigidos, aproveitados, retificados, semelhantes aos atos anuláveis, tudo em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público. Então, vigora a nulidade relativa e nulidade absoluta.

Uma observação de suma importância a ser feita é que no Direito Administrativo a nulidade pode ser declarada de ofício e o instituto da convalidação dos atos administrativos é regulada pela Lei nº 9.784/1999, art. 55, pouco importando se o ato é nulo ou anulável, pois a referida lei não estabelece qualquer distinção nesse sentido.<sup>113, 114</sup>

### 17.2. Anulação

Anulação é o desfazimento de um ato administrativo ilegal ou ilegítimo pela Administração ou pelo Poder Judiciário. É, assim, o mecanismo de controle da legalidade do ato administrativo, ao qual incumbe verificar se estão presentes os requisitos do ato. Opera, portanto, efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage à data do ato originariamente investido, tornando-o válido do início ao fim.

Ilegalidade verificada na fonte nascedora, não dá margem à convalidação nem pelo decurso do tempo. Por exemplo, cassação de pensão concedida há mais de 15 anos. O beneficiário não pode invocar o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999.<sup>115</sup> Portanto, a prevalência do princípio da segurança jurídica só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios lícitos por ele utilizados.

### 17.3. Se a Administração se depara com ato ilícito, em respeito ao princípio da legalidade, pode ou deve anulá-lo?

Deve haver a anulação, em razão do *princípio da legalidade*, amparado pela Constituição, por ser um ato vinculado.<sup>116</sup> Porém, existe um princípio no Direito Administrativo tão significativo quanto o *princípio da legalidade*, que é o chamado *princípio da supremacia do*

<sup>113</sup> Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

<sup>114</sup> Correta a observação de Weida Zancaner a "Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação". E mais: "(...) quando possível a convalidação dos atos viciados, a Administração negar-se a fazê-lo" (ZANCANER. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 57).

<sup>115</sup> Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada *má-fé* (grifamos).

<sup>116</sup> Jurisprudência: Ementa: "Embargos Declaratórios. Princípio da Legalidade. Anulação de Julgamento de Banca Examinadora. Efeitos "ex Tunc". Exame de Mérito do Ato Administrativo. Inocorrência. Irresignação do Embargante. Inexistência de Obscuridade, Contradição ou Omissão no Acórdão. 1. Ao acolher os pedidos feitos pelo Autor, ora Embargado, notadamente no que concerne ao de ver seu trabalho reexaminado por outra banca examinadora, essa Turma apenas aplicou ao caso em julgamento o princípio da legalidade, segundo o qual, como é por demais sabido, pode o Poder Judiciário anular atos administrativos quando praticados em desconformidade com a lei. 2. Como a anulação produz efeitos "ex tunc", retroagindo seus efeitos à data de expedição do ato anulado, é óbvio que, no caso, a anulação não poderia se limitar ao desfazimento do julgamento feito por aquela banca, sem paralelamente ordenar a constituição de outra banca a fim de proceder ao reexame do trabalho do Autor. 3. A determinação contida no acórdão de constituição de nova banca examinadora não importa em exame de mérito do ato administrativo e muito menos em substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Ao abrir o concurso, da forma como o fez, expondo a necessidade de sua realização, o ato emanado do Executivo deixou de ser discricionário, transmutando-se em vinculado, podendo, por isso, ser refeito por ordem judicial, à vista das ilegalidades nele estampadas. 4. Inexistindo no acórdão embargado obscuridade, contradição ou omissão (art. 535 do CPC), restando clara a irresignação do Embargante com os termos daquele, não de ser rejeitados os embargos de declaração, incabíveis na espécie. 5. Embargos Declaratórios rejeitados. para publicação do acórdão." (Origem: TRF - Primeira Região, Classe: Edac - Embargos de Declaração na Apelação Cível - 01000269101, Processo: 199701000269101 UF: DF - Órgão Julgador: Primeira Turma, Documento: TRF100113480 Fonte *DJ* - p. 27 Relator(a) Juiz Antonio Savio de Oliveira Chaves Decisão Rejeitar os embargos de declaração, à unanimidade.

Ementa: "Administrativo. Reclassificação em Função Comissionada. Lei nº 7.596/1987. Decreto nº 9.464/1987. Ilegalidade. Ato Vinculado. Anulação Pelo Judiciário. 1. Se a reclassificação das funções de confiança, conforme os ditames da Lei nº 7.596/1987, foi elaborada por Comissão Especial, e segundo os critérios e formalismos fixados pelo Decreto nº 94.644/1987, constitui ato vinculado, que não pode ser substituído segundo a vontade do Administrador. 2. A revogação do ato administrativo, embora seja faculdade da Administração, importou *in casu* em violação do direito legalmente assegurado à percepção da função comissionada, com o nível estabelecido anteriormente. 3. Configurada a ilegalidade, impõe-se sua anulação pelo Judiciário, recompondo-se os prejuízos financeiros causados. Indexação Ilegalidade, Ato Administrativo, Reclassificação, Função de Confiança. Descabimento, Alteração, Critério, Enquadramento, Fixação, Lei. MHM/MBC" (Origem: Tribunal - Quarta Região, Classe: AMS - Apelação em Mandado de Segurança, Processo: 9604054155 UF: PR - Órgão Julgador: Quarta Turma; Documento: TRF 400072596 - Fonte *DJ* - p. 407 Rel.(A) Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon Decisão Unânime).



*interesse público*, dando margem à *sanatória* do ato administrativo (como assim os doutrinadores costumam chamar no Estado Rio de Janeiro ou também convalidação, como é conhecido em São Paulo). Assim, ao invés de anular, a Administração Pública vai sanar. Expurga-se o vício, salvando-se o *ato*. É a maneira de se consertar o *ato*, pois a Administração não pode conviver com o ilícito.

A sanatória, na real verdade, ocorre porque há um entendimento de que, em alguns atos ilícitos, a anulação pode trazer piores consequências à coletividade e ao Poder Público do que a sua manutenção.

Uma questão que a doutrina tem receio de enfrentar: *se a convalidação é ato discricionário ou vinculado*. Há autores afirmando que se trata de ato discricionário. Na real verdade, a convalidação ou sanatória é ato vinculado. É o poder-dever que tem a Administração Pública de suprir o vício.

Explicando melhor: suponha que o ato discricionário tenha sido praticado por servidor que não era competente. Trata-se de um ato nulo, porque a autoridade que proferiu o ato não era competente para tanto. Como há juízo de discricionariedade, o agente competente pode ou não convalidar o ato. Declarar a nulidade do ato ou preservá-lo seria uma opção discricionária nesse caso. Mas não é assim em qualquer ato discricionário, porque, se mudou o interesse público, o que cabe é revogação e não invalidação.

Há, em nossos anais, uma situação particularizante, que despertou grandes interesses: um juiz, portador de um diploma falso, decretou a prisão de um traficante. O *ato* tem natureza legal ou é ilegal? A partir da Lei nº 9.784/1999, é possível convalidar um *ato* nulo administrativo, ou seja, viciado, desde que não cause prejuízo ao interesse público. Que é melhor para o interesse público, sanar o ato ilegal em legal, convalidando-o, deixando o traficante preso ou soltá-lo?

Sobre esse aspecto, o art. 55 da Lei nº 9.784/1999 aduz o seguinte: “Todo ato nulo viciado pode ser convalidado, desde que não acarrete prejuízo ao interesse público, nem prejuízos para terceiros.”

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>117</sup> define *convalidação* como “o suprimento da invalidade com efeitos retroativos”.<sup>118</sup>

Não concordamos com tal autor, pois achamos que a *sanatória* retira o vício do *ato* e o salva em respeito à legalidade. Ao lado da sanatória, temos a *conversão* e a *confirmatória*.

Exemplificando a sanatória, poderíamos trazer a questão do loteamento irregular. A Administração autoriza a feitura do loteamento, mas, ao passar por auditoria do controle externo, verifica-se que aquele loteamento foi *expedido irregularmente*. Há, portanto, *vício na forma*. Só que o loteamento já se encontrava totalmente habitado.

A prefeitura permitiu ponto de táxi e linha de ônibus nas proximidades, além de expedir inúmeros alvarás para padarias, farmácias etc. Criou-se um bairro totalmente urbanizado. Nascerá um conflito entre os dois princípios: *o da legalidade* e *o da supremacia do interesse público*. Nesse caso, os efeitos da anulação serão piores do que a manutenção do ato ilegal. Anulando-se o loteamento, é lógico que trará piores consequências do que a manutenção dos efeitos do ato ilegal.

Uma vez que a Administração Pública não pode conviver eternamente com a ilegalidade, para manter os efeitos temos que transformá-lo de ilegal para legal. Como o vício é de forma, já que esta não foi respeitada, então, tem-se que regularizar o loteamento, respeitando a forma. Daí vem a sanatória da “reforma”, procurando retirar os vícios na regularização do loteamento.

Nesse exemplo, o vício foi na forma. Quando isso ocorrer, teremos a reforma. A reforma é a sanatória sobre o vício de forma. Se o vício for *de competência*, a *sanatória* será feita através da *ratificação*. Vale lembrar que a doutrina admite apenas essas duas formas de sanatória ou convalidação do ato administrativo, porque os vícios não mexem no conteúdo. Se houver, contudo, modificação nos elementos *finalidade*, *motivo* ou *objeto*, não se terá sanatória, pois não estará se mexendo no conteúdo, e sim constituindo um novo *ato*, ou seja, não se estará

<sup>117</sup> BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 430.

<sup>118</sup> Já Carlos Ary Sundfeld afirma: “A convalidação é um novo ato administrativo, que difere dos demais por produzir efeitos *ex tunc*, é dizer, retroativos. Não é mera repetição do ato inválido com a correção do vício; vai além disso. Por tal motivo, a possibilidade de praticá-lo depende, teoricamente, de dois fatores: a) da possibilidade de se repetir, sem vícios, o ato ilegal, porque assim poderia ter sido praticado à época; e b) da possibilidade de este novo ato retroagir.” (“Discricionariedade e revogação do ato administrativo”. In: *Revista de Direito Público*, nº 79. p. 132 e ss).

salvando o *ato* e sim trocando um *ato* por outro, e isso não é sanatória.<sup>119</sup> Repetindo, não se estará salvando o *ato* e sim realizando um novo *ato*.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, isoladamente, entende que há uma terceira espécie de sanatória: quando o vício for no objeto, a qual ele a chama de *conversão*. No entanto, não concordamos com o ilustre autor, pois achamos que estaremos trocando um *ato* por outro, e isto não é sanatória.

Hipoteticamente, entrega-se o uso de bem público a particular através de concessão de uso. Verifica-se que o Poder Público não fez licitação. No entanto, o particular tem conservado, de forma excepcional, o bem público. Só há uma alternativa: a conversão. Tira-se a concessão e dá-se uma permissão de uso (ato unilateral), salvando o efeito do *ato*, excluindo seu vício. Nesse exemplo, existe a possibilidade de corrigir o vício de objeto, mas isso é outro gênero, ao lado da sanatória, que é chamada de *conversão*. O ilustre administrativista Diogo de Figueiredo trata como espécie do gênero sanatória. Para nós, é gênero porque na conversão é trocado um *ato* por outro para sanar os efeitos.

Na sanatória o efeito opera *ex tunc* retroage à data da ilegalidade e salva o *ato* da publicação em diante.

A Administração deve invalidar quando o *ato* não comportar convalidação. A convalidação não é sempre permitida, mas somente nos casos em que tenha havido vício de consentimento, de forma não essencial e vício de competência nos casos em que a competência não seja exclusiva.

A convalidação seria um *ato* discricionário. A Administração Pública teria discricionariedade em invalidar (anular) um *ato* ou convalidá-lo. Um dos exemplos mais importantes é a ratificação, que existe no caso de *vício de competência*.

A *desapropriação* só pode ser feita por decreto – ato do governador, por exemplo. O secretário inadvertidamente desapropria. O governador, sabendo disso, pode anular o decreto expropriatório ou pode ratificar. Se ratificar, estará dando validade ao *ato* expropriatório desde o início, desde à data que foi praticado, ilegalmente pelo secretário.

Existe ainda a *confirmatória*, que é a inércia da Administração e de todos os cidadãos diante de um *ato* ilegal.

<sup>119</sup> Jurisprudência: Ementa: "Execução Fiscal. CDA Emitida por Autoridade Incompetente. Possibilidade de Convalidação do Ato. Aplicação do art. 2º, § 8º, Da Lei nº 6.830/1980. 1. A doutrina tem admitido a convalidação quando ausente o pressuposto subjetivo de validade do ato administrativo, desde que não se trate de competência outorgada exclusivamente. 2. Mesmo em se considerando o ato como impassível de convalidação, dever-se-ia ter sido oportunizada à parte a substituição da CDA, em respeito ao disposto no art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980. 3. Apelação provida. Remessa prejudicada." (TRF – Primeira Região; Apelação Civil nº 38000180863. Proc. 38000180863/MG. Segunda Turma; Doc. TRF100135092. DJ, p. 71, Rel. Des. federal Maria do Carmo Cardoso. Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e julgou prejudicada a remessa).

Ementa: "Administrativo. Anulação. Concurso Público Professor. Convalidação Vícios Formais. Prova. O Judiciário, ao realizar o controle do ato administrativo, deve hierarquizar o vício quanto ao grau de sua validade. O controle pelo Judiciário, instância definitiva para a solução do litígio, tem que se assentar na premissa de que nem todos os vícios dos atos administrativos invariavelmente conduzam à sua nulidade, mesmo em se tratando de atos vinculados. Quando o ato administrativo, apesar de não ter sido praticado com absoluta conformidade à lei, conforma-se ao princípio da boa-fé; se dele não decorrem danos ou prejuízos a terceiros ou não foi fruto de fraudes ou outros vícios quanto sua à licitude, deve ser convalidado. A indisfarçável desconfiança quanto à lisura da correção das provas, por si só, não é elemento suficiente para concluir que a Banca Examinadora não agiu com a necessária imparcialidade na correção das provas. Os atos praticados no concurso não podem ser analisados isoladamente, ressaltando-se o aspecto formal, isto é, se houve obediência ou não à forma, mas no conjunto. O rigor no controle dos atos administrativos é prudente, mas deve-se dar atenção à situação concreta, a fim de se verificar se ocorreu ou não vício que afronte as garantias do administrado e os demais princípios que norteiam a atuação da administração. Se o ato administrativo foi praticado sem estrita observância à forma pré-estabelecida, atingindo, contudo, a sua finalidade, sem a ocorrência de prejuízos, deve ser convalidado. Apelações providas. Indexação Descabimento, Anulação, Concurso Público, Independência, Inobservância, Formalidade, Edital. Inexistência, Prova, Prejuízo, Candidato, Prova, Fraude, Má-Fé, Banca Examinadora. Possibilidade, Convalidação, Irregularidade." (TRF – Quarta Região. Apelação Civil 197262. Proc. 9704423845/RS. Quarta Turma, Doc. nº TRF nº 400080810. DJU, 17/01/2001; Rel. Juiz Hermes S. da Conceição Jr. Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos apelos, nos termos do voto do relator).

Ementa: "Administrativo. Destituição de Leiloeiro. Nulidade de Ato por Ausência de Fundamentação Declarada Judicialmente. Convalidação pela Autoridade Administrativa. Impossibilidade. Obrigatoriedade de Novo Julgamento. Anulado judicialmente, por ausência de motivação, ato administrativo proveniente de decisão de colegiado que destituiu leiloeiro, impõe-se o seu refazimento, mediante novo julgamento, pois a admissibilidade de convalidação é restrita aos casos em que a própria Administração reconhece a nulidade do ato, não alcançando as nulidades declaradas pelo Judiciário. Indexação Impossibilidade, Junta Comercial, Convalidação, Ato Administrativo, Afastamento, Leiloeiro Oficial, Posterioridade, Anulação, Via Judicial, Decorrência, Inexistência, Fundamentação. Necessidade, Repetição, Julgamento" (TRF – Quarta Região. REO 9927. Proc. 9704461739/PR. Terceira Turma; Doc. TRF400077531. DJU, p. 301, Rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial).

Os efeitos do ato administrativo ilegal serão confirmados por força da *prescrição*. Com a prescrição há a confirmação do ato. A prescrição, em relação à Administração, é, em regra, quinquenal (cinco anos).

Outro ponto que toca a invalidação do ato administrativo é o *decurso temporal*, pois uma vez consolidado o ato pelo decurso do tempo, fica obstada a decretação de sua invalidade, vez que o interesse público, pelo *princípio da estabilidade das relações jurídicas*, tem maior relevância que a necessidade de restabelecimento da legalidade do ato administrativo.<sup>120</sup> Porém, não é este entendimento absoluto.

Há discussão recente sobre o *limite temporal* para invalidação do ato administrativo na Lei nº 9.784/1999, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, sendo aplicável aos órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário, quando no desempenho da função administrativa.

Foi constante fonte de divergências doutrinárias a prescrição/decadência do direito da Administração de invalidar atos próprios quando destes resultassem posição contrária à ordem jurídica, pois, via de regra, adstrita como está a Administração às limitações legais (subordinação em relação de conformidade ou compatibilidade), ver-se-ia esta compelida a rever constantemente seus atos, a fim de que a compatibilidade com o ordenamento seja atingida.

Dessa forma, por preservação extrema ao *princípio da legalidade*, alguns autores sustentam a imprescritibilidade da possibilidade de invalidação dos atos da Administração por seus órgãos e agentes. Tal corrente não é partilhada por outros, como o ilustre professor Hely Lopes Meirelles, que sustenta que o conflito entre segurança e estabilidade jurídica só existe quando se toma aquela como valor absoluto e a *estabilidade dos atos praticados* como interesse de ordem pública, tão relevante quanto os demais.

As cortes superiores continuam a entender caber à Administração o poder/dever de declarar a nulidade de seus atos a qualquer tempo, conforme a Súmula nº 473.<sup>121</sup>

A fim de disciplinar o processo administrativo na esfera federal e esgotar a polêmica que vigorava quanto aos prazos de prescrição, a Lei nº 9.784/1999 assim estabeleceu em seu art. 55:

*Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*

Porém, o dito artigo permaneceu vago quanto à anulação dos atos praticados de má-fé, aproximando-se da orientação da Súmula nº 473 do STF. A discussão, embora não esgotada, pareceu interessante e pertinente ao presente trabalho.

Semelhante ao que ocorre no Direito Privado, a prescrição administrativa é a perda do recurso administrativo, pelo esgotamento do prazo previsto em lei para a sua utilização, o que não obsta a utilização da via judicial, pois seus efeitos situam-se apenas no campo da Administração. Assim sendo, a perda do recurso administrativo não acarreta a perda do Direito.

Sintetizando, temos, assim, três formas para convalidar o ato administrativo:

- a) com vício de competência – quando o ato foi praticado por pessoa incompetente, ele pode ser convalidado, a não ser que se trate de competência exclusiva. Naquele caso, então, o vício de competência é convalidado pela ratificação. Por exemplo, o ato praticado por um servidor insano é um ato nulo, exceto, porém, se o ato praticado pelo servidor incapaz for ato vinculado. Isso porque sabemos que, no ato vinculado, o servidor se apresenta como mero executor da lei, um mero *longa manus* do legislador. Então, a manifestação de vontade é coincidente com o que está na lei, e havendo coincidência de manifestação do administrador louco, por exemplo, e da lei, naturalmente que esse ato vinculado será considerado válido;
- b) com vício de forma – supondo-se que, por esquecimento, não houve homologação em uma licitação, podemos utilizar a reforma para que aquele ato ilegal possa se tornar legal;

<sup>120</sup> Conforme entendimento de Patrícia Cardoso Rodrigues de Souza. *Curso prático de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 553.

<sup>121</sup> Súmula nº 473 do STF: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam 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."

- c) com vício de objeto – há conversão/reforma. A reforma refere-se a vício de objeto, ou seja, o ato possui ao mesmo tempo uma parte válida e outra inválida. Se a primeira puder sobreviver sem a segunda, procede-se a reforma. A título ilustrativo, podemos dar o seguinte exemplo: a Administração Pública concedeu férias e licença a um servidor no mesmo ato. Acontece que, a férias, ele tinha direito, mas não à licença, porque tal servidor se encontrava ainda em período probatório, hipoteticamente. Nesse caso, faz-se a reforma do ato, invalidando a licença e mantendo as férias. Outro exemplo: a Administração promoveu um servidor por antiguidade e outro, por merecimento, no mesmo ato administrativo. Percebeu-se, posteriormente, que o mais antigo não era aquele, e sim um terceiro. Então, substitui-se aquele por esse outro. Isso é reforma do ato. Mais um exemplo: converte-se a demissão em advertência.

#### 17.4. Quais são os vícios que não admitem convalidação?

Em relação ao vício de competência e de forma, os atos podem e devem ser sanados. Há um dever, e não apenas uma faculdade, de saná-los. A autoridade competente está obrigada a ratificar o ato, tudo em função do poder hierárquico e suas consequências, que envolve o dever de obediência, fiscalização, delegação, avocação, revisão. Num juízo de revisão, a autoridade superior pode e deve ratificar o ato que foi praticado pela autoridade inferior.

Há fundamentos no Direito Positivo brasileiro visando à possibilidade de a Administração sanar atos administrativos, como assim está previsto no já citado art. 55 da Lei nº 9.784/1999, que preceitua que, quando não acarretarem prejuízo ao interesse público ou a terceiros, “os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

O *objeto* eventualmente ilegal pode ser transformado em um objeto lícito, por meio do instituto da convalidação? Sem dúvida que há possibilidade da convalidação de um vício existente em relação ao objeto do ato administrativo. Isso acontece quando um ato administrativo contiver, dentro dele, pluralidade de objetos, como, por exemplo, um ato que concede férias e licença-prêmio para o servidor (há mais de um objeto: um, o deferimento das férias; o outro, a licença), quando, na realidade, o servidor faria jus somente às férias. Aplica-se, no caso, a *reforma*, pois o objetivo é, apenas, suprimir do ato viciado a parte que o tornava nulo. Suprimida a parte viciada, o ato passa a ser válido.

Mesmo em relação à competência, existem situações que impedem a convalidação, o aproveitamento com efeitos *ex tunc* do ato viciado. É o caso da autoridade que decidiu, mas não tinha competência sobre aquela matéria ou a matéria a ser decidida é da competência de um outro órgão da Administração. Por exemplo, ministro da Justiça decide, através de um ato administrativo, matéria que é da competência do Ministério do Trabalho. Então, não há como aproveitar um ato praticado por quem não tinha competência material para praticá-lo.

Há um outro tipo de vício, em relação à competência, que jamais poderá ser convalidado: é quando a matéria decidida for insuscetível de delegação. Se houver possibilidade de delegação, não há problema, ainda que a competência seja fixada pela Constituição Federal. A título elucidativo, havemos de notar que a própria Constituição, quando trata da competência do Presidente da República no art. 84, elenca uma série de matérias insuscetíveis de delegação.

Quanto ao elemento *finalidade* no vício, não há espaço para convalidação, até porque, se a finalidade era o atingimento do interesse público, e ela foi violada, como falar em aproveitar algo que viola o interesse público? Solução: pratica-se um novo ato, não atribuindo efeitos *ex tunc* àquele anterior.

Assim, nem a *finalidade* nem o *motivo* acarretam convalidação. Ato com o fim pessoal ou para favorecer terceiros há vício de finalidade, há presunção de que vai acarretar prejuízo a terceiros. Portanto, não tem como convalidar esse ato, em razão de vício tão grave.

Em resumo, repetindo mais uma vez, é de suma importância saber quais atos não admitem convalidação:

1ª Categoria: vícios de competência em razão da matéria.

Suponhamos que o ato tenha sido praticado pelo Secretário de Estado de Educação, quando, na realidade, deveria ter sido praticado pelo secretário de Estado de Fazenda. Nesse caso, nem o governador do Estado pode suprir esse vício. Em razão da matéria, então, o ato é nulo, não sendo passível de convalidação.

2ª Categoria: vícios de competência exclusiva.

Quando a lei menciona que compete *exclusivamente* à determinada autoridade a prática do ato. Se, por ventura, o fato for praticado por outra autoridade, é impossível, também, convalidar o ato.

3ª Categoria: vícios quanto aos motivos.

Motivo é uma situação (de fato ou de direito) objetiva que inspira o administrador a atuar no caso concreto. Exemplo para isto é quando o sujeito avança o

senal de trânsito e é multado. Ora, como convalidar vício quanto a uma situação de fato, tentando mudar a realidade? Essa situação não pode ser alterada pelo administrador público para salvar tal ato administrativo, pois a situação existiu ou não. Não há falar em meio-termo. Logo, vícios quanto ao motivo não podem ser convalidados, pois motivo é uma situação que não muda.

4ª Categoria: vícios quanto à finalidade.

Desapropriação com a finalidade de perseguir ferrenho inimigo político há vício de finalidade, violando princípio da impessoalidade. Mas, posteriormente, surgindo interesse público na desapropriação daquele mesmo bem, não se pode convalidar esse ato. Deve-se anular o ato e, em seguida, praticar, de novo, em sua raiz. E a razão é simples: como podemos afirmar que, em virtude do interesse público superveniente, *já não existia vício de finalidade* à época da formação do ato?

**Esquema:**



### 17.5. Qual o prazo que a Administração tem para anular ato, sob pena de convalidação deste?

Sob pena de convalidação, a Administração Pública tem o prazo decadencial de cinco anos para anular qualquer ato nulo, mesmo que este cause um benefício ao administrado, exercendo, assim, sua prerrogativa de autotutela, prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/1999.

E ainda mais:

Em se tratando de benefícios previdenciários, por exemplo, aposentadoria, não há falar em devolução porque o próprio STF tem decidido, por reiteradas vezes, caso de boa-fé, a não ser que prove dolo ou culpa da parte favorecida. No caso, o prazo para anular esse ato será imprescritível por determinação do art. 54, da lei supracitada (1ª corrente).

O prazo prescricional seria de dez anos (2ª corrente). Mas a lei diz que a Administração Pública pode anular a qualquer momento. O art. 54, parte final da Lei nº 9.784/1999 combinado com o art. 37, são os dois únicos casos de imprescritibilidade em Direito Administrativo. Falam do prazo que a Administração tem de exercer seu direito de regresso contra o servidor, em caso de responsabilidade por dano.

Para os direitos reais, o prazo é diferente, incidindo dez anos entre presentes e 15 anos entre ausentes. A enorme maioria dos atos diz respeito a ações pessoais. Logo, aplica-se o prazo da regra geral, que é de cinco anos. É muito difícil um ato envolvendo direito real.

Não há prescrição em relação à revogação, pois a Administração Pública pode reavaliar o mérito, a qualquer momento.

É necessário que se faça distinção entre a *prescrição administrativa* e a *decadência*, pois, por meio desta, perde-se o próprio direito por não ter sido ele utilizado durante o prazo previsto e pode ser decretada pelo juiz de ofício, enquanto a prescrição pode ser somente alegada pelo interessado.

Nesse aspecto, interessante é destacar o que diz o professor Diógenes Gasparini a respeito da diferença entre estes institutos:

Cabe afirmar que o prazo prescricional pode ser *interrompido* ou *suspense*. O prazo decadencial, ao contrário, não se interrompe nem se suspende. O prazo decadencial, ao contrário, não se interrompe nem se suspende. A interrupção da prescrição é a perda do prazo prescricional já decorrido, que recomeça a fluir, por inteiro, a partir do ato ou fato reconhecido pela lei como interruptivo. A suspensão da prescrição é a paralisação por um lapso temporal do transcorrer do prazo da prescrição. Assim, computam-se os dois lapsos: um antes e o outro depois

do ato ou fato suspensivo, de tal modo que a soma desses tempos perfaça o prazo prescricional para só depois ter-se por consumada a prescrição.<sup>122</sup>

Importante consignar que, em se tratando de invalidação do ato administrativo, a anulação pode se dar por decisão da própria Administração ou do Poder Judiciário, se vulnerados os aspectos da *legalidade* e da *legitimidade*. Na revogação isso já não acontece, posto se tratar de decisão da própria Administração que não mais reconhece a conveniência do *ato* e, portanto, resolve revogá-lo, aplicando sua decisão somente quanto ao mérito.

Cabe destacar o posicionamento dos Tribunais a respeito do alcance da decisão do Poder Judiciário:

Ao Poder Judiciário não se pode restringir a apreciação de todo e qualquer ato de autoridade, mesmo que tenha ele cunho disciplinar, já que a ninguém se pode impedir o acesso à Justiça para que nela se aprecie a existência do direito pleiteado, a ameaça temida de sua lesão ou a necessidade da reparação por sua concreta violação. E os motivos determinantes do mérito administrativo do ato hostilizado no devido processo legal devem ser sempre passíveis de verificação pelo Poder Judiciário, eis que deve ele conter, obrigatoriamente, não só os princípios da legalidade e da publicidade, mas também os da impessoalidade e da moralidade. Tanto é ilegal ato administrativo emanado de autoridade incompetente ou desvestido de forma prevista em lei como aquele que se baseia em fatos que, por força de normas legais, não propiciam a tomada da decisão nele contida. Por outro lado, a legalidade do ato administrativo exige como condição de validade não

apenas a competência para a sua prática e a regularidade formal extrínseca, mas também os seus requisitos substanciais, a motivação, os seus pressupostos de direito e de fato, mormente quando, como na espécie, estes elementos estão definidos em lei como vinculadores da punição administrativa imposta. (TJ-PR – Ac. unân. nº 9.538 da 1ª Câm.Cív. – Ap. e Reex. Neces. 22.145-8-Capital – Rel. Des. Oto Luiz Sponholz).

Ressalte-se o conteúdo do referido acórdão:

Mesmo para aqueles que ainda sustentam – e a meu ver equivocadamente – ser vedado ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, é necessário lembrar a diferença entre o mérito do ato e o exame das razões determinantes de seu conteúdo. A lição de Hely Lopes Meirelles é digna de registro: “Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato, in-fenso à revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em Juízo. Exemplificando: o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade ou justiça da aplicação de uma penalidade administrativa (como no caso em exame), mas poderá e deverá sempre examinar o seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição. E compreende-se que assim seja, pois se no processo punitivo não se encontram as provas motivadoras da punição, ou se estas provas não conduzem à infração apontada, nula é a penalidade imposta.”

Sobre a anulação dos *atos* pela própria Administração, merece destaque o Verbete nº 473, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que assim o permite, mas desde que observados os direitos adquiridos. Entende a

<sup>122</sup> Ensina ainda o citado professor que “a prescrição e a decadência também não se confundem com a *preclusão*, instituto que delas se aproxima. A preclusão é a perda, em termos de processo, da oportunidade de agir, em razão do decurso de prazo para essa ação. Com a preclusão não se tem mais como voltar a esse momento do processo”.

Assim, preclusão não se confunde com a prescrição, nem com a decadência. Na prescrição há a perda do direito de ação, operando-se antes da possibilidade da interposição da ação. Na preclusão há a perda da oportunidade de volver-se àquele momento do processo, operando-se depois do início e no transcorrer do processo. Também não se confunde com a decadência, pois nesta se perde o direito substantivo, enquanto na preclusão perde-se o direito subjetivo.

“Em relação à prescrição e à vista dessas noções, calcadas em Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se afirmar que ela tanto favorece a Administração Pública como o administrado, donde a *prescrição em favor da Administração Pública* e a *prescrição em favor do administrado*. Os direitos dos administrados diante da Administração Pública devem ser exercidos dentro dos respectivos prazos administrativos e judiciais.” Ou seja, o não exercício do direito dentro de tais tempos desencadeia a prescrição em duas espécies: prescrição administrativa e prescrição judicial.

“As pretensões da Administração Pública contra o administrado também estão sujeitas a prazos, de sorte que se não propostas em tais tempos, extingue-se, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder administrativo de incidir ou reincidir sobre uma dada situação jurídica específica. Nesses casos a Administração não exerce o poder-dever que lhe cabe, omite-se. Perde, assim, o próprio direito, não a medida prevista para sua defesa quando entenda-o ameaçado ou violado, como ocorre com os administrados. Não se trata, pois, de prescrição, mas de decadência. Nesse particular, o âmbito federal e nos termos da Lei do Processo Administrativo é importante a regra consignada no seu art. 54. Por esse dispositivo, o direito da Administração Pública de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários *decai* em cinco anos. Na esfera de aplicação dessa lei tal dispositivo é a regra geral” (p. 801-3).

jurisprudência mais atualizada que a Administração tem a *faculdade* e não o *dever* de anular os *atos* ilegais, decisão esta a ser tomada à luz do interesse geral.<sup>123</sup>

Considerando a pacificação sobre o tema, ante à súmula editada, vale analisar mais detidamente o entendimento sumulado, elegendo em destaque alguns dos elementos que o compõe, erigindo seus efeitos.

Cabe inicialmente conceituar Administração para sabermos que é o destinatário na Súmula. A Administração pode ser entendida como o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração Pública designa tanto pessoas e órgãos governamentais, como a atividade administrativa em si mesma. Assim sendo, pode-se falar em Administração Pública aludindo-se aos instrumentos de governo, como à gestão mesma dos interesses da coletividade.

Há uma particularidade interessantíssima, objeto da seguinte indagação:

#### 17.6. Pode a Administração Pública impugnar judicialmente seus próprios atos?

Outro elemento que merece destaque é o que se refere à *anulação*. Conforme já demonstrado, à *anulação* vinculam-se as questões de inobservância aos requisitos de legalidade para a perfeição do ato, cabendo tanto à Administração quanto ao Judiciário declará-la. O que vale aqui ser comentado são os efeitos de tal declaração. Os efeitos da *anulação* dos atos administrativos retroagem, consistem em fulminar retroativamente o *ato viciado*, desfazendo todos os vínculos originados do *ato*, operando efeitos *ex tunc*. Essa compreensão tem sido atenuada pela Jurisprudência no sentido de manter efeitos originados de *atos* ilegítimos em relação a terceiros de boa-fé. A presença de terceiros de boa-fé no raio de

incidência do *ato anulado*, considerando-se a necessidade da segurança jurídica, a presunção de legitimidade, que envolve as atividades da Administração, tem guardado o entendimento de que em relação a estas pessoas os efeitos do ato sejam respeitados e mantidos.

A anulação se dará por vícios que tornem o *ato* ilegal. Daqui se impõe saber no que consistem os vícios que definem tão significativa consequência aos atos administrativos. Para compreender o que são os vícios é válido iniciar pela verificação da perfeição e consequente validade do ato administrativo. Resumidamente, podemos dizer que um *ato* será perfeito quando possuir todos os elementos de procedimento e forma definidos em lei. Os vícios, então, se originam do não atendimento do ciclo predefinido para a formação do ato administrativo. Quer nos parecer que a ilegalidade anunciada na Súmula não se resume à inobservância da lei, mas abrange a necessidade de atendimento a todos os princípios informadores da Administração Pública e a todos os elementos constitutivos dos atos administrativos.

Dos atos nulos não se originam direitos. Ressalvadas as atenuações anunciadas no parágrafo anterior, é uma consequência lógica. A todos os atos se impõe a legalidade como condição para sua validade e eficácia.

Passemos agora à segunda parte da Súmula, no que se refere à *revogação*. Revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuado por razões de *conveniência* e *oportunidade*. A *revogação* se opera com a supressão de *ato* válido e eficaz. Pressupõe, então, um *ato* legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público, cuja análise é cometida somente à Administração, amparada na discricionariedade do administrador. Como qualquer ato administrativo, a revogação tem que se fundar em regras que habilitem a autoridade a agir. Os motivos que levam

<sup>123</sup> Em razão do tema, citamos outros os julgados, a saber:

Na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores necessários à perpetuação do Estado de Direito. A regra enunciada no Verbete 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A Administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar esta faculdade no império do arbítrio (STJ – Ac. unân. da Primeira Turma; publ. p. nº 27.865 – Rec. Esp. nº 45.552-7/SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

A anulação dos atos administrativos se assenta em motivos de legitimidade, isto é, por se apresentarem estes com defeitos de forma ou de mérito. Faz-se, pois, por meio da chamada revisão de ofício, fundada no poder discricionário que tem a Administração Pública para rever espontaneamente seus próprios atos e invalidá-los. Entretanto, é essencial que a autoridade administrativa que pretenda desconstituí-los – por ilegitimidade – demonstre, no devido processo legal, os vícios de ilegalidade, que os tornam originalmente inválidos. A par da necessidade de instauração de processo administrativo, específico à finalidade pretendida, não se pode olvidar que é princípio escrito na Carta Constitucional de 1988, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – art. 5º, inciso LV. A não observância desses princípios importa ofensa a direito líquido e certo, remediável pelo mandado de segurança. (TJ-PR – Ac. unân. nº 8.856 da Terceira Câmara Civil – Ap. e Reex. Neces. nº 20.749-8-Londrina; Rel. Des. Silva Wolff).

à determinação da revogação do *ato* estão ancorados na inconveniência e inoportunidade do *ato* ou da situação gerada por ele. É o resultado de um reexame que conduz à conclusão da sua inadequação ao interesse público, uma correção de rumo, uma revisão de sua atuação.

Quando tratamos da *revogação* verificaremos que estamos diante da supressão de um *ato* ou seus efeitos, mas com absoluto respeito aos efeitos já operacionalizados. Assim, os efeitos gerados por um *ato* revogador possuem eficácia *ex nunc*, isto é, não há a desconstituição dos efeitos passados.

Com a revogação, a obrigação da Administração é de manter os efeitos passados do ato revogado; em regra, não há margem para indenização de prejuízos presentes ou futuros eventualmente ocasionados pela revogação. A situação se inverte se o ato revogado já tiver gerado direitos ao destinatário. Nesse caso, não há impedimento de revogação e nem é reconhecido ao particular a possibilidade de se opor à ação Administrativa, mas sim lhe são garantidos o reconhecimento e a indenização relativa aos prejuízos suportados, por considerar-se que eventual direito já se incorporou no seu patrimônio. Se, por um lado, não pode o particular manter situações prejudiciais ao interesse público, de outro, não é lícito ao Poder Público suprimir direitos e vantagens individuais adquiridos legitimamente pelo particular.

O último elemento que abordamos ratifica o princípio constitucional que atribui ao Judiciário apreciação incondicionada de eventuais conflitos que ameacem ou lesem o direito. Isto quer dizer que, ao Judiciário, é deferida a “última palavra”, em relação aos dissídios.

Toda a Administração está sujeita ao controle jurisdicional. Tal controle encontra-se instrumentalizado por intermédio dos vários “remédios” disponibilizados pela Constituição Federal, v.g., mandado de segurança, ação popular etc. Porém, cumpre ressaltar que a competência do Judiciário para revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade do ato impugnado. Aqui vale dizer que os tempos atuais impõem ao Estado não só uma legalidade no sentido do estrito cumprimento da forma prescrita, mas presente os princípios cons-

titucionais, informadores da Administração Pública, os atos praticados devem se revestir de outros elementos, respeitando os propósitos democráticos de um Estado que se orienta pelo direito legítimo. Assim, ao se falar da restrição do Judiciário ao controle da legalidade, já deve-se incluir o de legitimidade, entendendo-se não só como a conformação do *ato* com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, indissociáveis de toda a atividade pública.

Por todo o exposto se impõe a afirmação da convicção pela necessidade e correção dos instrumentos de controle dos atos administrativos. Verificamos que tanto a doutrina, como a jurisprudência pacificaram entendimento nesse sentido, sendo que no campo jurisprudencial encontramos orientação sumulada (Súmula nº 473).

Podemos afirmar que a geração de efeitos pelos atos administrativos, com plena validade e eficácia, precedem de atendimento a requisitos previamente estipulados, sem os quais se causará abalo ao *ato* editado. Os efeitos do controle sobre os atos praticados podem acarretar duas consequências: a *revogação* ou a *anulação*. Reconhecendo-se a quem praticou o *ato* a possibilidade de revisão ampla, revogando ou anulando, e ao Judiciário a possibilidade de revisão “restrita”, reconhecendo-lhe a possibilidade de anulação. Contudo, compreende-se que ao Judiciário competirá sempre a atenção ampla, tendo como objetivo a defesa do interesse público, perquirindo a lisura e correção de atos que possam estar “fantasiados” dos requisitos de validade e eficácia, mas que escondem pretensões que não se coadunam com os propósitos da moralidade e finalidade da Administração Pública.

Com efeito, o *ato* só pode ser declarado nulo se lhe faltarem requisitos substanciais ou se ferir princípios de direito, porque é com base neles que se pratica o *ato*. Sendo, entretanto, o ato administrativo perfeitamente acabado e plenamente eficaz não cabe a aplicação de sua nulidade. Um *ato* que reúne todos os elementos necessários à sua exequibilidade e que produziu seus regulares efeitos, torna-se um *ato* perfeito, legal, insusceptível, portanto, de ter decretada a sua anulação.<sup>124</sup>

<sup>124</sup> Oportuno invocar o autorizado juízo de Henrique Carvalho Simas: O ato administrativo pode ser encarado tanto sob o aspecto da legalidade ou legitimidade, como sob o aspecto do mérito ou merecimento. Assim, ele se extingue, se desfaz, é eliminado, tendo em vista esses dois aspectos. Daí também existirem duas formas diferentes de desfazimento dos atos administrativo, quanto à legalidade a quanto ao mérito: a anulação e a revogação.

A anulação consiste no desfazimento, na extinção, na eliminação do ato administrativo, atendendo-se a considerações relacionadas como a sua legalidade. Se o ato administrativo, que gravita em torno da lei quanto aos seus elementos constitutivos, dela discrepa, este ato será nulo, destituído de validade jurídica e, conseqüentemente, ineficaz. (*Manual elementar de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 137-38).



De tudo isso, concluímos que não há de se falar em *anulação* de um ato perfeitamente legal e legítimo. Analisaremos, a seguir, a possibilidade de *revogação* a pedido do particular de um ato administrativo emanado em seu favor.

### 17.7. Desfazimento do ato administrativo

As modalidades de desfazimento, de extinção de um ato administrativo, podem decorrer de uma manifestação *não volitiva* e *volitiva*.

O ato administrativo, quando praticado, terá uma finalidade, um objetivo a ser alcançado. E quando o objetivo é efetivamente alcançado, será extinto, desfeito. Então, produziu naturalmente os efeitos. Havendo extinção natural do ato, temos a extinção não volitiva.

Outra modalidade de desfazimento se dará em razão do *desaparecimento do sujeito*. Por ventura, se determinada pessoa está sendo beneficiada pelo ato administrativo vem a falecer, não decorrendo de uma manifestação de vontade.

Vai haver também uma extinção objetiva, quando decorre do *desaparecimento do objeto* no ato administrativo. Vejamos um ato que determina a apreensão de mercadorias. Se a mercadoria vem a perecer, por qualquer motivo que seja, o ato é automaticamente desfeito.

*Caducidade* é a quarta modalidade de extinção do ato administrativo. Ocorre quando o ato administrativo é extinto em razão de uma alteração superveniente na legislação. Digamos que um particular tenha um consentimento estatal para comercializar soja transgênica. Posteriormente, surge uma legislação superveniente proibindo tal comercialização. Observa-se que o ato de retirada precisa estar calcado em alguma lei (precisa ter um fundamento de validade). A caducidade ocorre, portanto, por fatores estranhos à vontade do particular, ou até mesmo da Administração Pública.

As modalidades volitivas são a *anulação* e a *revogação*.

Os efeitos de toda e qualquer anulação *ex tunc*. A anulação fará com que os efeitos do ato viciado não se produzam no ordenamento jurídico. Em decorrência da legalidade, a anulação vai retroagir até o momento de início do vício. Havendo ilegalidade, violação da lei ou mesmo da Constituição, o ato administrativo tem que ser anulado, cabendo ao Judiciário verificar se o ato merece ou não ser anulado. Mas isso não impede o próprio administrador de também fazer essa verificação.

Sempre que houver qualquer menção à anulação de um ato administrativo, automaticamente tem-se que ter em mente as Súmulas nº 473 e nº 346 do STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”.<sup>125</sup> Deles não se originarem direitos seria suficiente para dispensar o contraditório e a ampla defesa já que não há direitos originários deles.

Já vimos que a *revogação* tem por escopo a supressão dos efeitos de um ato administrativo anteriormente praticado, e praticado legalmente, em conformidade com a normatização legal aplicável. A medida administrativa que ontem era tida como oportuna e conveniente, hoje, mediante juízo diverso, pode ser considerada, sob uma nova ótica, inconveniente ou inoportuna. O ato revogatório produz efeitos *ex nunc*, daí em diante, respeitados os efeitos já deflagrados.

Traduz, assim, disposição administrativa para o futuro. Não terá uma retroatividade dos efeitos, ou seja, a partir da revogação é que deixará de produzir efeitos aquele ato revogado. Os efeitos que já haviam sido produzidos são mantidos. Ora, como é uma avaliação que se faz em torno da conveniência e oportunidade, o Judiciário não vai poder revogar ato administrativo, a não ser que o ato administrativo tenha sido oriundo do próprio Poder Judiciário. Por exemplo, o Tribunal de Justiça resolve fazer uma licitação, podendo o Poder Judiciário revogá-la por se tratar de âmbito interno do próprio Poder Judiciário. Por caracterizar incursão no próprio mérito da decisão administrativa anteriormente tomada, a *revogação* somente pode ser feita por autoridade administrativa competente.

Precisa-se tomar muito cuidado porque hodiernamente a revogação foi atenuada com a utilização do princípio da razoabilidade. Portanto, houve uma mitigação. Atualmente, avalia-se a legalidade de forma mais ampla, quando decide que o ato praticado não é razoável. O magistrado, no caso, não está revogando o ato, não está adentrando no mérito em relação à conveniência e oportunidade, mas anulando.

Na revogação, não há uma ilegalidade; há, apenas, uma nova avaliação acerca da conveniência ou oportunidade para a manutenção do ato. Cabe à autoridade administrativa avaliar se o ato administrativo praticado merece ou não permanecer no ordenamento jurídico.

<sup>125</sup> Propriamente, o inteiro teor da Súmula nº 473, foi copiada da Lei nº 9.784/1999, art. 55:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitando os direitos adquiridos.

A *revogação* atinge normalmente os atos administrativos de execução continuada, os procedimentos administrativos em vias de processamento, ou os atos cuja utilidade plena ainda não se esgotou. É o caso, v.g., de uma desapropriação por utilidade pública desencadeada sobre determinado imóvel. No curso da desapropriação a mesma pode vir a ser revogada.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>126</sup> observa que a *revogação* é sempre inserta no exercício de uma competência discricionária, circunscrita a interesse público da mesma natureza, concreto, atual, e de maior relevância dentro da nova avaliação realizada pelo Administrador Público. Por essa razão, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm sido enfáticas quanto à necessidade de uma adequada motivação do ato revogatório. Deve restar claro para os administrados, principalmente quando a revogação importar em restrição de direitos, a razão da *revogação*. Que interesse público a justifica? Por que o que ontem era considerado importante, hoje não é mais? O interesse público apto a desencadear o provimento revogatório deve ser, para tanto, suficiente em grau, medida e natureza.<sup>127</sup>

*Revogação*, portanto, diz respeito ao controle de mérito, ou seja, o ato é válido, lícito, porém será avaliada a sua continuidade, a sua manutenção, que, se inexistente, ter-se-á o ato por revogado, produzindo efeitos *ex*

*nunc*, vale dizer, a partir do instante em que é revogado perde a validade, produzindo efeitos somente daquele instante em diante (nunca retroage).

*Revogação* é um ato administrativo discricionário, pois se estará reavaliando a conveniência e oportunidade do ato administrativo. Revogação, portanto, é a reavaliação de mérito. Logo, a Administração não pode revogar um ato vinculado, por ser a *revogação* a reavaliação do mérito e o ato vinculado não tem mérito.<sup>128</sup>

A *revogação* destaca-se por se tratar de eliminação de ato administrativo legítimo, praticando em conformidade com o ordenamento jurídico, mas que, por outro lado, não se encontra de acordo com o interesse público que cumpre à Administração defender.

A *revogação*, então, constitui um dos instrumentos mais importantes de que dispõe a Administração Pública para manter ou restabelecer o interesse público, mesmo quando não se esteja tratando da ilicitude dos atos administrativos.

Assim, a Administração Pública não deve fazer uso de sua faculdade de extinguir um ato administrativo, senão quando o interesse público o exige. A inconveniência do ato, nesse caso, deve necessariamente atingir a própria Administração. Um ato administrativo inoportuno e inadequado somente ao particular e que em nada aflige o ente público não há que ser revogado.

<sup>126</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160.

<sup>127</sup> ALESSI, Renato, *La Revoca degli Atti Amministrativi*. Milão: Dott. A. Giuffré, p. 3.

<sup>128</sup> Jurisprudência. Ementa: "Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Servidor Público Municipal. Cessão. Revogação. Ato Discricionário. Motivação. Desnecessidade. A cessão de servidor público, sendo ato precário, confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade. – Precedente. – Recurso ordinário desprovido. Indexação Possibilidade, Administração Publica, Revogação, Cessão, Servidor Publico Municipal, Empresa Pública, Desnecessidade, Motivação, Ato Administrativo, Caracterização, Ato Discricionario, Ato Precario." (STJ. ROMS nº 12312, Proc.: 200000759031/RJ. Sexta Turma, Doc.: STJ000465231. DJ, p. 390. Rel. Vicente Leal. Decisão: acordam os ministros, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro Relator). Ementa: "Permissão de Acesso a Áreas Portuárias. Ato Administrativo Discricionário e Precário. Possibilidade de Revogação. Ausência de Ilegalidade. Segurança Denegada. É possível a revogação da permissão de acesso a áreas portuárias sem a elaboração de processo administrativo, por se tratar de ato administrativo discricionário e precário. Apelo improvido" (STJ – Quarta Região. AMS 71765, Proc.: 200070080010443/PR. Quarta Turma, Doc.: TRF400084381, data: 26/06/2002, DJU, p. 646; Rel. Juiz Joel Ilan Paciornik. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator). Ementa: "Mandado de Segurança. Exploração de Telefonia Celular a Bordo de Embarcações. Permissão Condicionada. Ato Discricionário. 1. A licença para ingresso em embarcações, deferida pela Administração, para fins de exploração de serviço de telefonia celular em zona aduaneira, é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, e, como tal, pode ser revogado, a qualquer tempo, pelo Poder Concedente. 2. Na hipótese de licença condicionada ou a termo, a revogação do ato pela Administração antes de expirado o prazo, não gera ao administrado o direito à manutenção dos seus efeitos, mas o de ser ressarcido pelos eventuais prejuízos que daí decorram, o que dependerá do ajuizamento de ação própria, porque o mandado de segurança não substitui a ação de cobrança. 3. Apelação a que se nega provimento. Indexação Legitimidade, Revogação, Licença, Autorização, Entrada, Embarcação, Objetivo, Venda, Telefonia Celular. Caracterização, Ato Precário, Possibilidade, Suspensão, Anterioridade, Término, Prazo, Hipótese, Interesse, Administração. Possibilidade, Cobrança Judicial, Eventualidade, Prejuízo. Inadequação, Mandado de Segurança MS" (STJ – Quarta Região, AMS 67508, Proc.: 200070080007742/RS. Terceira Turma, data da decisão: 27/11/2001. Doc.: TRF400082894. DJU, p. 596; Rel. Juíza Tais Schilling. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso).

Por outro lado, Carlos Ary Sundfeld<sup>129</sup> dita que sendo o ato administrativo válido, perfeito e eficaz, torna-se ele irretratável, desde que mantidas as condições que o produziram ou se os motivos alegados para retirar uma autorização já eram conhecidos quando concedida esta. Se o *ato* for válido, terá alcançado a finalidade pública. A revogação que dispõe contrariamente a esse *ato* não pode atender a mesma finalidade. Tal revogação, portanto, atentaria contra o interesse público.<sup>130</sup>

Renato Alessi<sup>131</sup> entende que a *revogação* não constitui forma de extinção do ato administrativo, já que não visa à eliminação do *ato* em si, mas tão somente dos efeitos por ele produzidos. Para Daniele Coutinho Talamini<sup>132</sup> o que se revoga é o *ato*, e não seus efeitos.

O *modus procedendi* da Administração em face ao administrado mudou consideravelmente depois da superação do Estado Autocrático por um Estado de Direito. A experiência histórica ensinou que uma larga margem de poder autônomo, limitado unicamente pelos critérios da justiça do detentor, favorecia antes o esmagamento e impotência do subordinado em face da vontade egoísta do mandante, do que o atendimento desinteressado do pleito justo do cidadão. Para o homem comum, é preferível um órgão administrativo de que se conheça mais ou menos antecipadamente a atuação, com base em um critério objetivo, que não desça à equidade de cada caso concreto, do que um poderio ilimitado e pleno de surpresa e insegurança, que ora se sensibiliza com o direito de uns, ora despreza o direito de outros, isso muito mais do que aquilo.

As ideias liberais partiram do fundamento de que é melhor um Estado menos imponente, supostamente de todos e de ninguém, do que um Estado de um só ou de um grupo e de ninguém mais. Surgiu aí a teoria de um aparelho de poder controlado pelos próprios destinatários de seus comandos, consubstanciados na lei como presumível emanção do querer coletivo, gerada na realidade por uma assembleia dos mais diversos e fragmentários estratos sociais, nem sempre representativos dos anseios do grupo. Com efeito, um Estado manietado pela ficção invertebrada da lei perde a liberdade de fazer justiça em um caso especial. Mas os administrados

ganham a segurança de que nenhuma injustiça será praticada a não ser que prevista em lei. Um Executivo servo da mediocridade do legislador acarreta, na média, bem menores malefícios do que a magnanimidade de um rei todo-poderoso, sujeita à volubilidade da natureza humana e não à voz de anjos do céu, muito longínqua para ser escutada na Terra.

Na espécie em comento, os princípios de atuação do administrador num Estado de Direito que o obriga a fazer o que está na lei e nada além dela impedem que ele revogue ato válido em atenção a interesse justo de particular, mesmo que a revogação não atinja o interesse público. Isso porque a Administração, no Estado de Direito, por prudência histórica, deve se ater à inércia, quando nenhum interesse público está em jogo. Motivo sólido de tanta precaução é evitar abrir qualquer margem de liberdade para que o detentor da competência fique estimulado a proteger tantos interesses particulares, deixando de lado os interesses públicos. Ou pior: que passe a confundir os seus interesses particulares, as suas metas individuais de justiça, ou de seus apaniguados, com os da sociedade inteira, favorecendo aqueles em detrimento destes. Conclui-se que é melhor preservar o rigor igualitário da lei em todas as situações, inobstante a injustiça perpetrada isoladamente, do que afrouxar os mecanismos legais devotados a afastar a injustiça constante que adviria de um poder amplamente discricionário, incitador do arbítrio do agente usuário.

Acresce que, sendo incabível anular-se ato plenamente válido e eficaz, a revogação, única figura que sobra para desfazer atos administrativos, não seria capaz de satisfazer aos reclamos do particular, posto que sua eficácia seria *ex nunc*, não retroagindo à época da averbação para, como em passe de mágica, fazer de conta que os anos excedentes do prazo mínimo de aposentadoria não foram empregados na formação e concessão do ato de afastamento do servidor.

Assim preleciona Seabra Fagundes:<sup>133</sup>

A revogação opera da data em diante (*ex nunc*). Os efeitos que a precederam, esses permanecem de pé. O ato revogado, havendo revestido todos os requisitos legais, nada justificaria negar-lhe efeitos operados ao tempo de sua vigência.

<sup>129</sup> SUNDFELD, *op. cit.*, p. 132 e ss.

<sup>130</sup> Disciplinando igualmente a espécie, Manuel Maria Diez, preconiza: "A mudança no estado material das coisas justifica a revogação do *ato* apenas quando se produz mutação na valoração concreta do interesse público que se fazia no momento do *ato*. A divergência superveniente será juridicamente relevante em função exclusiva do interesse público. A simples alteração do estado de fato, imperante no momento de editar-se o *ato*, não tem influência de espécie alguma se não se modifica a avaliação do interesse público" (*El Acto Administrativo*, 2000, p. 242-43).

<sup>131</sup> ALESSI *apud* TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

<sup>132</sup> TALAMINI, *ibidem*, p. 144.

<sup>133</sup> FAGUNDES, Seabra *apud* MEIRELLES, *op. cit.*, p. 195.

Procedendo a um parâmetro entre o texto acima reproduzido e a matéria em baila, temos que o ato de averbação, além de ser um ato meramente preparatório de um provimento já emanado (concessão da aposentadoria ao servidor), teve seus efeitos extintos pela aposentação definitivamente deferida. A partir deste momento, o instrumento, ao atingir sua finalidade, esgotou toda e qualquer potencialidade de atuação, integrando, sem volta, o ato principal da aposentadoria e perdendo o caráter subsidiário que tinha de simples averbação.

Conclui-se, pois, que a Administração, no exercício da supremacia inerente às entidades de direito público, goza de prerrogativa de emanar atos que criam, modificam, declaram ou extinguem direitos em face do Poder Público e da coletividade. Tais atos nascem com presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, podendo a Administração anulá-los por vício de legalidade e revogá-los por vício de conveniência, podendo o interessado provocar tal desfazimento, a ele cabendo o ônus da prova.

Cabe ressaltar, também, que o administrado tem o direito de conhecer as razões pelas quais a Administração extinguiu um ato administrativo válido. Assim, de nada adianta o agente afirmar simplesmente que revoga o ato por motivos de inconveniência e inoportunidade sem demonstrar por que razão os efeitos do ato são assim considerados.

Ora, as decisões devem ser motivadas. A própria legislação brasileira reconhece o dever de motivar certos atos administrativos. De acordo com o art. 50, VIII, da Lei nº 9.784/1999, o ato que importe anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo deve ser motivado com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos.

É por meio da motivação que se pode averiguar se o ato de revogação foi o ato adequado àquela situação de fato diante da qual se encontrava o administrador.

Quanto à questão da irrevogabilidade, podemos dizer que os atos administrativos estão implicitamente ou explicitamente previstos em lei. Assim, pode-se afirmar que são irrevogáveis os atos que a lei o determine.<sup>134</sup>

No que concerne aos efeitos dos atos revogados, pode-se dizer que a sua principal característica é a produção de efeitos não retroativos, *ex nunc*. Cabe ressaltar que esta é uma das principais diferenças entre a revogação frente à invalidação, que produz efeitos retroativos.

Não é sem motivo que o ato de revogação tem por característica a preservação dos efeitos produzidos pelo ato, visando somente à eliminação dos efeitos futuros. É que o ato revogado é considerado um ato válido, que se dá pela *conveniência e oportunidade* administrativa; logo, o efeito *ex nunc* é decorrência lógica da função e da natureza jurídica do ato administrativo.

A partir dessas considerações sobre o efeito do ato administrativo, podemos dizer que o ato revogado possui caráter constitutivo. Percebe-se um consenso na doutrina nacional e na estrangeira no que toca a essa característica.

O caráter constitutivo de um ato jurídico significa sua aptidão para criar, modificar, ou extinguir relações ou situações jurídicas. Distingue-se do *ato* que tem caráter declaratório e que visa ao reconhecimento de uma situação ou relação jurídica.

Discute-se a respeito da possibilidade de um ato de revogação ter por objeto outro ato de revogação. Alguns autores, já partindo da premissa de que é possível revogar um ato revogador, discutem apenas acerca da repriminção, isto é, da restauração à situação anterior.

Diógenes Gasparini defende a irrevogabilidade do ato de revogação, por se tratar de ato consumado que deixou de existir.

Por fim, quanto ao *conteúdo* e à *forma*, a doutrina diz que o conteúdo do ato de revogação é a extinção da relação jurídica criada pelo ato revogado. A forma do revogador normalmente é a mesma exigida pelo ato primário. Sujeito da revogação é o agente que detém a competência para apreciar a conveniência dos efeitos produzidos pelo *ato*: pode ser o próprio agente que o praticou ou seu superior hierárquico.

A *finalidade* é a supressão de efeitos contrários ao interesse público, e o *motivo* é inconveniência e inoportunidade desses efeitos.

Feitas essas considerações preliminares, importa saber quem pode revogar dentro da Administração Pública direta e indireta. Aqui, como em tudo que diz respeito à Administração, devem ser observadas as regras legais pertinentes à competência e à hierarquia. Assim, pois, a competência revogatória cabe à autoridade indicada em lei. Se esta nada dispuser, presume-se que tal competência reverte-se à própria autoridade que editou o ato, ou àquela que lhe é superior, e que tem, portanto, competência revisora, fundamentada no princípio da hierarquia.

<sup>134</sup> São irrevogáveis, por exemplo, por expressa previsão legal, os atos que geram direitos adquiridos (art. 53, da Lei nº 9.784/1999).

Deve-se destacar que a prerrogativa da revogação é inerente à própria dinâmica das atividades administrativas. Trata-se de uma competência reclamada pela exigência premente de contínua busca de realização do interesse público, que deve motivar toda a Administração Pública.

Por essa razão, assim como se fala de um dever de anulação dos atos administrativos ilegais, pode-se também falar, em nome das exigências dos múltiplos interesses públicos cambiantes, de um dever de revogar. Nesse sentido, não há qualquer contradição entre a competência discricionária de revogar e o dever de fazê-lo sempre que o interesse público o reclamar.

Para arrematar, é importante frisar que, apesar de todo ato administrativo, em princípio, possa ser revogado, essa faculdade da Administração tem seus limites e restrições, pois, se o ato revogado atingir direito adquirido de alguém, o titular desse direito deverá ser indenizado. Exemplo para isso é a licença, já concedida, para construir, que se trata de ato irrevogável, mas o STF entende que pode haver a revogação com a devida indenização,<sup>135</sup> que Hely Lopes denomina desapropriação do direito de construir e Diogo Figueiredo chama de Cassação Expropriatória.

#### 17.8. Atos administrativos que não podem ser revogados

- *Os atos que já exauriram os seus efeitos.* Como exemplo, houve o deferimento de férias, mas estas já foram gozadas. Como se procede para revogá-las?
- Na segunda hipótese o que não pode ser revogado é o *ato vinculado*. Apenas o ato que vem a ser discricionário é que poderá ser revogado, porque se a revogação é justamente uma avaliação da conveniência e oportunidade, que se modificou, e se no ato vinculado não há essa valoração porque está atrelado aos requisitos legais, não se pode revogar um ato vinculado, sob pena de descumprimento da lei. Logo, se a própria Constituição afirma que quem tem 70 anos é aposentado compulsoriamente, a Administração não pode aposentar e, posteriormente, revogar o ato.

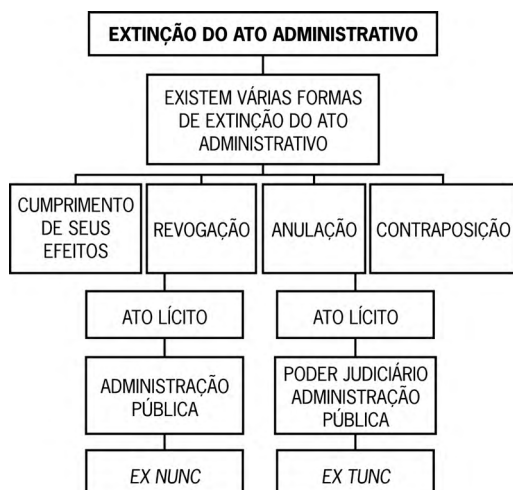
- A terceira hipótese de ato, que é insuscetível de revogação, é a hipótese dos *atos que geraram direitos adquiridos*. Se o ato administrativo já permitiu que um determinado direito fosse incorporado ao patrimônio de uma determinada pessoa, não há mais que falar em revogação do ato. Por exemplo, a nomeação de um servidor é um ato discricionário.

Mas, uma vez praticado, gera direito adquirido a tomar posse e entrar em exercício, não podendo ser mais revogado. Há como anulá-lo? Há, em função da primeira parte da Súmula nº 473, do STF, ou seja, a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.

- A quarta hipótese de ato que não pode ser revogado são os *atos anteriores em um procedimento administrativo* (coisa julgada administrativamente). Seriam os atos anteriores em relação aos posteriores porque já houve preclusão em relação a ele. Por exemplo, em uma licitação, se já houve a adjudicação, há impossibilidade de revogá-la. Se um outro ato já foi praticado dentro daquele procedimento.
- A doutrina costuma também falar a respeito dos *meros atos administrativos* que não podem ser revogados. Os exemplos que surgem são: certidões, atestados etc. Se a Administração atestou um determinado fato, não há margem para a revogação por ser mero reconhecimento de um fato.
- Se já houve *interposição de recurso*, seria exemplo de ato insuscetível de revogação, pois a autoridade competente para decidir sobre a matéria é a superior. Há quem entenda que a interposição de recurso não poderia retirar daquela autoridade, que decidiu, o poder de fazer uma nova avaliação dos fatos que lhe foram apresentados. E o que acontece com o recurso? O recurso fica prejudicado.

<sup>135</sup> Em sentido contrário: "Licença para Construir. Revogação. Obra Não Iniciada. Antes de iniciada a obra, a licença para construir pode ser revogada por conveniência da Administração Pública, sem que valha o argumento de direito adquirido. Precedentes do Supremo Tribunal." (RE nº 105.634 – Segunda Turma do STF; Rel. Min. Francisco Rezek, 1904. In: *RDA* nº 162, p.215).

Esquema:



### 17.9. Quanto à Administração, existe coisa julgada administrativa? Ela pode alterar administrativamente em seu próprio benefício?

Em regra, não. Agora, pode haver casos de legalidade tão graves que o *princípio do respeito à coisa julgada administrativa* pode ser ponderado com o *princípio da legalidade*.

Se a Administração demite alguém por evidente perseguição política, e o servidor recorreu a todas as instâncias administrativas, sendo mantida a posição, haverá coisa julgada administrativa. Depois, sob a análise de um administrador mais sensato, poderá este outro anular o ato.

São estes os quatro limites à revogação do ato administrativo.

### 17.10. De que forma a Administração revogará ato vinculado, se a revogação incide apenas para ato discricionário?

A revogação é sempre de ato discricionário, mas nem todo ato discricionário é revogável, porque o ato discricionário pode ter gerado coisa julgada administrativa, direito adquirido e até mesmo consumado o direito adquirido.

Essa regra se mantém, não é alterada pela revogação de licença, que é um ato vinculado. Isso porque, na verdade, essa revogação não é revogação, mas sim uma desapropriação indireta. A desapropriação, a rigor, tem que seguir um procedimento. Nesse caso específico apenas se expediu a revogação. Tanto assim o é que é chamado de *revogação expropriatória*.

Se a Administração quiser tirar o direito de alguém ela legitimamente tem de desapropriar o direito legítimo da pessoa. Ocorre que, no Direito Administrativo, há certa patologia, já que esse instituto jurídico virou uma ilegalidade da Administração, que é o esbulho administrativo.

Então, se a Administração, em vez de fazer um decreto expropriatório, entrar no terreno e começar a construir, ter-se-á, na verdade, uma invasão possessória. Ou ainda, em vez de desapropriar o direito de construir, se ela revogar, essa revogação equivaleria a entrar no terreno do particular sem desapropriação. Seria uma revogação que equivaleria a uma desapropriação indireta. Materialmente, não seria revogação, teria apenas o nome de revogação.

Observe-se que a revogação é discricionária e só pode acontecer quando não tem direito adquirido, pois ela não altera o direito de ninguém. Assim sendo, nunca é indenizável. Se ela for indenizável, na verdade, não será revogação.

No caso da revogação expropriatória, dar-se-á ensejo à indenização pela desapropriação indireta sofrida.

A anulação nunca se dará por motivo de discricionariedade, mas sempre por questões de vício de legalidade. Assim sendo, pode ser feita de ofício pela própria Administração ou solicitada ao Poder Judiciário.

A mera mudança de interpretação das normas jurídicas, da lei, pela Administração, não pode levar à anulação.

Quanto aos *efeitos*, ressalvadas as ponderações mencionadas, estes serão *retroativos*.

O prazo para anular, pelo Poder Judiciário, é de cinco anos. No que pertine ao prazo para anular pela Administração Pública, há controvérsias.

Há quem diga que este prazo não existe, porque é o princípio da legalidade que está em jogo. Hoje, alguns doutrinadores afirmam que o prazo é dez anos, que é o prazo geral de uma ação pessoal, de acordo com o atual Código Civil. E ainda há uma terceira corrente que perfilha o prazo de cinco anos, por analogia ao prazo para anular judicialmente.

Essa discussão ainda perdura no meio doutrinário, sendo que não mais se estende à União, posto que a lei do processo administrativo federal estabeleceu o prazo de cinco anos.

Na doutrina amplamente majoritária, o prazo é considerado o de cinco anos.

### 17.11. Revogação e indenização

Ato nulo não gera direitos, não produz efeitos, ou seja, há possibilidade de retroagir no ato nulo e desconstituir aqueles efeitos.

Cabe ou não indenização referente a atos nulos? Pode-se responder com fundamento no art. 59, da Lei nº 8.666/1993, embora este disponha sobre a regra de anulação de contrato, mas que é a mesma para anulação do ato.<sup>136</sup>

<sup>136</sup> O art. 59 da Lei nº 8.666/1993, parágrafo único, assim reza: A nulidade não exonera a administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ele for declarado e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

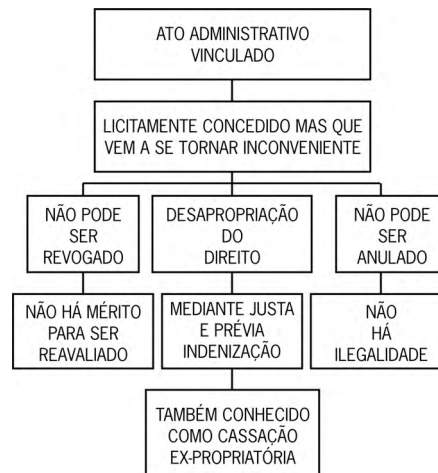
Como se depreende, a regra é que a anulação só gera indenização para os prejudicados que não deram causa à ilegalidade. Protege apenas os prejudicados de boa-fé. Se o administrado é de boa-fé, e sempre há comprovação de prejuízos, jamais poderia ser prejudicado pelas torpezas dos outros, tendo direito adquirido ao usufruir daqueles efeitos.<sup>137</sup>

O STF já decidiu que, quando forem afetados interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada.<sup>138</sup>

Não cabe indenização em face de revogação, mas somente se for condicionado um prazo determinado. Por exemplo: autorização para fechar uma rua por uma semana. Com a inserção de prazo, o ato deixa de ser precário, passando a gerar estabilidade. E se a Administração Pública resolver revogar antes? Nesse caso, cabe indenização, mas desde que se comprove prejuízo (já se investiu na compra de produtos para serem vendidos no

evento, hipoteticamente). Observe-se que a indenização não se justifica automaticamente pela incidência de prazo, visto que se deve atentar, da mesma forma, para os pressupostos: boa-fé e comprovação dos prejuízos.

#### Esquema:



<sup>137</sup> Válida a observação de Lucas Rocha Furtado, *op. cit.*, p.296: A regra contida no art. 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993. ("A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.") Deve ser interpretada com alguma cautela. Não se deve entender que a Administração não tem o dever de pagar pelo que foi efetivamente executado, ainda que o vício que resultou na anulação da avença seja imputável ao contratado. Deve-se entender apenas que o contrato não deve mais ser o parâmetro para o pagamento e que, quaisquer vantagens que beneficiariam o contratado, como a sua margem de lucro (ou BDI – Benefícios e Despesas Indiretas), contidas no contrato não devem ser pagas. Nessa hipótese, deve a Administração verificar o valor do custo efetivamente realizado e pagar à contratada, não a título de execução do contrato, que já foi anulado, mas como indenização por despesas realizadas.

<sup>138</sup> RE nº 158.543-9/RS; Segunda Turma; Rel. Min. Marco Aurélio.

## Capítulo 4

---

### Licitações e contratos administrativos

#### Licitações

##### 1. Generalidades

Sabemos que a Administração Pública, por suas entidades estatais, autárquicas e paraestatais realiza obras e serviços, faz compras, alienações e locação de bens e, como qualquer pessoa que pretende fazer algum negócio, notadamente procura a melhor proposta para concretizar tais tarefas.

Porém, ao contrário do particular e das entidades privadas, que são dotadas de grande liberdade no que tange à aquisição, alienação e locação de bens ou à contratação e execução de obras ou serviços, bastando cumprir as regras impostas pelo Direito Civil, Comercial e Tributário, a Administração Pública é obrigada a se utilizar de um procedimento preliminar, hodiernamente chamado de *licitação*, que nada mais é do que uma das formalidades que antecedem à elaboração de um contrato administrativo para tais objetivos, em conformidade da lei.

A diferença de conduta exigida entre um ente da Administração Pública e um ente privado é bem clara se observarmos o princípio da legalidade, que estabelece o império da lei, e que está consubstanciado no inciso II do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algu-

ma coisa senão em virtude de lei”. Isso quer dizer que somente poderá ser feito o que a lei autoriza, submissão que não só atinge as regras do Direito Positivo que foram emanadas do processo legislativo, mas que também alcança as próprias regras e normas editadas pela Administração, desde que se dirijam ao fim de proteger e assegurar o interesse público.<sup>1</sup>

Porém, se tal preceito constitucional permite ao indivíduo qualquer ação desde que não contrária à lei, em se tratando de Administração Pública, o sentido é oposto, ou seja, é-lhe vedada qualquer ação sem o devido calço legal, sob pena de anulação.

Assim sendo, para realizar uma obra, um serviço, uma compra ou uma alienação, sempre visando ao interesse público, repisa-se, a Administração Pública *é obrigada* a realizar licitação, um instrumento básico pelo qual ela seleciona a proposta mais vantajosa, evitando o desperdício nos gastos públicos, atendendo, dessa forma, ao princípio da economicidade. Importante é destacar que o único motivo que justifica a instauração desse procedimento é aquele que configura uma necessidade pública, e somente esta é o suporte fático juridicamente sustentável de toda a licitação.

De fato, desde as primeiras fases da história legislativa brasileira,<sup>2</sup> o procedimento licitatório foi ligado à ideia de *concorrência*, tanto que o primeiro ato normativo a tratar do instituto, o Decreto nº 4.536, de 28/01/1922, que organizou o Código de Contabilidade Pública da União, usava tal expressão nos arts. 49 a 52, sendo seguido pelo Decreto nº 15.783, de 8/11/1922 (arts. 244 a 245; 738 a 802), que regulamentou aquele código, ambos tratando concorrência como sinônimo de licitação,<sup>3</sup> e não como uma de suas modalidades, conforme veremos mais adiante.

Ao longo do tempo, porém, a taxionomia do prévio procedimento público seletivo para a realização de obras

---

<sup>1</sup> Sobre a distinção entre a conduta da Administração Pública e do particular, o professor Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8) ensina que: “De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando* e *como* autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente). A esse princípio também se submete o agente público. Com efeito, o agente da Administração Pública está preso à lei, e qualquer desvio de sua competência pode invalidar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, *disciplinar, civil e criminalmente*. Esse princípio orientou o constituinte federal na elaboração do inciso II do art. 5º da Constituição da República que estatui: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Essa regra, todos sabem, se de um lado prestigia e resguarda o particular contra investidas arbitrárias da Administração Pública, de outro exige lei para os comportamentos estatais, pois quaisquer desses comportamentos, por mínimos que sejam, alcançam o particular.”

<sup>2</sup> Sobre a evolução histórica da legislação, vide MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Licitação e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

<sup>3</sup> Conforme lição do professor José Cretella Júnior (*Das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57), durante muito tempo, *concorrência* foi expressão sinônima de licitação até mesmo pelo fato daquele vocábulo, em sua acepção etimológica, ter o significado de “corrida simultânea para o mesmo lugar”.



e serviços, compras e alienações sofreu fundamentais inovações no Direito brasileiro, inclusive quando o legislador adotou, pela primeira vez, a expressão *licitação* no texto da Lei nº 4.401, de 10/09/1964, que fixou suas normas para serviços, obras e aquisição de materiais no serviço público da União, estabelecendo que a licitação seria feita por concorrência pública e concorrência administrativa.

Com a edição do Decreto-lei nº 200, de 25/02/1967, que classificou a Administração federal em direta e indireta, em razão da reforma administrativa, a licitação foi regulamentada no País, sendo estendida, em suas normas gerais (arts. 125 a 144), a título de padronização, a todas as unidades federativas. Concorrência, tomada de preços e convite passavam a ser considerados *modalidades de licitação*. Na hipótese de alienação, a modalidade admitida seria o leilão (art. 143) e, para a elaboração de projetos, o concurso (art. 144).

Ainda dispondo sobre a aplicação das normas do Decreto-lei nº 200/1967, a Lei nº 5.456, de 20/06/1968, permitiria aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios uma legislação supletiva para as licitações e contratos administrativos, desde que não contrariassem as normas gerais editadas naquele tal decreto-lei, notadamente no procedimento da licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 2.300, de 21/11/1986, viria a instituir o Estatuto Jurídico da Licitação e Contratos Administrativos, estabelecendo que as modalidades de licitação seriam a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão (art. 20), sendo oportuno lembrar que foi a Lei nº 10.520, de 17/08/2002 (antecedida de inúmeras medidas provisórias reeditadas), que acrescentou o pregão como nova modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços no âmbito da União.

No que tange à cronologia, há de se realçar que o legislador constituinte de 1988, diante da omissão do texto anterior, dispensou ao tema dois importantes dispositivos: o art. 22, XXVII, e o art. 37, XXI. O primeiro, dando à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as suas modalidades (assunto a ser abordado mais adiante); e o segundo, enunciando, além do princípio

da obrigatoriedade da licitação para todas as administrações públicas, fora os casos expressos em lei, o princípio da isonomia.

Somente em 1993, no entanto, foi que o art. 37, XXI, da CF/1988, seria regulamentado pela Lei nº 8.666 (posteriormente alterada pelas Leis nºs 8.883, de 8/06/1994, e 9.648, de 27/05/1998), Estatuto que se tornou fonte primária disciplinadora das licitações para a contratação de obras, serviços (inclusive de publicidade), compras, alienações e locações, cujos dispositivos, por prerrogativa da competência constitucional da União (art. 22, XXVII), vigem até hoje, unificando as normas licitatórias, que são aplicadas a toda a Federação, ou seja, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Vistas essas generalidades, passamos aos aspectos doutrinários da matéria, já de antemão ressaltando que, pela dinâmica que envolve o assunto, há de se ter extremo cuidado em lidar com o tema, em razão das constantes revogações e alterações a ele impostas, sobretudo porque o instituto jurídico da licitação foi elevado ao plano constitucional.

## 2. Conceitos, finalidades e objetos da licitação

O instituto da licitação não foi objeto de definição didática pela legislação, respeitando o legislador a ideia de que tal tarefa compete à doutrina. Esta, por sua vez, não é muito diversificada no mister de resumir, em uma única sentença, a ideia geral do conceito de licitação, até porque, quando fala desse instituto, inevitavelmente remete-se à interpretação dos ditames da lei que a regula.

Dessa forma, para ilustrar as noções sobre licitação, vale citar as definições e conceitos esposados por alguns administrativistas consagrados, a começar pelo saudoso professor Hely Lopes Meirelles que, em obra específica sobre o tema, definiu licitação como sendo “o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.<sup>4</sup>

E, ainda, o de Adilson de Abreu Dallari, que considera o procedimento licitatório administrativo, unilateral, discricionário, destinado à seleção de um contratante com a Administração Pública para a aquisição ou alienação de bens e prestação de serviços e a execução de obras.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 23. Guardando estreita similitude com o conceito deste mestre, diz Enrique Sayagués Laso, citado por José Roberto Dromi (*La licitación pública*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1975, p. 121), ao fazer uma análise jurídica da licitação: “Técnicamente, la licitación publica es un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.”

<sup>5</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Juriscredi, 1973, p. 139.

Sobre essa definição, em particular, a professora Lúcia Valle Figueiredo diverge do ilustre autor supracitado, quando este classifica o procedimento licitatório de “discrecionário”, uma vez que a doutrina majoritária considera o *procedimento vinculado*, oferecendo seu próprio conceito, qual seja:

Licitação é o procedimento formal nominado cuja finalidade é selecionar o melhor contratante para a Administração, contratante, este, que lhe deverá prestar serviços, construir-lhe obras, fornecer-lhe ou adquirir-lhe bens.<sup>6</sup>

A bem da verdade, a transcrição dessas definições não tem a intenção de polemizar, mas sim o objetivo de proporcionar a possibilidade de comparar as diversas visões que cada doutrinador tem do instituto em análise e, a partir daí, extrairmos conclusões mais maduras acerca das características que permeiam o procedimento, as quais passamos a expor.

A primeira característica a ser destacada, por exemplo, é o fato de que, de maneira geral, quase todos os doutrinadores iniciam a definição dizendo que a licitação é um *procedimento administrativo*, já que se compõe de uma série ordenada de atos jurídicos (atos administrativos concatenados), os quais são praticados com o propósito de se alcançar um determinado resultado. E é isso, justamente, o que caracteriza o procedimento, de modo que os atos administrativos que o compõem, uma vez praticados, não são mais objeto de análise – salvo se houver necessidade de ser anulado, em razão de vício de ilegalidade. Isso porque cada fase do processo licitatório, como veremos, culmina com uma decisão, submetendo-se, dessa forma, ao crivo de controle, tanto administrativo quanto de órgãos externos. Em última análise, o procedimento representa uma série de atos ligados entre si, com antecedentes e consequentes, limitando a discricção da autoridade que pretende contratar o negócio jurídico. Aplica-se, assim, o princípio da preclusão, ou seja, aquilo que foi objeto de decisão em fase anterior não mais é questionado; não há retorno do procedimento a estágio anterior, abrindo-se, sucessivamente, oportunidade para a prática dos atos seguintes, assim até se chegar à decisão final.

Ainda no que se refere a essa primeira característica, devemos observar que alguns autores tratam de adjetivar esse procedimento administrativo mencionando que ele é *vinculado e formal*. Essa vinculação, entretanto,

deve ser entendida em seus devidos termos, posto que, embora a Administração Pública não possa criar regras não previstas no edital, estabelecer convenções ou fixar normas inéditas, reduzindo a liberdade de escolha do administrador no procedimento licitatório, fazendo com que, por regra, o resultado final não decorra de critérios subjetivos, a autoridade administrativa goza de algum grau de discricionariedade no momento de definir, por exemplo, o *objeto* da contratação, que pode ser uma *aquisição*, uma *alienação* ou *alocação de bens*, a *realização de obras ou serviços públicos*, os quais serão produzidos por particular por intermédio de contratação formal, outorga de concessões ou permissões.

Para melhor exemplificar, imaginemos que a Administração Pública de um Município recém-criado esteja instalando a sua secretaria de Fazenda num determinado prédio e, por isso, tenha que comprar todo o mobiliário necessário ao desempenho de suas respectivas funções. Então, a pergunta que se faz aqui é a seguinte: que móveis serão adquiridos pelo Município? Será que a lei especifica qual a cor, o grau de luxo e demais características dos móveis a serem adquiridos? É claro que não.

O que não se pode negar, todavia, é o fato de que o administrador terá alguma parcela de discricionariedade em alguns momentos desse procedimento administrativo, quando, por exemplo, a Administração necessita de mesas para desenhistas, para a realização de projetos, desenhos especiais, exigindo determinados detalhes para esse mobiliário, como tampo com superfície perfeitamente aplainada e lisa, distância determinada entre o tampo e o chão, reforço em algum ponto da mesa etc., características que se tornam relevantes à finalidade, à destinação que essas mesas vão cumprir, mas que terão que ser definidas no edital, daí talvez a razão de o professor Adilson Abreu Dallari, em sua concepção, adjetivar a licitação como um procedimento administrativo “discrecionário”.

Por essas e outras razões, uma parcela de estudiosos se inclina pelo caráter discrecionário da licitação, até porque a Administração, ao findar a competição das propostas e seleção da melhor oferta, não se obriga a contratar. De outra parte, sendo um procedimento administrativo obrigatório, tem a sua trajetória ditada por regras rígidas, que excluem totalmente a discricionariedade.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 440.

<sup>7</sup> A respeito, explica Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26) que, embora seja a licitação um procedimento vinculado e formal, ela é apenas “um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas uma expectativa de direito. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor”. No contexto positivo brasileiro, no entanto, a questão está resolvida: licitação é regra, e não exceção.

A lei, naturalmente, impõe restrições a essa discricionariedade, estabelecendo regras que não poderão ser olvidadas pela Comissão de Licitação, tanto assim que o art. 41 da Lei nº 8.666/1993 é claro ao estabelecer que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”, cabendo ao administrador, portanto, observá-las rigorosamente. No entanto, tal dispositivo não chega a anular completamente a liberdade da Administração para definir alguns pontos em que existem alternativas.

No que se refere ao formalismo,<sup>8</sup> também característica do procedimento licitatório, a doutrina destaca que não significa que a licitação deva ser exageradamente apegada a formas, muitas vezes inúteis, fixadas na lei ou no edital. A finalidade de tais regras relativas a *formas* é garantir uma previsibilidade do procedimento a ser adotado, livrando os licitantes de surpresas que venham a ser apresentadas para favorecer ou prejudicar este ou aquele concorrente, frustrando, assim, os objetivos últimos da licitação.<sup>9</sup> Em última análise, na fase de habilitação, aplica-se o princípio da razoabilidade, também chamado de princípio da proibição de excessos, que veda as restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração, com lesão aos direitos fundamentais. Seu verdadeiro sentido é de que a proporcionalidade deverá pautar a extensão e intensidade dos atos praticados levando em conta o fim a ser atingido. Não visa, portanto, o emprego da letra fria da lei, e sim sua proporcionalidade com os fatos concretos, devendo o aplicador da norma usá-la de modo sensato, com vistas à situação específica de cada caso.<sup>10</sup>

Por outro lado, isso não significa dizer que a forma seja dispensável, fazendo-se da razoabilidade um instru-

mento de substituição da vontade da lei, assim alertando o professor Jessé Torres Pereira Júnior:

O cumprimento exato do procedimento previsto na lei, no regulamento e no edital é dever da Administração (também por força do princípio da igualdade), ao qual corresponde o direito público subjetivo dos licitantes de exigirem que ela assim se conduza.<sup>11</sup>

Tal conclusão, aliás, é extraível do texto expresso no art. 4º da Lei nº 8.666/1993, senão, vejamos:

*Art. 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.*

*Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.*

A propósito, importante é observar que a licitação é *um procedimento*, e não um ato, conforme estabeleceu o legislador, assim asseverando o professor Carlos Pinto Coelho Motta que:

[...] o art. 4º deve ser examinado juntamente com os arts. 38, 41 e 43. Aqui também se consagra a ideia da licitação como um procedimento: nesse sentido, não deverá vagar ao sabor das decisões aleatórias dos membros da Comissão de Julgamento, dos dirigentes ou do ordenador de despesa. Existe um processo formal, com início, meio e fim, regulado por lei que deve ser rigorosamente seguido em nome da probidade administrativa.<sup>12</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de analisar questões relativas a esse tema e, declaradamente, adotou o entendimento de que se aplica, no

<sup>8</sup> Conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (*Licitação... op. cit.*, p. 26), não confundir *formalismo*, “que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias”, com o procedimento formal, princípio cardeal das licitações, que impõe a vinculação da licitação “às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Não só a lei, mas o regulamento, as instruções complementares e o edital pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração e os licitantes a todas as suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento”. Neste sentido, cita o professor Diógenes Gasparini (*op. cit.*, p. 428) que o Tribunal de Contas da União assim deixou gravado, no processo nº 6.029/95-7: “Na fase de habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo atendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração” (*In: Boletim de Licitações e Contratos* nº 7, 1996, p. 346).

<sup>9</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu: “Em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo.”

<sup>10</sup> Segundo entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39) “eventualmente, poderá ser invocado o princípio da razoabilidade para relevar pequenas irregularidades, que em nada impedem a Comissão de Licitação de avaliar o preenchimento dos requisitos para a habilitação ou classificação”.

<sup>11</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 75.

<sup>12</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 86.

âmbito das licitações, o *princípio da instrumentalidade das formas*. Num dos casos, entendeu aquela Corte que o simples defeito na qualificação da empresa, contida em certidão apresentada na fase de habilitação, não é suficiente para a sua exclusão do certame, se isso não prejudicar, em nada, a identificação da licitante.

Num outro caso, ficou estabelecido que o valor da proposta grafado apenas em algarismos, sem a repetição por extenso, é mera irregularidade que não a prejudica, não podendo, por isso, ser a empresa concorrente desclassificada.<sup>13</sup>

A *ratio legis* que obriga os participantes a oferecerem propostas claras é tão somente a propiciar o entendimento à Administração e aos administrados. Se o valor da proposta, na hipótese, for perfeitamente compreendido, em sua inteireza, pela Comissão Especial (que se presume de alto nível intelectual e técnico), a ponto de, ao primeiro exame, classificar o consórcio, a ausência de consignação da quantia por extenso constitui mera imperfeição, balda que não influenciou na decisão do órgão julgador (Comissão Especial) que teve a ideia e percepção precisa e indiscutível do *quantum* oferecido.

Assim posto, as exigências da lei ou do ato convocatório devem ser interpretadas como instrumentais, advertindo o professor Adilson Abreu Dallari que:

Existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes.<sup>14</sup>

A solução, pois, está no equilíbrio e na inteligência com que se interpretam as cláusulas editalícias ou legais relativas à forma que deve ser seguida no certame. Cumpri-la é importante, muito embora nem sempre seja essencial. O que não se pode perder de vista, no entanto, é que o procedimento administrativo da licitação é sempre um procedimento formal, sobretudo porque precede contratações que implicarão dispêndio de recursos públicos.

Prosperando na análise das definições antes transcritas, é de se ver constante, também, a menção dos contratos da Administração na conceituação da licitação. E isso por uma razão muito simples: a licitação é o *meio* adequado para o alcance de um determinado *fim*, que é a celebração de um *contrato* com aquele que apresentar a melhor proposta e, por isso, sair vencedor no certame. Nos dizeres do professor Hely Lopes Meirelles, “licitação e contrato administrativo são, pois, temas conexos, porque este depende daquela. Toda licitação conduz a um contrato”.<sup>15</sup>

Consequência dessa constatação é que todo o procedimento licitatório, bem como as regras que o disciplinam, devem ser entendidos como instrumentos necessários a se conseguir uma boa contratação. Daí falar-se que a licitação é o procedimento administrativo utilizado pela Administração Pública para que esta possa *selecionar a melhor proposta*, a que mais vantagens traz ao Estado, sendo esta, na verdade, a *finalidade*, a *causa final do procedimento licitatório*, do ponto de vista do Estado. É para isso que existe o instituto da licitação.

No entanto, há também um objetivo relativo ao particular que pretende participar da licitação, que não é outro se não o de *propiciar igualdade de condições*, igualdade de oportunidades aos que desejarem transacionar com o Poder Público, com base na competição,<sup>16</sup> dentro de padrões preestabelecidos pela Administração, como assim prevê o art. 3º, primeira parte, da Lei

<sup>13</sup> Veja-se, ainda, no acórdão do STJ (Primeira Seção; Rel. Min. Francisco Falcão, MS 5.866/DF): “Administrativo. Licitação. Proposta Técnica. Desclassificação de Concorrente por não Ter o seu Dirigente Posto sua Assinatura no Espaço Destinado a Tanto, mas em Outro, sem Prejuízo da Proposta. Legalidade.

– A desclassificação de licitante, unicamente pela aposição de assinatura em local diverso do determinado no edital licitatório, caracteriza-se como excesso de rigor formal, viabilizando a concessão do *mandamus*.

– A desclassificação do impetrante, por aposição de assinatura em local diverso do determinado na norma editalícia levaria a um prejuízo do caráter competitivo do certame.

– Concessão do mandado de segurança.”

<sup>14</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116.

<sup>15</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 22.

<sup>16</sup> A respeito, cita o professor Edmir Netto de Araújo (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 486-87), seguindo os estudos de Antonio Augusto Queiroz Telles, que, desde a Idade Média, na Europa ocidental, usava-se “o sistema de ‘vela e pregão’, no qual os construtores faziam suas propostas enquanto ardia uma vela, adjudicando-se ao melhor preço quando esta se apagava”.

nº 8.666/1993: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração [...]”

Assim concebido, podemos dizer que dupla é a finalidade da realização da licitação, igualmente relevantes: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e propiciar a igualdade de oportunidades a todos os interessados na participação de negócios com o Poder Público.

A igualdade de condições, aliás, encontra apoio principalmente nos Estados em que o princípio republicano vigora com mais força, embora não signifique que nos Estados monárquicos o princípio da isonomia não impere. Isso porque, até nas monarquias modernas, o princípio republicano tem tido seu lugar garantido.

Nos Estados em que o princípio republicano impera não se admitem os privilégios injustificados, próprios das monarquias absolutistas que existiram antes do sucesso das revoluções burguesas do século XVIII.<sup>17</sup> Em decorrência, no âmbito das contratações feitas pelo Estado, não se admite que sejam selecionados, dentre a massa de interessados, aqueles que melhor relacionamento mantêm com os administradores. Daí a necessidade de estabelecer um procedimento capaz de garantir a igualdade entre os interessados em contratar com o Estado. O que apresentar as maiores vantagens – objetivamente avaliáveis – será o vencedor do certame.

Desse modo, no Direito Administrativo, a *natureza jurídica* da licitação é a de ser um procedimento administrativo com *fim seletivo, vinculado*, utilizado no sentido da alienação ou da aquisição de bens, da realização de serviços ou obras, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, dentro do melhor critério possível de eficiência e completa moralidade.

Retirando do administrador o arbítrio na seleção de fornecedores, a licitação enseja, ao mesmo tempo, a participação de todos os interessados, garantindo-lhes igualdade de condições na apresentação do negócio, impondo a escolha daquele que melhor proposta apre-

sentar, assim considerada num todo, em que congrega não apenas o melhor preço e condições gerais de venda, mas, igualmente, idoneidade técnica, financeira e moralidade dos licitantes, qualidades estas fiadoras da certeza de uma boa execução do contrato.

Adiantadas essas ideias conceituais, que permitem a apreensão de uma noção nuclear de licitação, convém passar ao exame a quem compete legislar sobre a matéria, antes de verificar os princípios que regem o instituto e, posteriormente, tecer análises quanto às minúcias do tema.

### 3. Competência legislativa – as normas gerais

Recapitulando, o instituto da licitação é regido pela Lei federal nº 8.666/1993 (e suas posteriores alterações), editada com o fito de regulamentar o inciso XXI do art. 37, da Constituição da República,<sup>18</sup> tendo como finalidade precípua selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública quando esta tiver como objeto mediato, atendendo aos interesses públicos, a obtenção de obra, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público a serem produzidos por particulares por intermédio de contratação formal. Assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes que do certame desejarem participar, desde que preencham todos os requisitos estabelecidos na Lei e no edital, a licitação é regra a ser cumprida em todas as administrações públicas, ressalvadas as hipóteses previstas na legislação.

Antes de apreciarmos a quem compete legislar sobre a matéria, cumpre-nos registrar alguns aspectos pertinentes, a começar pelo entendimento de alguns juristas que passaram a contestar, após a edição da Lei nº 8.666/1993, a competência da União para dispor sobre o assunto em relação aos Estados e Municípios, uma vez que cada unidade federativa possui suas peculiaridades. Tais estudiosos sinalizavam que a União a promulgou com a intenção de vincular *normas gerais* a todas as entidades federativas, que ficariam submetidas ao mesmo regime licitatório, não dando margem aos de-

<sup>17</sup> De acordo com as lições do professor Adriano Pillati (O princípio republicano na Constituição de 1988. In: *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 129), a República se caracteriza, dentre outros pontos, pela “afirmação radical de uma concepção igualitária de bem público, cujo titular e destinatário é o povo, compreendido como multidão de cidadãos livres, porque iguais em direitos (e não de súditos segregados com base em discriminações odiosas de linhagem, das quais decorrem privilégios transmissíveis por hereditariedade, e outras superstições do mesmo naipe)”.

<sup>18</sup> Quanto à edição desta lei, Hely Lopes MEIRELLES (*Direito... op. cit.*, p. 263) diz que, “embora diga regulamentar o art. 37, XXI, da CF, na verdade estabelece as *normas gerais* sobre licitações e contratos previstas no art. 22, XXVII, da mesma CF, aplicáveis à Administração direta, indireta e fundacional da União, Estados e Municípios. As empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica ficam sujeitas a uma legislação especial, nos termos da redação dada ao art. 173 pela EC nº 19/1998”.

mais entes da Federação para legislar sobre o tema, indo além, portanto, da competência constitucional a ela conferida,<sup>19</sup> fundamentando-se nas previsões do art. 24, § 2º, da Constituição, que não exclui a competência concorrente dos Estados para legislar suas normas específicas,<sup>20</sup> no caso, sobre licitações e contratos, assim como do art. 30, I e II, que atribui competência legislativa aos Municípios no que tange aos interesses locais, suplementando, no que couber, a legislação federal e a estadual.

É fato, porém, que a competência legislativa sobre o tema na esfera federal fica a cargo da União, com a edição de normas gerais,<sup>21</sup> conforme dispõe o art. 22, XXVII, da Constituição, excluindo-se dessa esfera, por lei complementar, as normas ou questões específicas, ficando estas sob a competência legislativa estadual. Tal dispositivo constitucional, tem nova redação dada pela EC nº 19/1998.<sup>22</sup>

Tecendo-se comentários a respeito, é de bom alvitre não confundir a acepção da expressão “normas gerais”, inserida pelo legislador na Lei Maior federal, com o sentido real a que ele quis chegar. Isso porque, na verdade, toda norma é geral. O sentido real quer demonstrar, no entanto, que, nesse caso, norma geral significa fundamentos, diretrizes normas estruturais, básicas para o procedimento licitatório. Divergem, então, das normas específicas. Essas, por sua vez, visam aos aspectos menores do procedimento licitatório. Assim, a fim de adequar tal procedimento à realidade de cada Estado, a Constituição

permite, por meio de autorização concedida por lei complementar, que quaisquer Estados legislem sobre normatização específica, sem alterar a estrutura básica do procedimento licitatório, esta regulada pela União, e somente por ela. O que há de se ressaltar, todavia, é que norma geral, *in casu*, não pode ser utilizada como instrumento de restrição da autonomia administrativa.<sup>23</sup>

Ocorre que, ao analisar a Lei nº 8.666/1993, a doutrina reconheceu que nem todas as suas normas são gerais, nela encontrando dispositivos contendo normas procedimentais, específicas, passando a questionar a constitucionalidade de seu art. 1º, que diz:

*Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

*Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Segundo o professor José dos Santos Carvalho Filho:

[...] de fato, se o dispositivo da lei federal contiver norma específica, estará fatalmente em contrariedade com a Constituição Federal, e, em consequência, maculado de vício de inconstitucionalidade.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> O professor Diógenes GASPARINI (*op. cit.*, p. 435) diz que “esse comportamento da União só pode ser havido como inconstitucional, desprovido, portanto, da eficácia que seus mentores desejaram, conforme é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência”.

<sup>20</sup> A respeito dos Estados, assevera José Afonso da SILVA (*Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 600) que: “Veda-se-lhes implicitamente tudo que tenha sido enumerado apenas para a União e para os Municípios. Assim, a matéria relacionada nos arts. 20, 21 e 22 explicitamente como de competência da União está implicitamente interdita aos Estados.”

<sup>21</sup> Alguns entenderam que tais normas gerais, que não podem ser objeto de alteração legislativa pelos Estados, correspondiam ao constante do art. 85 do Decreto-Lei nº 2.300/1986, ou seja, ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação, além dos limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação, assim como reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, bem como os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos, entendimento este já equacionado e desfeito.

<sup>22</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, II”.

<sup>23</sup> Ensina o professor Marçal JUSTEN FILHO (*op. cit.*, p. 18) que: “Pode-se fazer um paralelo com a legislação processual civil em face da Justiça comum estadual. A lei federal disciplina o procedimento jurisdicional e impõe regras acerca de competências dos diversos sujeitos que integram o processo. No entanto, não pode ir a ponto de disciplinar a criação de comarcas, a organização judiciária e a corregedoria atinente à atuação dos serventuários. Por igual, a lei federal acerca de licitações e contratações administrativas não pode suprimir a competência local inerente à autonomia federativa. Daí se extrai todas as regras acerca de organização, funcionamento e competência dos organismos administrativos não se incluem no âmbito de normas gerais. A lei federal disciplina o procedimento administrativo e as competências, mas não institui órgãos nem interfere sobre os assuntos de peculiar interesse local. É inadmissível considerar-se como norma geral uma regra acerca da gestão de bens públicos de entes federativos. Em face da federação, a União não pode estabelecer regras acerca de doação de bens estaduais e municipais.”

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 143.

Na visão da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>25</sup> a inconstitucionalidade do art. 1º é manifesta, visto que praticamente esgotou a matéria de licitação e contrato, pouco deixando aos Estados e Municípios. Em contrapartida, afirma a autora que estamos diante de uma lei repleta de dificuldades de interpretação, o que, por si só, já enseja considerável insegurança jurídica, que seria bastante agravada se aos Estados e Municípios fosse permitido legislar de forma diversa da lei federal.

Além disso, como art. 1º da Lei nº 8.666/1993 tem ligação direta com o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, sua interpretação não pode restringir licitações e contratos administrativos aos realizados pelo Poder Executivo. Os órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, quando do exercício de atividade administrativa, estão igualmente submetidos ao império desta Lei.

Também são abrangidos os demais órgãos da administração indireta, o que conduz à crítica da ineficiência, em razão do impedimento à adoção de procedimentos desburocratizados, desfavorecendo a competição com o setor privado.

Embora em princípio tal juízo demonstre procedência, é importante lembrar que as empresas estatais administram recursos públicos e, ao contrário das atividades realizadas por entes privados, não têm o lucro como fim máximo, e sim a satisfação de uma necessidade coletiva, seja por meio da prestação de um serviço ou obtenção de produto essencial ou por intermédio do desenvolvimento econômico do País. Dessa maneira, é ilegítima, sobre pretexto da eficiência, a supressão de controle ou a desconsideração dos princípios que regem o setor público, autorizando-o a contratar livremente como se privado fosse.

Então, cientes de que lei federal é obrigatória só para a União e lei nacional, para todas as entidades da Federação, surge a seguinte indagação: a Lei nº 8.666/1993 é federal ou nacional?

Nesse passo, mister se faz aludir ao entendimento do Tribunal de Contas de São Paulo, que afirma não ser técnico falar em lei federal, em lei nacional, visto que ambas são provenientes do mesmo órgão federal, que é o Congresso Nacional.

Convém salientar, porém, que uma lei federal ora será *intransitiva*, ou seja, será aplicável apenas para a Administração Federal, denominando-se *lei unional*, ora será *transitiva*, cuja aplicação é obrigatória para todos os entes da Federação.

Ocorre que a lei federal divide-se em *lei transitiva federativa* e *lei transitiva nacional*. A lei federal transitiva nacional regula as relações sociais, a exemplo dos Códigos Penal e Civil, dos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil, do Código de Defesa do Consumidor, ao passo que a lei transitiva federativa sai da órbita da União e trata de toda a organização administrativa, aí incluindo-se as normas gerais da Lei nº 8.666/1993.

Dessa forma, afirmamos que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos é uma lei federal transitiva federativa, visto que todos os entes federativos são obrigados a cumprir suas normas gerais, embora na maioria de seus artigos se reconheçam características de lei federal intransitiva ou unional, ou seja, valendo só para a União.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já se manifestou a respeito não só do art. 1º, assim como do art. 118, da Lei nº 8.666/1993, reconhecendo que ambos valem somente para a União, não contaminando os entes da Federação, que podem legislar de acordo com a sua autonomia política administrativa.<sup>26</sup>

Acrescentando, ainda, a Suprema Corte, em decisão cautelar na ADIn nº 927-3, promovida pelo governo do estado do Rio Grande do Sul, tendo como relator o ministro Carlos Velloso, suspendeu a vigência, em âmbito estadual e municipal, da expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo”, contida no inciso I, alínea *b*, do art. 17 da Lei nº 8.666/1993, bem como no inciso II, alínea *b*, do mesmo artigo. O disposto na alínea *c*, do inciso I, fora suspenso. Observemos a decisão:

Licitação. Contratação Administrativa. Lei nº 8.666, DE 21/06/1993 – I. Interpretação conforme dada ao art. 17, I, *b* (doação de bem imóvel) e art. 17, II, *b* (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, *c* e § 1º do art. 17.

<sup>25</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, 6. ed. 2005, p. 22.

<sup>26</sup> O STF, em decisão cautelar na ADIn nº 927-3, promovida pelo governo do estado do Rio Grande do Sul, tendo como relator o ministro Carlos Velloso, suspendeu a vigência, em âmbito estadual e municipal, da expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo” contida no inciso I, alínea *b*, do art. 17 da Lei nº 8.666/1993, bem como no inciso II, alínea *b*, do mesmo artigo. O disposto na alínea *c*, do inciso I, fora suspenso. Observa-se a decisão: “Licitação – Contratação Administrativa – Lei nº 8.666, de 21/06/1993 – I. Interpretação conforme dada ao art. 17, I, *b* (doação de bem imóvel) e art. 17, II, *b* (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, *c*, e § 1º do art. 17. Vencido o relator, nesta parte. (STF – ADIn nº 927 (MC) – RS – TP; Rel. Min. Carlos Velloso)”.

Vencido o Relator, nesta parte. (STF – ADIn 927 (MC) – RS – TP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 11/11/2004).<sup>27</sup>

É lógico que alguns dispositivos legais são específicos, e inconstitucionais, como foi o caso do art. 17 da Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre alienações, pois a União não tem competência para legislar, por exemplo, sobre as alienações dos demais entes federativos, daí o inciso I do referido artigo ter causado polêmica, uma vez que a alínea *b* disciplina que as doações só serão permitidas se em benefício de outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo. Diz o dispositivo, *in verbis*:

*Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*

*I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...]*

*b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;*

Ocorre que é prática comum Estados e Municípios doarem bens imóveis públicos a particulares, até porque não podem desapropriar esses bens para fins de reforma agrária, que é exclusivo da União. Dessa forma, estas entidades políticas promovem assentamento de famílias em bens públicos por meio de doações, e isso não é inconstitucional, porque a exclusividade da União é em promover a desapropriação para fins de reforma agrária. Então, se o bem é público, não está ocorrendo desapropriação.

Com o advento da Lei nº 8.666/1993, Estados e Municípios continuaram a doar bens imóveis para fins de assentamento, passando então os Tribunais de Contas a anular tais atos com base no art. 17, I, alínea *b*, da Lei de Licitações.

Há de se ressaltar que é do entendimento doutrinário unânime que, em se tratando de normas gerais, Estados e Municípios não podem legislar sobre:

- 1) *Modalidades de licitação*. Não poderia o Município criar para ele modalidade de licitação, porque modalidade é norma geral.
- 2) *Recursos administrativos e seus prazos*.
- 3) *Prazos de publicidade constantes no art. 21 da Lei*. São aqueles que devem mediar as publicações, contendo os avisos resumidos dos editais e a realização do evento, de abertura de propostas etc.
- 4) *Patamares de valor*, importantes para a definição da modalidade em um caso concreto.

Dessa forma o poder regulamentar dos Estados, Distrito Federal e Municípios em normas de licitação deve limitar-se à competência suplementar (ou complementar). Naquilo que a norma federal (norma geral) já preceituou, exauriu e esgotou, não terá lugar à competência suplementar.

Ponto controvertido na doutrina é quanto à obrigatoriedade das figuras da administração indireta, cujo regime jurídico aguarda, até hoje, criação de lei específica que vai expor sobre contratação, conforme estabelece o art. 22, XXVII, da Constituição, com nova redação dada pela EC nº 19/1998.

Para alguns doutrinadores, como Marcos Juruena Villela Souto, por exemplo, o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, não teria sido recepcionado em relação às empresas estatais. Contudo, o art. 173, § 1º, III, da CF/1988, dispõe que a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, a serem previstas no Estatuto ali referido, deverão observar os princípios da Administração Pública, daí o autor dizer que a lei foi recepcionada, mas que o Estatuto deverá observar as normas e princípios da Administração Pública.<sup>28</sup>

Como o art. 173 da CF/1988, após a EC nº 19/1995, manda que os estatutos jurídicos das empresas estatais exploradoras de atividade econômica devam observar os

<sup>27</sup> Conforme assinala o professor José dos Santos CARVALHO FILHO (*op. cit.*, p. 143), “a Corte, embora por maioria de votos, decidiu que o art. 17, I, *b* e *c*, II e § 1º da Lei nº 8.666/1993, que regula a alienação de bens da Administração, fixando algumas restrições, só poderia ser interpretado, para ser considerado constitucional, no sentido de se tratar de bens da União, mas não dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Sendo assim, teriam estas entidades competência para tal disciplina, eis que própria de normas específicas”.

<sup>28</sup> Referindo-se ao § 1º do art. 173, da CF/1988, esclarece o professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso de..., op. cit.*, p. 197-199) o que ele dispõe, dizendo o seguinte: “[...] é da mais esplendorosa obviedade que o estatuto jurídico a que se refere o perceptivo em questão é o estatuto das estatais que se ocupem da produção de bens, da comercialização de bens ou da prestação de serviços que se constituam em *exploração de atividade econômica*; não, portanto, daquelas entidades estatais que, ao contrário das mencionadas, se ocupam de atividades visceralmente distintas: *serviços públicos*; é dizer: atividades essencialmente da alçada do Estado.” Continuando, mais adiante, ele diz: “[...] a lei prevista no art. 173, § 1º, constitui-se em habilitação para regular ‘exploração de atividade econômica’ efetuada pelo Poder Público: atividade atípica do estado. Logo, dela terá de resultar disciplina *informada pelos correspondentes critérios*, como é evidente, e não pelos critérios atinentes à prestação de serviços”, embora o inciso III daquele dispositivo constitucional mencionar “observados os princípios da administração pública”. Contudo, tais princípios, como diz o professor Celso Antônio, “serão os da administração pública *operante na esfera econômica*, e não os da administração pública simplesmente, pois o que está em pauta é um regime diverso daquele que preside o comportamento típico da administração”. (grifos do autor)



princípios administrativos (e a Lei nº 8.666/1993 disciplina princípios administrativos, no que é norma geral), diz Marcos Juruena que efetivamente a lei não foi recepcionada em relação a tais entidades, mas que elas devem observar a Lei de Licitações no que disser respeito à norma geral. Ou seja, norma que disciplina princípio, porque, no que tange a essa parte, o próprio Estatuto jurídico deverá observar os princípios da Administração Pública, conforme diz o art. 173. E, nesse ponto, não poderia nem mesmo esse Estatuto, que ainda não existe, contrariar a Lei nº 8.666/1993 no que tange a essas normas gerais disciplinadoras de princípios. Logo, as empresas públicas e sociedades de economia mista devem continuar observando a Lei nº 8.666/1993 no que diz respeito às normas disciplinadoras de princípios.

Ou seja, a Lei nº 8.666/1993, por força do art. 22, XXVII, da CF/1988, no que disciplina princípios, é considerada norma geral e, portanto, nesta parte, a lei deve ser observada pelas estatais, já que o próprio Estatuto jurídico a ser implementado não poderá contrariar tais normas gerais.

Sobre as subsidiárias, os incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal estabelecem que:

*Art. 37. [...]*

[...]

*XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação;*

*XX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;*

Tal exigência, porém, antes da EC nº 19/1998, era inexistente e, em razão disto, muitas subsidiárias foram criadas sem amparo legal. Essas entidades, então, foram abrangidas pela Lei nº 8.666. Assim, em conformidade com o art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal, até que lei estabeleça seu estatuto jurídico que irá dispor sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, essas entidades continuarão subordinadas à Lei nº 8.666/1993.<sup>29</sup>

Temos assim, seguindo o entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, embora o art. 173 trate apenas da atividade econômica desempenhada pelo Estado, excluindo o serviço público no que toca à licitação e contrato, esse dispositivo deverá ser aplicado também às empresas que prestam serviço público em razão do disposto no inciso XXVII do art. 22 da Carta Política de 1988.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Ensina a professora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*op. cit.*, p. 26) que: "Note-se que o art. 173, § 1º, ao mesmo tempo em que prevê a submissão das referidas empresas ao 'regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias' (inciso II), cria uma ressalva, no inciso subsequente, ao exigir que a mesma lei que instituir o estatuto jurídico das empresas disponha 'sobre licitação e contratação'; vale dizer que tais empresas não ficarão livres do procedimento da licitação nem de normas especiais sobre contratação. O constituinte apenas deixou aberta a possibilidade de ser estabelecido regime jurídico diferenciado. Há que se lembrar que, como tantas outras normas da Emenda Constitucional nº 19, os dois dispositivos têm redação confusa e já provocam divergências de interpretação, porque o art. 22, XXVII, ao fazer remissão ao art. 173, esqueceu-se de que ele somente se refere às empresas estatais que atuam no domínio econômico; nada disse sobre as empresas que prestam serviço público, o que provoca a seguinte dúvida: tais empresas devem também observar a norma do art. 173, § 1º, III? Não obstante respeitáveis opiniões em sentido contrário, entendo que o art. 22, XXVII, separou, nitidamente, dois tipos de entidades: de um lado a Administração direta, autarquias e fundações, que se submetem à norma do art. 37, XXI; de outro lado, as empresas públicas e sociedades de economia mista, que se submetem à norma do art. 173, § 1º, III. O art. 22, XXVII, não fez qualquer distinção quanto ao tipo de atividade exercida pela empresa: ele quis que todas elas se submetessem a regime jurídico diverso em matéria de licitação e contrato. Com isto, tem-se que entender que, embora o art. 173 discipline apenas a atividade econômica desempenhada pelo Estado (e não o serviço público), no que diz respeito à licitação e contrato o dispositivo vai aplicar-se também às empresas que prestem serviço público, como decorrência da norma do art. 22, XXVII". Concluindo, diz a autora que "é lamentável o desconhecimento do legislador constituinte em relação à matéria sobre a qual legisla. E é lamentável que, em uma lei definindo o estatuto jurídico das empresas que atuam no domínio econômico, tenham que ser incluídas normas que abrangem empresas que prestem serviço público. Em síntese, enquanto não promulgada a lei definindo o estatuto jurídico das empresas estatais, conforme previsto no art. 173, § 1º, da Constituição, as mesmas continuam sujeitas à Lei nº 8.666, já que o dispositivo constitucional não é autoaplicável".

<sup>30</sup> O tema pode ser claramente ilustrado por meio de trecho do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 533613/RS, em que figurou como relator o ministro Franciulli Netto, senão, vejamos: "As Empresas de Economia Mista Sujeitam-se a Processo de Licitação Pública para Aquisição de Bens e Contratação de Obras e Serviços de Terceiros (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Dessarte, os Atos Administrativos que Envolvem a Promoção de Licitação Pública por Empresa de Economia Mista São atos de Autoridade, Submetidos ao Regime de Direito Público (Lei nº 8.666/1993), Passíveis de Questionamento por Mandado de Segurança". Citando o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, acrescenta a Corte que o dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de direito privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como "autoridade" no que concerne a atos expedidos para cumprimentos de normas de Direito Público a que tais entidades esteja obrigadas, como *exempli gratia*, os relativos às licitações públicas que promovam.

Não concordamos com essa opinião, pois, em que pese esse entendimento, deve-se entender que a Lei nº 8.666/1993, em relação às empresas estatais que exploram atividades econômicas, ainda não é inconstitucional, de acordo com a teoria alemã da inconstitucionalidade progressiva. Assim, enquanto não sobrevier o estatuto jurídico, continua a ter plena aplicação a Lei nº 8.666/1993, que é norma geral. Por ser uma norma de eficácia limitada, será inconstitucional quando sobrevier o estatuto jurídico.

A teoria da inconstitucionalidade progressiva prega a existência de leis que ainda não são inconstitucionais devido ao contexto em que estão inseridas. Essa teoria não é muito aplicada no Brasil, mas esse é o caso, pois vem uma Emenda Constitucional que altera um dispositivo constitucional, determina ao legislador que edite uma lei que disciplinará determinada matéria, mas há o regramento anterior de acordo com a Constituição que disciplina aquela matéria.

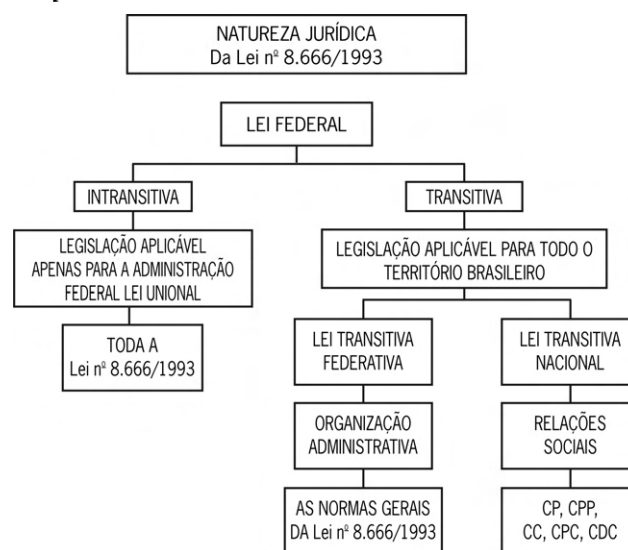
Dessa forma, no que tange às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a Lei nº 8.666/1993 ainda não é inconstitucional. Ela será inconstitucional, ou seja, não terá sido recepcionada pela Emenda Constitucional quando sobrevier o Estatuto jurídico porque é uma norma de eficácia limitada, “porque depende da instituição do estatuto jurídico”. Quando sobrevier esse estatuto jurídico, aí sim, no que tange às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, isso será inconstitucional, pois haverá um estatuto próprio para elas, observando, por sua vez, os princípios gerais da Administração Pública.

Ocorre que, embora ainda não haja Estatuto jurídico para tais empresas, isso não significa que se possa aplicar aquele entendimento radical de que, por não ter sido a lei recepcionada, essas empresas ficariam livres para contratar como bem quiserem. Se assim o fosse, não seria preciso contratar nem mesmo pelo regime da Lei nº 8.666/1993; far-se-ia um contrato de prestação de serviços, aqui e agora, sem a observância dos princípios da lei. Como ainda não sobreveio o estatuto jurídico para

essas empresas, aplica-se, então, a Lei nº 8.666/1993, que é a conduta mais prudente e mais óbvia.<sup>31</sup>

A Petrobras, por exemplo, adiantando-se no tempo, estabeleceu um regime licitatório próprio na Lei nº 9.478, de 6/08/1997, da Agência Nacional de Petróleo, considerado inconstitucional, pois a Petrobras é uma empresa estatal que explora atividade econômica e, como tal, submetida ao art. 173 da CF/1988. Portanto, não poderia a ANP editar uma lei dizendo qual é o seu estatuto jurídico, daí ser esse estatuto inconstitucional. Portanto, qualquer lei que venha a trazer um estatuto jurídico próprio para estas empresas é inconstitucional.

#### Esquema:



#### 4. Princípios da licitação

Prevalecente, hoje, uma concepção pós-positivista do Direito,<sup>32</sup> torna-se inegável a relevância do estudo dos respectivos princípios para a compreensão dos institutos jurídicos. Ignorada essa importância, não se alcançaria uma completa compreensão da matéria a ser estudada, até mesmo porque os princípios são proposições fundamentais que se encontram na essência de

<sup>31</sup> Para concluir, diz o professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso de...*, op. cit., p. 202): “Destarte, cumpre, em conclusão, entender que as empresas estatais prestadoras de serviço público também se assujeitam às normas gerais de licitação e contratos expedidas pela União e, pois, que continuam e continuarão a ser regidas pela Lei nº 8.666, de 21/06/1993, com suas alterações posteriores. Já as empresas estatais exploradoras de atividade econômica futuramente terão suas licitações e contratos regidos pela lei a que se refere o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu o ‘Emendão’, isto é, na conformidade do estatuto para elas previsto no art. 173 da Lei Magna. Enquanto isto não ocorrer persistirão regidas pela Lei nº 8.666, com as ressalvas inicialmente feitas.” (grifo do autor).

<sup>32</sup> O pós-positivismo representa a superação dos dogmas do positivismo jurídico, que relegava os princípios a um plano meramente secundário, sem qualquer poder de coerção. Segundo Paulo BONAVIDES (*Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 237): “É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definida reconhecida aos princípios”.

toda legislação, dispostos implícita ou explicitamente, obrigando diretrizes axiológicas às normas,<sup>33</sup> consubstanciando o norte de todo o sistema legislativo.

Conforme definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.<sup>34</sup>

A função dos princípios, na ciência do Direito, é a de dar coerência ao conjunto de regras que compõem o ordenamento jurídico, viabilizando nele enxergar um *sistema*, cujo conceito guarda em seu núcleo a ideia de *unidade ordenada*, daí a necessidade dos princípios serem analisados conjuntamente para que a interpretação, segundo um princípio, não anule todos os demais. Os princípios, dessa maneira, preenchem lacunas, dando sentido ao ordenamento. Sem eles haveria uma aglutinação de mandamentos isolados e frequentemente contraditórios.

E, nesse sentido, a moderna doutrina tem se preocupado cada vez mais, ao destacar a importância dos princípios como veículo dimensionador da compreensão e da aplicação do Direito, razão pela qual se torna de relevância fundamental seu estudo, a fim de se conhecer a natureza jurídica e as características dos princípios, de modo que se possa identificá-los dentre as demais normas jurídicas e, também, para que se possa interpretá-los adequadamente.

Dessa forma, urge fixar que, em tempos de pós-positivismo, os princípios despontam como as principais

*normas jurídicas* integrantes de um determinado sistema. Essa definição nos permite concluir que os princípios são espécies de normas jurídicas, convivendo ao lado das *regras*, que também se enquadram neste conceito. Então, é possível afirmar que os *princípios* e as *regras* são espécies do gênero *normas jurídicas*.

Há de se ressaltar, no entanto, que a violação de um princípio é mais danosa do que a violação de uma norma, pois a afronta a um princípio não transgredie apenas um mandamento específico, mas todo o sistema jurídico. Constitui, dessa forma, a mais grave forma de inconstitucionalidade, pois é insurgência aos valores fundamentais.<sup>35</sup>

Em se tratando dos princípios da licitação, que tem por finalidade a obtenção da situação de melhor custo-benefício à Administração, visto que ela não seria válida se violasse direitos e garantias individuais, diz o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 – o estatuto federal das Licitações e Contratos Administrativos:

*Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Como podemos verificar, além de explicitar a finalidade precípua da licitação, tal dispositivo, em sua segunda parte, também enuncia os *princípios básicos* que devem nortear a realização do procedimento. Alguns deles são *princípios constitucionais gerais*, que informam toda a Constituição e o ordenamento jurídico em geral, como os *princípios da isonomia*, o da *legalidade*; outros, são *princípios setoriais*, próprios da Administração Pública, da atividade administrativa, a exemplo dos *princípios da*

<sup>33</sup> O Acórdão proferido na Representação por Inconstitucionalidade nº 10/2001, que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bem retrata o tema no trecho a seguir transcrito: "A Constituição assegurará a todos as mesmas oportunidades de acesso ao trabalho como meio de realização digna de vida; as leis devem ser interpretadas e aplicadas segundo os fins sociais a que se destinam já que a Ordem jurídica constitui um sistema de realização do bem comum. A atividade de taxista deriva de simples autorização administrativa e por isso para sua concessão não se exige procedimento licitatório. Fere o direito adquirido preceito legal que, diante de permissões adquiridas onerosamente ou em substituição a cônjuges pré-mortos, simplesmente a extinguem revogando-se de plano, assim ferindo a proteção constitucional à família do trabalhador."

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO. *Curso de...*, op. cit., p. 817-18.

<sup>35</sup> Nos dizeres do professor Luís Roberto Barroso: As normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141.

*impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade* (explícita e implicitamente enunciados no *caput* do art. 37 da Constituição); outros, ainda, são *específicos* da licitação (art. 37, XXI, e art. 175 da Constituição), como os *princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo*. Note-se, contudo, que o legislador, inteligentemente, não esgotou esse rol de princípios, acrescentando os “*que lhes são correlatos*”, ou seja, também integram a lista princípios outros que estão implícitos na própria disciplina desse instituto.

Aliás, oportuno é lembrar que os princípios inerentes à Administração Pública, mesmo depois da nova redação dada ao *caput* do art. 37 do texto constitucional pela EC nº 19/1998, já começam, a bem dizer, no art. 1º da CF/1988, em que se acham preconizados os princípios fundamentais do Estado, a saber: o *princípio republicano*, por força do qual a licitação é obrigatória, pois se trata da *res publica*, de uma coisa de todos; o *princípio federativo*, que assegura a autonomia a todas as entidades federativas, o que faz com que a lei federal, no caso a das licitações, não possa desconhecer e esgotar as possibilidades do legislador estadual e municipal dispor sobre o tema, de acordo com as suas peculiaridades locais; e o *princípio da livre iniciativa*, segundo o qual as pessoas privadas têm o direito ao livre acesso ao mercado, escolhendo que tipo de vínculo terão com seus prestadores de serviços e fornecedores, e com seus consumidores.

De qualquer forma, todos desempenham papel fundamental para o instituto da licitação, sobretudo porque ela própria, por si mesma, é um princípio constitucional, decorrente de outros, como o da indisponibilidade, o da supremacia do interesse público. Licitação é a regra (teoria do ordenamento jurídico-positivo) em que se consolida, a partir dos princípios que presidem todo o processo, a contratação com terceiros, salvo os casos específicos na legislação, sob o comando geral da Constituição Federal (art. 37, XXI).

Assim, no âmbito do Direito Administrativo, mais do que estudar os princípios constitucionais gerais, mister se faz debruçar sobre os princípios setoriais e específicos

da matéria em análise. Dessa forma, neste presente ensaio, cumpre-nos fazer uma incursão em cada um desses princípios, o que nos dará a possibilidade de verificar a importância e a necessidade de sua aplicação, além de proporcionar uma percepção mais aprofundada quanto aos atos praticados pela Administração Pública, principalmente no que diz respeito à ordem jurídica contemporânea, em que, como bem assinala o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] têm sido ultrapassados os referenciais de *legalidade*, que fundaram o Estado de Direito, para absorver os da *legitimidade*, base do Estado Democrático, e os da *licitude*, que abrem as portas para a realização do Estado de Justiça.<sup>36</sup>

Embora não necessariamente na ordem em que se apresentam no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, passamos a analisar os princípios do instituto da licitação, procurando não descuidar daqueles implícitos à disciplina, mencionados pela doutrina.

#### 4.1. Princípios da economicidade e da isonomia

Do art. 37, XXI, da Constituição, podemos extrair os primeiros e mais gerais princípios da licitação, que são o da economicidade e o da isonomia, os quais são repri-sados no âmbito infraconstitucional, especialmente no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O primeiro, entendido como aquele que impõe à Administração o dever de buscar as soluções mais eficientes e, ao mesmo tempo, menos custosas,<sup>37</sup> está contido, de maneira implícita, não só na própria imposição da licitação pelo referido dispositivo constitucional<sup>38</sup>, assim como no infraconstitucional, quando fala em “selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”. Já o segundo encontra-se explicitado em ambos dispositivos, os quais asseguram a observância da igualdade de condições a todos que queiram participar do certame.<sup>39</sup>

O *princípio da economicidade*, como dissemos, é um princípio implícito na própria ideia de licitação, já que é imposta à Administração Pública justamente para que a contratação por esta procedida não seja apenas boa, mas

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 432-37.

<sup>37</sup> Conforme feliz lição do professor Edgar Antônio Chiuratto GUIMARÃES (O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nas licitações. In: *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, jun. 1998, p. 383-96), “o princípio da economicidade determina que todo e qualquer interesse coletivo seja atingido com um mínimo de dispêndio. Há que se estabelecer uma perfeita e harmoniosa relação entre o custo e o benefício alcançado”.

<sup>38</sup> O professor Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (*Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 104) esclarece que o princípio da economicidade, apesar de referido pela Constituição somente no âmbito da fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercida pelo Tribunal de Contas (art. 70), “deve ser recebido como um princípio geral do Direito Administrativo”.

<sup>39</sup> Anote-se, de acordo com os ensinamentos de Hely Lopes MEIRELLES (*Direito... op. cit.*, p. 265): “A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigule os iguais ou iguale os desiguais.”

a melhor possível. E isso não é outra coisa senão implementar o princípio da economicidade, que, enquanto norma jurídica, impõe a obtenção das maiores vantagens com os menores sacrifícios.<sup>40</sup>

Muito mais fácil seria entregar ao administrador a competência para proceder a uma boa contratação com um dos particulares interessados. Bastaria, de um lado, priorizar a qualidade do serviço ou produto a ser fornecido ou, de outro, o preço a ser cobrado pelo contratado. O bom ou o barato, de acordo com as especificações definidas, seria sinônimo de uma boa contratação. Mas isso não é, e não seria, em qualquer situação, suficiente.

Lidando com recursos públicos, todavia, o administrador não pode ser despojado e dispor do dever de buscar sempre a melhor alternativa para a Administração Pública. Não basta que a opção feita seja boa; ela deve ser, invariavelmente, a melhor.

No caso da licitação, o princípio da economicidade se traduz na seleção da melhor proposta para a Administração. Neste passo, não se pode ignorar que, dependendo do caso, a aferição do que seja a melhor proposta se alternará de acordo com aquilo que se deve priorizar nas diversas situações que se apresentem. Daí a legislação definir os diversos tipos de licitação que podem ser adotados, a saber: a) menor preço; b) melhor técnica; c) técnica e preço; d) maior lance ou oferta. Esse assunto, contudo, será estudado oportunamente.

A partir daí, note-se que o princípio da economicidade reflete o aspecto da *indisponibilidade do interesse*

*público*. Mede-se a economicidade no momento da prática do ato, com base nas circunstâncias presentes e nos padrões normais de conduta.

A solução economicamente mais vantajosa encontra, porém, limites claros. Por exemplo, se a maior economia implicar em risco ao cidadão, ou ainda, na violação da dignidade humana, deverá a Administração Pública optar pela decisão mais onerosa.

Além disso, mesmo que para a Administração seja mais vantajoso realizar contratação direta, a economicidade esbarra com a formalidade necessária à contratação, que é o procedimento licitatório. Dessa maneira, a economicidade é avaliada de acordo como os limites impostos pelos outros princípios aplicados à atividade do Poder Público. Os recursos públicos deverão ser geridos de acordo com regras éticas e com rigoroso respeito à *probidade*.

Como ensina o professor Marçal Justen Filho:

Economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis.<sup>41</sup>

Considera-se, então, sob o prisma desse princípio, a atividade administrativa (licitatória) como atividade econômica, buscando-se os melhores resultados por meio da utilização dos menores custos.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> O professor Marçal JUSTEN FILHO (*op. cit.*, p. 58) se refere a “vantajosidade” para designar o que aqui chamamos de princípio da economicidade e, a propósito, afirma: “A maior vantagem se apresenta quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.”

<sup>41</sup> Marçal Justen Filho (*op. cit.*, p. 73) faz ainda um paralelo entre o princípio da economicidade e a discricionariedade, afirmando: “O princípio da economicidade adquire grande relevo na disciplina do exercício das competências discricionárias atribuídas ao Estado. O legislador não se encontra em condições de definir de antemão, a solução mais adequada em face da economicidade. Há escolhas que somente poderão ser adotadas no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias específicas, variáveis em face das peculiaridades. Por isso, a lei remete a escolha ao administrador, atribuindo-lhe margem de liberdade que permita a satisfação do princípio da economicidade. Sob este ângulo, a discricionariedade resulta (também) do princípio da economicidade. Ainda que outros fundamentos condicionem a instituição de discricionariedade, é impossível considerar a liberdade do agente administrativo de modo dissociado da economicidade. Concede-se liberdade ao agente administrativo precisamente para assegurar que opte pela melhor solução possível, em face do caso concreto. Por outro lado, a economicidade delimita a margem de liberdade atribuída ao agente administrativo. Ele não está autorizado a adotar qualquer escolha, dentre aquelas teoricamente possíveis. Deverá verificar, em face do caso concreto, aquela que se afigure como a mais vantajosa, sob o ponto de vista das vantagens econômicas.”

<sup>42</sup> Aspecto que divide opiniões é quanto à sua natureza jurídica: tem a licitação sede no Direito Administrativo ou Financeiro? Há opiniões abalizadas que esposam as duas correntes, com fundamento na preponderância do caráter financeiro das normas licitatórias, como assim expressava a própria Exposição de Motivos que acompanhou o projeto do revogado Estatuto Jurídico da Licitação (Lei nº 2.300/1986). Nesse sentido, expõe o insigne mestre Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (*Da licitação*. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 32): “Embora distintas, sob certo aspecto, se entrelaçam, porquanto a ação administrativa informa a atuação financeira. Realmente, tais acordos dizem respeito à gestão econômico-financeira da entidade pública, quando delas participa, sendo a licitação o procedimento administrativo, que a embasa juridicamente, como o processo próprio para escolha de terceiro, particular, interessado na efetivação do acordo, objeto da licitação.” Contudo, à luz da Ciência do Direito, ousamos afirmar que a licitação é subordinada ao Direito Administrativo no seu antecedente – processo seletivo – e ao Direito Financeiro no seu consequente – contrato oneroso para o Erário Público.

Com relação ao *princípio da isonomia*, por alguns autores também denominado princípio da igualdade, seu significado é de todos conhecido e, desde Aristóteles, assume a feição de impor ao Estado um tratamento igualitário àqueles que se encontrem em situação equivalente e, por outro lado, impõe um tratamento diferenciado àqueles que se encontrem em situações díspares, na exata medida de suas desigualdades.

No que tange à Administração Pública, independentemente da terminologia, trata-se a isonomia de um princípio inafastável nas licitações, externalizado por meio da não discriminação, visto que não há legitimidade em um certame que discrimine licitantes ou preveja cláusulas editalícias direcionadas a esse ou aquele participante, da mesma forma que o julgamento faccioso, que fere o princípio da igualdade.

A igualdade, porém, não é equivalente à abolição de todo e qualquer tratamento discriminatório, atualmente distinguindo-se a *igualdade formal* (igualdade perante e lei) e a *igualdade substancial* (tratamento diferenciado que visa promover a igualdade). Dessa maneira, é inválida a discriminação criada pela lei ou por ato administrativo que não reflita diferença efetiva no mundo real, visto que o tratamento jurídico diferenciado só é justificado pela existência da diferença.

É de se ver, então, que não basta a garantia formal da igualdade de condições mediante a publicação de edital com regras gerais destinadas aos interessados em potencial. A título ilustrativo, imaginemos que um determinado Município tenha aberto procedimento licitatório para a contratação de serviço de transporte de móveis de escritório, exigindo, em determinada cláusula, que os veículos utilizados pela empresa sejam da marca Mercedes-Benz e da cor azul, isso com vistas a prestigiar um determinado concorrente, cuja frota se enquadra perfeitamente nas exigências editalícias.

Nesse caso hipotético, evidente ficaria a violação ao princípio da isonomia, já que outras empresas que não tivessem preenchido tal requisito também teriam, possivelmente, condições de cumprir satisfatoriamente

a prestação imposta ao transportador. A marca e a cor do veículo a ser utilizado no transporte não poderiam influir em nada na boa prestação do serviço.

Portanto, em se tratando de licitações, a igualdade deve ser verdadeiramente garantida a todos os licitantes de maneira igual, abrindo igual oportunidade de participação a todos que preencham os requisitos preestabelecidos pela Administração Pública, com o afastamento de cláusulas que, disfarçadamente, imponham condições irrelevantes para a contratação, com o fito de afastar possíveis candidatos a ela, beneficiando, em contrapartida, outros que as satisfaçam.<sup>43</sup>

Desse modo, são características de afronta ao princípio da igualdade quando: o ato convocatório estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; impõe requisitos desproporcionados como necessidades da futura contratação; adota discriminação ofensiva de valores constitucionais e legais. Em casos dessa feição, haveria violação ao princípio da isonomia, além, é claro, de outros vícios (como o desvio de finalidade, por exemplo).

Assim, o princípio da isonomia garante ao proponente a perspectiva de, apresentando a melhor proposta, ser escolhido para contratar com a Administração Pública. As Cortes Superiores também consagram esse princípio em diversos julgados, que podem ilustrar sua aplicação para a licitação, dentre os quais alguns são aqui transcritos:

A habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Ato decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade (MS 5289).

<sup>43</sup> O professor Meirelles (*Licitação...*, *op. cit.*, p. 29-30) enumerou algumas cláusulas manifestamente discriminatórias, a saber: "as que exigem anterior execução de obra ou de serviço idêntico no órgão ou na entidade licitadora; as que exigem registro prévio no órgão ou na entidade licitadora para a participação em suas concorrências (não confundir com tomadas de preços); as que exigem sede ou filial da empresa (não confundir com preposto) no Estado, no Município ou na localidade em que se realizará a licitação, ou a obra ou serviço; as que exigem requisitos estranhos ou impertinentes ao objeto da licitação; as que exigem capital, patrimônio ou caução da empresa em desproporção com o valor do objeto da licitação; as que exigem prova de execução de obra ou serviço idêntico anterior maior que o da licitação; as que descrevem o objeto da licitação com as características de um só produtor ou fornecedor; as que deixam o julgamento ou o desempate ao juízo subjetivo da Comissão Julgadora ou de autoridade superior; enfim, as que visam a excluir determinados interessados ou a conduzir a uma escolha prefixada".

É entendimento correntio na doutrina, como na jurisprudência, que o edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como o da legalidade, da moralidade e da isonomia. A administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação.

A participação da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de notário e registrador indicado pela Anoreg não inclui a fase de elaboração do edital do concurso para ingresso na atividade notarial e de registro, porque constitui ato preparatório (Art. 15 da Lei nº 8.932/1994). A exigência editalícia de que os candidatos sejam bacharéis em Direito ou possuam dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro não fere o princípio da isonomia porque, além de necessária para o exercício das funções que demandam conhecimento jurídico, teórico e prático, possui respaldo legal (ROMS 13381).

A exigência consubstanciada em uma única concorrência destinada à compra de uma variedade heterogênea de bens destinados a equipar entidade hospitalar não veda a competitividade entre as empresas concorrentes desde que o edital permita a formação de consórcio que, *ultima ratio*, resulta no parcelamento das contratações de modo a ampliar o acesso de pequenas empresas no certame, na inteligência harmônica das disposições contidas nos arts. 23, §§ 1º e 15, com a redação do art. 33, todos da Lei nº 8.666/1993. A Lei não veda o financiamento por organismo financeiro internacional para aquisição de bens e equipamentos, ao contrário, estatui, no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, regras para viabilizá-lo logo. A exigência editalícia de caráter genérico no sentido de proponentes apresentarem proposta idônea de organismo financeiro internacional para financiamento dos bens e equipamentos objeto da concorrência não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre as empresas concorrentes (ROMS 6597/MS).<sup>44</sup>

Medida Cautelar. Requerente, sob o argumento de quebra da competitividade, violação do princípio da isonomia e da legislação que autoriza a exploração do objeto licitado, busca impedir a efetivação de licitação para a contratação de serviços de comunicação de dados, destinados a interligar os endereços de interesse da Previdência Social em cada Unidade da Federação ao ponto de concentração da rede de acesso no respectivo Estado. O ponto central hostilizado diz respeito à mitigação do acesso, para a requerente, das linhas dedicadas EILD, monopólio das operadoras regionais, que estaria inviabilizando comercialmente a proposta da requerente, caracterizando-se, em tese, a violação ao princípio da igualdade entre os concorrentes, conforme art. 37, XXI, da Constituição Federal – medida cautelar procedente (MC 3881/STF).

Num Estado em que o princípio republicano é valorizado, acentua-se a importância do princípio da isonomia em razão da noção de *bem público* que se impõe aos que estão no exercício do poder político. Não se admite, neste contexto, que privilégios odiosos sejam concedidos quando da contratação de particulares. Assim, a igualdade de condições deve ser garantida a todos aqueles que manifestem interesse em se relacionar contratualmente com a Administração Pública, daí a enunciação normativa contida no § 1º, I e II, do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que tem a seguinte redação:

Art. 3º. [...].

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º, da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

<sup>44</sup> A vedação contida na regra prevista no § 3º, do art. 7º, da Lei nº 8.666/1993 está na seção pertinente a obras e serviços e não se aplica às licitações para compras, disciplinadas na seção V. Tratando a hipótese do acórdão em questão de licitação pertinente, a compra de materiais e equipamentos destinados à entidade hospitalar, a previsão de financiamento é perfeitamente legal desde que haja recurso orçamentário para tanto. A padronização e a especificação a que se refere o art. 15, I, da Lei nº 8.666/1993 são relativas às características específicas de cada objeto a ser adquirido. Logo, não contém o sentido dado pela impetrante, na peça vestibular, de vedar a possibilidade de uma única concorrência para aquisição de uma variedade heterogênea de bens destinados a uma entidade hospitalar. Se no edital denota-se que não há especificação de marca dos bens a serem comprados pelo Estado, deixando livre as empresas concorrentes à apresentação de propostas de materiais e equipamentos independente de suas marcas, mas dentro do padrão e especificações exigidos, não se pode falar em qualquer direcionamento que possa viciar o ato ou levar a licitação à suspeição.

Devemos aproveitar o ensejo – já que os dispositivos transcritos falam em “preferências” e “tratamento diferenciado” – e tratar de uma questão que tem ocupado a doutrina e a jurisprudência: a possibilidade ou não de se manter as preferências de que trata o § 2º, do art. 3º, da Lei de Licitações, depois da EC nº 6, de 15/08/1995, que revogou o art. 171 da Constituição da República. Expliquemos melhor.

Para começar, temos que verificar o que dispunha o art. 171 da Constituição Federal, antes de ser revogado pela EC nº 6/1995. Dizia o artigo:

*Art. 171 – São consideradas:*

*I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;*

*II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades;*

*§ 1º. A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:*

*I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;*

*II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:*

*a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;*

*b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno*

*§ 2º. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.*

Com o advento da Lei nº 8.666/1993, o § 2º de seu art. 3º daria cumprimento àquele mandamento constitucional (§ 2º do art. 171), estabelecendo um critério de *desempate*,<sup>45</sup> quando há igualdade de condições entre os concorrentes, assegurando preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: “I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.”

Repare, no entanto, que apesar do disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, assegurar a aplicação do princípio da isonomia até mesmo entre brasileiros e estrangeiros, a preferência estaria acobertada quando tal dispositivo do Estatuto legal assegurou, aos bens e serviços, um critério de *desempate*,<sup>46</sup> direcionando-o em favor das empresas brasileiras de capital nacional, dos produtos nacionais e, por fim, daqueles bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

Entretanto, ao se observar que a EC nº 6 foi editada em 1995, ou seja, após o Estatuto das Licitações, é de se concluir que inconstitucionalidade não havia, já que o art. 171, § 2º, da Constituição, enunciava que o Poder Público, quando das aquisições de bens e serviços, daria preferência, “nos termos da lei, às empresas brasileiras de capital nacional”.

Como o art. 171 foi totalmente suprimido da Carta Política por tal Emenda EC nº 6/1995, ficaria consequentemente sem respaldo constitucional o tratamento preferencial dado a pessoas jurídicas nacionais. Então, neste caso, o § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 não teria sido recepcionado pela nova ordem, da mesma forma que seriam afastados os conceitos de “empresa brasileira de capital nacional”, a previsão de “proteção e benefícios especiais temporários” e do “tratamento preferencial”.

Porém, com a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1994, o Brasil se viu compromissado com uma maior integração internacional, o que implicava a diminuição dos privilégios estabelecidos pelo Direito pátrio às empresas nacionais, em detrimento das estrangeiras.

<sup>45</sup> Destaque-se aqui que é somente em caso de empate, sendo de se registrar que o art. 3º, § 1º, II, da Lei nº 8.666/1993, contemplou, antes, a vedação de qualquer preferência em favor de empresas brasileiras e em desprestígio das estrangeiras.

<sup>46</sup> O art. 60 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26/09/1940, diz: “São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração” (conceito este que foi seguido pelo art. 171, I, da Constituição do 1988). Por outro lado, o art. 171, II, da Constituição da República conceituava a empresa brasileira de capital nacional como sendo aquela cujo “controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”. Como ressalta José Edwaldo Tavares BORBA (*Direito societário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 140): “Para esse fim considera-se o domicílio, não a nacionalidade dos acionistas, de tal forma que o brasileiro domiciliado no exterior representará capital estrangeiro, enquanto o estrangeiro domiciliado no Brasil representará capital nacional.”



E foi assim, nesse contexto, que o art. 3º art. da EC nº 6/1995 revogou todo o art. 171 da Constituição da República, acabando, pois, com a previsão constitucional de exceção, neste particular, ao princípio da isonomia entre brasileiros e estrangeiros.

A pergunta que se põe, aqui, é a seguinte: suprimido o suporte constitucional das preferências legais em favor das empresas brasileiras de capital nacional, deve-se considerar revogado, automaticamente, o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993?

O professor Jessé Torres Pereira Júnior, em comentários ao dispositivo legal em análise, adotando parecer aprovado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (DOU de 20/11/1995), asseverou que:

[...] toda legislação infraconstitucional, no que conceituava essa categoria de empresas, ou previa para elas qualquer privilégio, restou derrogada, posto que incompatível com a nova ordem, não tendo sido, portanto, recepcionada.<sup>47</sup>

Por este entendimento, teria sido, assim, revogado, juntamente com o art. 171, da Constituição da República, o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

O professor José Edwaldo Tavares Borba entende que, mesmo após a revogação do art. 171, da Constituição, pelo art. 3º da EC nº 6/1995, ainda estão em vigor “todas as leis ordinárias que estabelecem tratamento distinto para as empresas brasileiras de capital nacional”,<sup>48</sup> argumentando que o art. 172 da Constituição continua a lhes dar sustento.<sup>49</sup>

Em sentido oposto, o professor Marcos Juruena Vilela Souto entende que as preferências estabelecidas pelo

Estatuto das Licitações se mantêm íntegras, mesmo após a revogação do art. 171, da Constituição, pelo art. 3º da EC nº 6/1995. Diz ele:

Adequa-se, pois, a preferência contida na norma geral de licitação (CF, art. 22, XXVII) aos comandos de regulação e incentivo dos arts. 172, 174 e 219, da Lei Maior, estando em pleno vigor a norma do § 2º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, que não foi revogada pela EC nº 6/1995 [...].<sup>50</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>51</sup> por sua vez, sustenta que o fato de uma garantia não constar de texto constitucional não impede que a mesma seja outorgada a nível infraconstitucional. Operou-se uma desconstitucionalização da garantia, que poderá agora ser revogada sem que isto implique ofensa ao texto constitucional.

O Ministério da Ciência e Tecnologia emitiu parecer no sentido de que subsiste o direito de preferência em relação aos bens e serviços produzidos com tecnologia nacional ou com significativo valor agregado nacional. Os pareceres do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União inclinam-se à conclusão de que não pode sobreviver no ordenamento jurídico brasileiro exceção à regra de isonomia dos licitantes que não derive expressamente da Lei Maior, muito embora, o inciso XXI do art. 37, da Constituição, ao dispor sobre licitação, já de início, faça ressalvas a “casos específicos na legislação”.

Note-se, então, que não é tão unânime assim o entendimento de que a garantia de preferência fere o princípio da isonomia, agora que foi revogado o art. 171 da CF, mesmo porque a Lei nº 8.666/1993 fala que, como *critério de desempate*,<sup>52</sup> será observada, sucessivamente,

<sup>47</sup> Há, contudo, quem apoie a preferência às empresas nacionais nas licitações que tenham por objeto produtos e serviços de informática, tal qual previsto no art. 3º da Lei nº 8.248/1991, já que lhe daria cobertura o art. 219 da Constituição da República, inserido no capítulo referente à Ciência e Tecnologia, com a seguinte redação: “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.” Contra este entendimento, de resto prevalecente no âmbito da Administração Federal, o professor Marçal JUSTEN FILHO (*op. cit.*, p. 87) opõe judiciosas críticas, que transcrevemos: “[...] afigura-se claro que o art. 219 não determina, de modo direto, nenhuma discriminação favorável a produtos nacionais. Determina-se o incentivo, o que não se confunde com o privilégio de contratar com o Estado em melhores condições”.

<sup>48</sup> BORBA, *op. cit.*, p. 141.

<sup>49</sup> Continuando, diz ainda o ilustre professor José Edwaldo Tavares Borba: “A preferência em licitações para empresas brasileiras de capital nacional, prevista na Lei nº 8.666/1993, foi, no entanto, revogada, posto que se tratava de regulamentação direta do § 2º, do art. 171, da Constituição Federal, eliminado pela Emenda Constitucional nº 6/1995.” SOUTO. *Licitações...*, *op. cit.*, p. 222.

<sup>50</sup> SOUTO. *Licitações...*, *op. cit.*, p. 222.

<sup>51</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. Preferência para Bens e Serviços Fabricados no Brasil e para Empresas Brasileiras de Capital Nacional. In: RTDP 27/5-10, 2005.

<sup>52</sup> Como critério de desempate em igualdade de condições, sustenta-se que algo teria que ser feito, senão haveria um impasse. Assim, o legislador infraconstitucional prestigiou as empresas brasileiras de capital nacional, com base nos ditames constitucionais, a exemplo do que é preconizado no inciso IV do art. 1º – “valores sociais do trabalho” –, no inciso II do art. 3º – “garantir o desenvolvimento nacional”, além do que diz o art. 170 sobre os princípios gerais da atividade econômica, cujo inciso IX prevê “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”. Isto quer dizer que tal critério de desempate previsto na lei infraconstitucional não afronta assim a Constituição, sendo este benefício em prol das empresas brasileiras, muito embora a doutrina não mencione esses subsídios para o entendimento da questão, a não ser alguns artigos especializados, que falam alguma coisa sobre a não recepção do art. 3º § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

a seguinte ordem: 1ª) as empresas brasileiras de capital nacional; 2ª) os bens produzidos no país; e, por último, as empresas brasileiras.

Remanesce, entretanto, o argumento de que o art. 219 da Constituição autorizaria a vigência do § 2º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, em razão de sua localização no Texto Maior (Capítulo IV do Título VIII – Da Ordem Social), percebendo-se que se trata de aplicação setorializada ao desenvolvimento científico e tecnológico. Assim, a preferência outrora concedida à empresa brasileira de capital nacional foi afastada quando da revogação do art. 171 da Constituição, mesmo porque, em consequência dessa alteração pela EC nº 6/1995, o conceito de empresa brasileira de capital nacional deixou de existir no mundo jurídico.

Tal argumento, contudo, é criticado tanto pelo professor Jessé Torres Pereira quanto pelo professor Marçal Justen Filho,<sup>53</sup> cuja compreensão desse é no sentido de que o art. 129 da CF/1988 determina sim o incentivo, podendo este se desdobrar por inúmeras vias e por meio de diferentes instrumentos. Porém, quando se tratar de contratação administrativa, a regra será a prevalência da proposta mais vantajosa.

Questiona-se, então, se o art. 3º da Lei nº 8.248 (que faz parte das ressalvas feitas pelo inciso II, do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993) teria sido, também, inteiramente revogado ou se ainda haveria algum privilégio nele previsto, para bens e serviços de informática.

Ao nosso sentir, os citados posicionamentos encontram-se respaldados em fortes argumentos, sendo de se reconhecer que a opção por um ou outro tende a ser mais uma questão de conveniência ou de ideologia do que propriamente de raciocínio jurídico. É certo que a revogação do art. 171 (especialmente de seu § 2º) e o contexto em que isso ocorreu realmente apontam para a vitória daqueles que entendem ter sido revogado reflexamente o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993. Entretanto, também não se deve desprezar o fato de que a preferência prevista no citado dispositivo legal implica incentivo ao mercado nacional (que deve ser prestigiado de acordo com o disposto no art. 219 da Constituição) e viabilização do desiderato do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF/1988), dentre outros pontos antes apontados, quando da exposição dos posicionamentos doutrinários existentes.

Contudo, é de se por em pauta uma questão de ordem pragmática, envolvendo o assunto, que é a seguinte: empatados os concorrentes e não havendo mais qualquer critério de desempate, haver-se-á de aplicar o art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, que estabelece como critério de desempate o *sorteio*. Cabe, então, a seguinte pergunta: não seria mais justo dar preferência ao licitante nacional em detrimento do estrangeiro do que deixar a solução do problema ao alvedrio da sorte? E mais: não seria de se considerar melhor a proposta que viesse a trazer mais vantagens para o mercado nacional, com o

<sup>53</sup> Afirma o professor Marçal JUSTEN FILHO (*op. cit.*, p. 87) que “o Estado até pode conceder incentivos para a pesquisa científico-tecnológica. Em algumas hipóteses, poderá contratar diretamente, com dispensa de licitação. Quando, porém, instaurar-se licitação, deverá ser julgada segundo critério da proposta mais vantajosa. Em suma, a contratação menos vantajosa não pode ser legitimada através do argumento do incentivo à indústria nacional. Mas há argumento que paira sobre todos os demais. É que o art. 219 destina-se a assegurar o bem estar da população e os desenvolvimento cultural e socioeconômico. Não pretende estabelecer que alguns empresários, porque estabelecidos no Brasil, poderão contratar com a Administração por preços superiores aos que ela poderia pagar por bens e serviços equivalentes. Suponha-se, por exemplo, que a Administração deseje adquirir computadores de última geração. O fato dos computadores serem montados no Brasil não pode autorizar que o Estado seja constrangido a pagar valores superiores ao que poderia obter de um fornecedor estrangeiro. Portanto, se há intenção de fortalecer o mercado interno, o Estado pode conceder benefícios e vantagens das mais variadas ordens. O produto ofertado, porém, terá de ter valor competitivo e satisfatório”. Sobre o problema das preferências, afirmou ainda que “não há mais fundamento constitucional para estabelecer preferência em favor de empresa brasileira. Não se admite sequer a regra da preferência em função de a prestação ser produzida no Brasil. De todo o modo, observe-se que a divergência tem-se desenvolvido a propósito da aplicação de regras que são inválidas. Mais precisamente, não se admite que as soluções contidas na Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Além disso, são totalmente indefensáveis as regras do Dec. Fed. nº 1.070. O § 2º do art. 3º previa critério de desempate em situação de igualdade de condições. Ou seja, havendo duas propostas iguais, seria possível optar por uma delas em função de um dos critérios contidos nos diversos incisos do dispositivo. Partindo dessa disposição, introduziu-se uma ‘igualdade de propostas fictas’. Previu-se que seriam consideradas equivalentes (iguais?) propostas de valor diferente, desde que a margem de variação estivesse contida dentro de certos limites. Então, duas propostas deveriam ser consideradas ‘iguais’, ainda que uma fosse inferior à outra em 3%, por exemplo. Por decorrência, a Administração acabaria obrigada a contratar com a proposta de valor mais elevado, porque o bem seria produzido no Brasil. Ora, essa solução não era autorizada pelo art. 3º, § 2º, cujo conteúdo era fornecer um critério de desempate. Logo, aplicar o que ali se dispôs pressupunha ‘empate’. Nunca seria possível a uma lei ‘fingir’ o empate e determinar a aplicação da regra, se as propostas não fossem realmente iguais [...]”.

incremento dos índices de emprego e todas as demais vantagens reflexas?

Não há como negar que argumentos surgiram, sem grandes dificuldades, contra essas ponderações. Em primeiro lugar, poderíamos dizer que a igualdade é justamente o núcleo do conceito de justiça, não se podendo pretender realizar esse ideal mediante a não aplicação daquele princípio. Em segundo lugar, diríamos que o art. 44, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, veda a consideração de vantagens não previstas no edital como critério de julgamento das propostas.

Diante dos fatos, partiríamos, então, para as ponderações políticas: será que, por exemplo, se uma empresa brasileira empatasse com uma empresa americana num procedimento licitatório realizado pelo governo dos Estados Unidos, a nacionalidade não influiria no julgamento das propostas, aplicando-se, na íntegra, o princípio isonômico?

Fato é que está na hora de acabarmos com a hipocrisia e reconhecer que o Brasil não goza de qualquer grau de prestígio no exterior que o faça merecedor de tratamento igualitário com as empresas internacionais, a ponto de se decidir no sorteio um empate que pode ser decidido com o prestígio da concorrente nacional do país em que se realiza o certame. Se ainda há argumentos jurídicos consistentes que tornem viáveis uma decisão séria em favor da empresa nacional, porque não utilizá-los em detrimento de outros?

A regra é, portanto, a da isonomia, que pode ser ilustrada por meio do seguinte acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 21.849/2005 em que figurou como Apelante o Estado do Rio de Janeiro e, como Apelado, a Construtora Celi Ltda.:

Administrativo e constitucional. Mandado de segurança concorrência pública. Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, e art. 30, § 6º. Licitação pública sob a modalidade de concorrência internacional e tipo por menor preço para saneamento e urbanização de bairro no Município de São João de Meriti. Exigência de construção de usina asfáltica

para atendimento à obra num raio de 50 km que agride a regra do § 6º, do art. 30, da Lei nº 8.666/1993, que proíbe a exigência de localização prévia de canteiro de obras e, a *fortiori*, de ponto de suprimento, por criar desigualdade em evidente restrição econômica dos candidatos ao certame. Ação mandamental com *status* preventivo julgada procedente que se confirma. Improvimento ao recurso voluntário do ente federativo e manutenção da sentença em reexame necessário. Unânime.

Como se pode conferir pelo acórdão transcrito anteriormente, a Lei nº 8.666/1993 também reprimiu a discriminação conforme a origem dos licitantes (art. 3º, § 1º, inciso I). É viável somente a distinção quando o critério for apropriado para diferenciação compatível com o ordenamento jurídico. O professor Marçal Justen Filho exemplificou tal questão supondo alto índice de incidência de determinadas doenças em certas regiões do Brasil. Assim, seria válida a previsão de que os concorrentes sediados nessa região estariam obrigados a deveres que não onerariam aqueles em regiões onde a doença não fosse verificada. O que é vedado é a discriminação em si mesma. O ato convocatório tem de estabelecer regras necessárias para a escolha da proposta vantajosa. Se tais exigências serão ou não rigorosas, dependerá do tipo de prestação que o particular irá assumir.

São vedadas, portanto, cláusulas discriminatórias ou que impliquem exigências desnecessárias que promovam a impossibilidade de participação na licitação. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à Administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.<sup>54</sup>

Fato que pode ocorrer, porém, é impedimento à participação em licitação enquanto persistir, sobre a licitan-

<sup>54</sup> Nesse sentido, firme é a jurisprudência, senão, vejamos: "O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do 'ato constitutivo e suas alterações, devidamente registrada ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão, excessiva e sem fundamento a inabilidade de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso. Configura-se excesso de exigência, especialmente por a tanto não pedir o edital, inabilitar concorrente porque os administradores da licitante não assinaram em conjunto com os contadores o balanço da empresa. Segurança concedida" (MS 5779/DF/STJ).

te, sanção executiva em ou punição, em virtude de atos ilícitos por ela cometidos, assim verificando-se:

A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizado o exercício de suas funções. A recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88 da Lei nº 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos. Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal (ROMS 9707/PR/STJ).

Mandado de Segurança. Ato Administrativo que, em razão do apurado em procedimentos administrativos pertinentes, aplica ao licitante penalidade de suspensão temporária de participação em licitações e de impedimento em contratar com a Administração. Procedimento irregular daquele, justificador da imposição. Ausência de ilegalidade ou abusividade na prática do ato, e identificação de direito líquido e certo a proteger. Denegação da Ordem (MS 316/2000).

Ainda sobre o princípio da isonomia, merece ser ventilado o que dizem os arts. 42 e 90, ambos da Lei nº 8.666/1993, ao assegurarem a paridade entre o licitante estrangeiro e o brasileiro, dizendo:

*Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.*

*§ 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.*

*§ 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação de que trata o parágrafo anterior será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

*§ 3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.*

*Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:*

*Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.*

#### 4.2. Princípio da legalidade

À Administração Pública, como se sabe, não é permitida a mesma margem de liberdade do indivíduo. Enquan-

to a este nada é proibido senão em virtude de lei, àquela nada é permitido senão em virtude dela. Dessa forma, o princípio da legalidade incide sobre o Poder Público de maneira muito mais rígida do que sobre cidadão.

Aplicado para a Administração, esse princípio é uma garantia do indivíduo, que não será surpreendido por um agir do administrador diferente do que determina a lei e terá segurança jurídica nas relações firmadas com o Poder Público. E isso porque o administrador trata com o interesse público, que é indisponível.

O princípio da legalidade aplicado à licitação é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito e, em especial, do princípio constitucional da legalidade, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que estabelece:

*A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, [...].*

Não obstante a isso, em razão da relevância do princípio da legalidade, o legislador resolveu não só mencioná-lo explicitamente no art. 3º da Lei de Licitações, mas também deixá-lo expresso no art. 4º, cuja importante norma estabelecida em seu parágrafo único concretiza o processo legal quando diz (apesar da escorregada do legislador, porque não é ato e sim procedimento) que “o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

Um dos pontos mais importantes do princípio da legalidade é a autotutela do Poder Público, ou seja, a possibilidade de anulação de ato administrativo pela própria Administração Pública.

No final de mandato de prefeito municipal de Varre Sai, o dirigente outorgou permissão para exploração de serviço de transporte coletivo – licitação na modalidade de convite – a que concorreu uma empresa (Flecha Dourada MS Transportes Ltda.), com pequeno capital social, constituída bem pouco antes do procedimento licitatório.

Tal ato, no entanto, foi revogado pelo novo prefeito eleito, com base em nulidade do ato. O ato revogado foi posteriormente anulado judicialmente ao argumento de impropriedade conceitual entre as figuras de “revogação” e “anulação”.

Em recurso de Apelação, a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu pelo afastamento do quadro decisório de quaisquer distinções terminológicas, porquanto a tipologia dos atos administrativos é determinada pelo seu

conteúdo, não pela designação vocabular utilizada pelo administrador.

Afirmou-se que diversas ilegalidades revestem-se do ato de outorga considerado ser intuitivo que a licitação para a escolha do prestador do serviço de transporte não pode ser realizada mediante convite e, diante de tais gritantes ilegalidades, caberia primeiramente à Administração providenciar a desconstituição *ex officio* do ato ilegal, conduta administrativa já há muito consagrada no Direito Administrativo pátrio.

Para fazê-lo não carecia o administrador de instaurar processo administrativo para assegurar direito de defesa ao beneficiário do ato, pela simples razão de nada se estar a ele imputando, certo que o devido processo legal somente se faz impositivo aos litigantes e acusados em geral, de acordo com a dicção do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

O ato administrativo de desconstituição resultou da denominada *autotutela administrativa*, princípio que, antes de ser uma faculdade, constitui um dever, pois que não se pode admitir, diante de situações irregulares, que permaneça a Administração inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

Em privilégio desse princípio, tão fundamental à licitação quanto o princípio da isonomia, a Lei nº 8.666, complementada pelas legislações estaduais e municipais correspondentes, permite uma margem pequena de discricionariedade ao administrador. Tal ponto pode ser claramente ilustrado por meio do Acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 5.289, que tramitou perante o Superior Tribunal de Justiça, figurando como relator o ministro Luiz Pereira:

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Vinculação ao edital. Afastamento de critério subjetivo na apreciação de *recurso administrativo*. Ilegalidade do “ato inabilitador de concorrente”. Constituição federal. Arts. 5º, ii, 37 e incs. Xxi e lv, 84, iii. Lei nº 6.404/1976. Lei nº 8.666/1993. Lei nº 8.883/1994. Lei nº 8.987/1995. Súmula 473/stf. 1. *Habilitação técnica reconhecida pela via*

*de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, art. 44, Lei nº 8.666/1993; art. 14, Lei nº 8.987/1995). 2. O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia, numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. No caso não se compõe a discricionariedade sob os albores do interesse público, conveniência e oportunidade. 3. *Segurança concedida parcialmente. (grifo nosso)**

Ensina o professor Roberto Ribeiro Bazilli que:

[...] na verdade, na licitação, por força do princípio da legalidade, como regra são desenvolvidas atividades vinculadas, que não comportam liberdade de atuação. Significa dizer que a Administração Pública, no procedimento licitatório, só pode exarar atos administrativos fundamentados na lei ou no regulamento do certame e que não sejam contrários às normas do ordenamento jurídico com um todo.<sup>55</sup>

À Administração é permitida a escolha do momento da realização da licitação, bem como do seu objeto e da instituição das condições para sua execução e formas de pagamento. Assim, a discricionariedade se esgota no momento preparatório e, uma vez exercida tal faculdade, não pode ser novamente invocada. A Administração, assim como os interessados na licitação, também está vinculada ao conteúdo do ato convocatório.<sup>56</sup>

#### 4.3. Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade decorre do princípio da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Ele demonstra a vedação a distinções baseadas nas características pessoais dos interessados. A decisão impessoal é a que independe da identidade do julgador.

Podemos observar o princípio da impessoalidade ao nos remeter ao art. 45 da Lei nº 8.666/1993, que assegura:

<sup>55</sup> BAZILLI, Roberto Ribeiro; MIRANDA, Sandra Julien. *Licitação à luz do Direito Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

<sup>56</sup> Vale analisar o trecho do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 501.720, oriundo do Rio Grande do Sul, em que figurou como relator o ministro Franciulli Netto: “Registre-se, a título de ilustração, que prevalece na doutrina o entendimento segundo o qual ‘é imperioso que o ato convocatório determine a exata extensão da interpretação adotada para regularidade fiscal e indique os tributos acerca dos quais será exigida a documentação probatória da regularidade’ (JUSTEN FILHO, Marçal. In: *Comentários à Lei da Licitações de Contratos Administrativos*. 9. ed. Dialética, São Paulo, 2006, p. 310). Na hipótese dos autos, a Administração, ao alterar critérios não observou a determinação legal da estrita vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei de Licitações), como também o princípio da isonomia, porque classificou os licitantes, como base nos critérios modificados, que não comprovaram, de forma efetiva, sua regularidade fiscal para participar do certame.”

*Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

Isso significa que a Administração deve pautar-se por critérios objetivos, vedando-se, em regra, a análise por critérios subjetivos, de modo que determinada característica pessoal do licitante possa vir a influenciar no julgamento das propostas.

Também o art. 44 da mesma lei contém o reflexo do princípio da impessoalidade quando diz:

No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei.

Como se vê, então, ela repete critérios objetivos.

Mas, o que são esses critérios objetivos?

Os critérios objetivos estão definidos. São os elementos que vão nortear a Administração no julgamento da licitação. Eles estão no edital – preço, prazo, entrega, garantia –, e são critérios objetivos que não levam em consideração a natureza das pessoas, a natureza subjetiva.

Além disso, diz o § 1º do art. 44 que: “É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa, ainda que indiretamente, ilidir o princípio da igualdade entre os licitantes.” E o § 2º diz: “Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital” (sujeito que sabe que está empatando e faz uma “ofertazinha”), “ou no convite, inclusive financiamento subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes”. É como se fosse uma proposta do tipo: o meu preço é 10% a menos do menor preço que foi licitado. Isto é que não pode ocorrer, é critério subjetivo.

Essas normas são importantes, pois o § 2º do art. 44, da Lei nº 8.666/1993, já foi objeto de pergunta de prova, que foi mais ou menos a seguinte: É possível o sujeito oferecer vantagens não previstas no edital a fim de obter o objeto contratado? É lógico que não; basta conhecer estas normas burocráticas da lei.

A compreensão do princípio da impessoalidade pode ser obtida por meio da análise do acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 403.981, oriundo do Estado de Roraima:

*1. Contratação do ex-procurador geral, vencedor do certame. transmutação do cargo de procurador geral em advogado de confiança no afã de permitir ao profissional o exercício simultâneo da função pública e do munus*

*privado da advocacia. 2. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômico influam na escolha dos exercentes dos cargos públicos; máxime porque dispõem os órgãos da administração, via de regra, dos denominados cargos de confiança, de preenchimento insindicável. 3. A impessoalidade opera-se pro populo, impedindo discriminações, e contra o administrador, ao vedar-lhe a contratação dirigida intuito personae. 4. Distinção salarial entre o recebido pelo assessor jurídico da municipalidade e o novel advogado contratado. condenação na restituição da diferença, considerando o efetivo trabalho prestado pelo requerente. justiça da decisão que aferiu com exatidão a ilegalidade e a lesividade do ato. (grifo nosso)*

Uma mesma questão, portanto, pode envolver a afronta de vários princípios, como foi o caso da exigência de certificado ISO como condição de participação. Trata-se de documentos de procedência estrangeira emitidos por empresa privada mediante remuneração específica, fere os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade o ato administrativo que os exige de firma brasileira como condição para participação de licitação pública no Brasil. Por tal, foi considerada nula a cláusula do edital que continha tal exigência sob pena de desclassificação.

#### 4.4. Princípios da moralidade e da probidade administrativa

Embora não haja na Lei nº 8.666/1993 nenhuma norma que nós possamos associar à moralidade e à probidade administrativa, toda lei, em tese, é reflexo desses princípios, e a Lei de Licitações não poderia ser diferente, se não refletisse tais princípios.

Moralidade e probidade são princípios que se mesclam porque moralidade se relaciona com a ideia comum de honestidade, e probidade significa honradez, integridade, e este termo, quando utilizado no âmbito do Direito, remete o estudioso para o campo da moral, que guarda certos pontos de interseção com aquela ciência. E, no âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente, tratar de probidade é inserir-se no contexto do princípio da moralidade administrativa. Dessa maneira, à Administração não é obrigatório agir conforme a lei, mas com as regras da boa administração, os bons costumes, os princípios de justiça e de equidade. A probidade é a honestidade no modo de proceder.

Assim, ainda que a lei autorize o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral, ele não poderá realizá-la em razão do princípio da moralidade. E a esse princípio soma-se a legalidade. Na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento.

Aliás, o professor José dos Santos Carvalho Filho, em sua festejada obra, sinaliza que dois são os funda-

mentos que legitimam a licitação: a “moralidade administrativa” e a “igualdade de oportunidades”.<sup>57</sup>

A moralidade administrativa é uma norma que impõe às pessoas que de alguma forma se relacionam com a Administração Pública, seja por vínculo funcional ou não, um comportamento plenamente afinado com o interesse público, não só do ponto de vista formal como, também, do ponto de vista material. Nas palavras do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para o administrador praticar uma imoralidade administrativa, basta que use de seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do estrito interesse público a que deveria atender.<sup>58</sup>

A moralidade e a probidade culminam na impossibilidade de obtenção de vantagens pessoais ao administrador. A punição, em razão do desrespeito ao princípio da improbidade, é prevista, ainda, no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, conforme a seguir demonstrado:

Art. 37. [...]
 [...]
 [...]

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Os administradores realizam atos inválidos quando interferem no curso da licitação para beneficiar ou prejudicar concorrente. Os participantes da licitação também têm a conduta vinculada a esses princípios. Havendo conluio ou composição dever-se-á invalidar o certame.<sup>59</sup>

A probidade administrativa, por sua vez, é um capítulo especial do princípio da moralidade administrativa, indicando, igualmente, um dever ético para com a Administração Pública, de modo a que todos os atos praticados sejam harmoniosos com o interesse público, somente se identificando com o interesse de terceiros por questões de coincidência. Um ato da Administração nunca poderá ser praticado com vistas ao benefício de um interesse particular, seja do servidor ou de pessoa a ele relacionada, embora haja a possibilidade de se ter pessoas auferindo vantagens *reflexas* quando da atuação concreta do Poder Público.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> José Carvalho dos Santos Filho assim se manifestou “Quando foi concebido o procedimento de licitação, assentou-se o legislador em determinados fundamentos inspiradores. E um deles foi, sem dúvida, a moralidade administrativa. Erigida atualmente à categoria de princípio constitucional pelo art. 37, *caput*, da CF, a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia. A licitação veio a prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa. Daí a vedação que lhe impõe, de optar por determinado particular. Seu dever é o de realizar o procedimento para que o contrato seja firmado com aquele que apresentar a melhor proposta. Nesse ponto, a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, *ipso facto*, dispensando tratamento impessoal a todos. O outro fundamento da licitação foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração, fornecendo seus serviços e bens (o que é mais comum), ou àqueles que desejam apresentar projetos de natureza técnica, científica ou artística. Ao se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam alijados todos os demais, o que seria de se lamentar tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação. Cumpre, assim, permitir a competitividade entre os interessados, essencial ao próprio instituto da licitação. Como é evidente, esse fundamento se agrega à noção que envolve os princípios da igualdade e da impessoalidade, de obrigatória observância por todos aqueles que integrem os quadros da Administração” (*Curso de Direito Administrativo*. Cidade Lumen Juris, 17. ed.).

<sup>58</sup> MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>59</sup> A propósito, confira-se o disposto no item III do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, baixado pelo Decreto nº 1.171, de 22/06/1994, *textus*: III – A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.

<sup>60</sup> A jurisprudência nos dá exemplos da aplicação desses princípios, valendo conferir: Foi interposta Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de Medida Cautelar contra a Lei nº 147, de 18/04/1990, do estado do Tocantins, que estabelecia normas para venda de lotes e moradias no perímetro urbano, independentemente de licitação, a servidores da Administração Pública Estadual e de outras entidades. Alegada ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição Federal. Deferiu-se a suspensão cautelar de sua eficácia por serem normas que se afiguraram violadoras dos princípios da licitação, assegurador da moralidade dos atos administrativos e do tratamento isonômico que é devido aos que contratam com o Poder Público (ADIn nº 651 MC/TO);

A concessão ou permissão do serviço de transporte coletivo impescinde de prévia licitação, princípio constitucional cardeal para toda a Administração Pública, pois, além de propiciar igualdade de condições e oportunidades para todos os que querem contratar obras e serviços com a Administração, atua ainda como fator de eficiência e moralidade dos negócios públicos (Ap. Cív nº 26199/2001/TJRJ);

Representação por inconstitucionalidade (Lei Municipal nº 1.859 – Maricá). Previsão legal de transferência de concessão de prestação de serviços de transportes públicos. A prévia anuência do Poder Público concedente visando o atendimento ao princípio da adequada prestação

No âmbito das licitações e contratações administrativas, o princípio da probidade impõe, num primeiro momento, que a motivação da contratação seja a satisfação das necessidades da Administração Pública e, num segundo, que os termos do instrumento convocatório sejam elaborados com a preocupação de garantir a isonomia entre os licitantes.

A eventual desatenção a qualquer desses comandos resultará na nulidade do procedimento licitatório, com a consequente responsabilização dos servidores envolvidos no desvio de finalidade, devendo-se observar que a violação do princípio da probidade administrativa não está adstrita aos casos mencionados pelos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

#### 4.5. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade é muito importante na licitação porque todos os seus atos devem ser amplamente divulgados, tanto assim que o art. 21 da Lei nº 8.666/1993, embora burocrático, diz o seguinte, com nova redação dada pela Lei nº 8.883/1994:

*Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências e tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez.*

Porém, esse princípio não se refere exclusivamente à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, mas também aos administrados em geral, para que estes possam fiscalizar os atos da Administração Pública, conforme estabelece o art. 4º da Lei nº 8.666/1993:

*Art. 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.*

Assim, a publicidade é maior conforme o número de competidores. É muito ampla na modalidade da concorrência em que a Administração procura atrair grande número de licitantes e é mais reduzida na modalidade do convite em que o valor do contrato restringe o número de competidores.<sup>61</sup>

Encontramos também o princípio da publicidade explicitado no § 3º do art. 3º da lei em epígrafe quando diz que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Esse direito à informação, inclusive, está consagrado entre as garantias fundamentais individuais e coletivas no art. 5º, XXXIII, da Constituição, que prevê:

*Art. 5º. [...]*

*[...]*

*XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*

Vê-se, então, que o dispositivo infraconstitucional demonstra que o sigilo não pode ser imposto de forma arbitrária, sendo apenas justificável quando outros interesses públicos possam ser efetivamente atingidos.

Além desses artigos, há também na Lei nº 8.666/1993 normas sobre publicidade no art. 15, que cuida das compras, prevendo em seu § 2º que “os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da administração, na imprensa oficial”, e no § 6º, por sua vez, que “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado”, podendo-se conferir, portanto, a presença do princípio da publicidade nesses dispositivos da lei.

Da mesma forma, o artigo seguinte também está ligado à publicidade, pois prevê a publicação de todas as

---

do serviço público, por si só, não afasta a regra impositiva da exigibilidade de licitação, que atende a pressupostos mais amplos da atividade administrativa, notadamente os que informam os princípios da transparência de moralidade, os quais se destinam, não só às partes envolvidas, ou seja, ao Poder concedente a ao concessionário, mas a toda a coletividade e aos que tenham a condição de prestar os mesmos serviços de forma mais adequada, visando o interesse público. O interesse público não subsume apenas à vontade do ente estatal, mas decorre do atendimento a princípios gerais superiores, previstos nas normas constitucionais (Representação de Inconstitucionalidade nº 11/2001/TJ RJ).

<sup>61</sup> Mandado de Segurança – Fornecimento de Cópias de Processo de Licitação – Princípio da Publicidade da Informação. Pelo princípio da publicidade e informação que norteia a administração pública, o interessado tem direito a certidão ou cópia de documento público, neles se incluindo os processos em formação, em andamento ou concluídos os pareceres de órgãos técnicos, despachos e atos de julgamentos do processo de licitação pública (TSMS – RS – 55.029-0 – Segunda Turma Cível; Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves).



compras realizadas pela Administração Pública, estando assim estabelecido:

*Art. 16. Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela administração direta ou indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por item as compras feitas com a dispensa e inexigibilidade de licitação.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de dispensa de licitação previstos nos inciso IX do artigo 24.*

O parágrafo único do artigo *supra*, como podemos observar, prevê a ausência de publicidade, que é admitida “quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional”. Assim, somente no caso de a publicidade colocar em risco outros interesses atribuídos ao Estado, como as contratações que envolvem questões sigilosas, é que a divulgação será dispensada. E é isso que estabelece o inciso IX do art. 24. Por óbvio, entende-se que tal ação somente ocorrerá nos estritos limites da necessidade.

Do contrário, chamamos a atenção para o art. 21, § 4º, da Lei, já anteriormente transcrito.

Isso significa que o edital pode ser modificado, embora determine a publicação e a reabertura de prazo, salvo quando isto não influenciar na formulação das propostas.

Outro artigo ligado ao princípio da publicidade é o art. 39 da lei em comento, que prevê a realização de uma audiência pública sempre que o valor estipulado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23, I, alínea c, desta lei, quando, então, “o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública”.

Ainda quanto ao princípio da publicidade, anote-se que o § 1º do art. 41 é muito importante, pois ele diz que:

*Art. 41. [...]*

*§ 1º. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei, devendo protocolar o pedido até 5 dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação,*

*devendo a administração julgar e responder à impugnação em até 3 dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.<sup>62</sup>*

Por sua vez, com nova redação dada pela Lei nº 8.883/1994, o § 2º do art. 41 prevê:

*Art. 41. [...]*

*[...]*

*§ 2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que variam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.*

Portanto, o art. 41, nesses dois parágrafos, cuida da impugnação do edital, ora pelo licitante, ora pelo cidadão, prevendo dois prazos distintos. E isso está ligado ao princípio da publicidade, sem dúvida alguma.

O que há para se destacar, no entanto, é o seguinte: todos os editais de que temos conhecimento têm uma cláusula dizendo que a aquisição do edital impede de se entrar com a impugnação porque significa uma concordância tácita de seus termos. Entretanto, achamos isso um absurdo, já que a lei prevê a impugnação, mesmo porque, naquele momento em que se adquire o edital ou, se for o caso, a carta-convite, não se tem ainda condições para analisá-lo (às vezes, o edital tem três volumes). Desse modo, significaria inibir o acesso ao direito de petição, cuja norma tem sede constitucional (art. 5º, XXXIV) que assegura o direito de petição aos órgãos do Poder Público em defesa de direitos pessoais, e é claro que isso não poderia ser inibido pela Administração Pública. Portanto, com o devido respeito, achamos que esta norma do edital não é relevante; eles colocam isso só para impressionar.

Sobre o tema da aplicação do princípio da publicidade à licitação algumas decisões judiciais são pertinentes para compreender a sua utilidade, senão, vejamos:

Se por força de decisão do E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro são modificadas as condições originárias do edital de concorrência pública para prestação de serviço público de transporte urbano, entende-se que deve a administração municipal reiniciar o procedimento licitatório, a fim de preservar a publicidade inerente aos atos administrativos além de reabrir oportunidade de no-

<sup>62</sup> O § 1º do art. 113 prevê a possibilidade de representação aos órgãos do Tribunal de Contas.

vos interessados participarem do certame, porque novas as condições oferecidas pela Administração (Duplo Grau Obrigatório de Jurisdição 129/2003/TJ RJ).

Em Agravo de Instrumento deduzido pela Petrobras desafiando decisão antecipatória de tutela deferida para permitir a participação de não convidado em licitação realizada para construção das plataformas de petróleo P-51 e P-52, pela modalidade de convite – modalidade de licitação que tem restrita publicidade. Compreendeu a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ser de densidade constitucional duvidosa o Decreto nº 2.752/1998 que, inovando em relação à Lei nº 8.666/1993, não estabelece qualquer limite econômico para a realização do convite, bem como não faculta à participação de outros interessados do ramo objeto da licitação em curso. Em razão da plausibilidade do pleito esposado bem reconhecida, conforme considerado, em sede de cognição sumária, desde que escorado nos princípios da universalidade, competitividade e indisponibilidade da coisa pública compreendeu-se que a decisão não foi teratológica, contrária à lei ou a prova do auto manutível. O recurso da Petrobras foi improvido, pois a Corte entendeu incensurável a decisão interlocutória objeto do recurso (AI 20729/2002/TJ RJ).

Com efeito, o mais importante a se realçar é aquilo que o princípio da publicidade representa para as licitações e contratos administrativos, como bem sustenta o professor Adilson Abreu Dallari, ao dizer que com maior publicidade, com a maior transparência, com o acesso verdadeiramente público aos documentos da licitação, diminuem as possibilidades de conluio e fraudes.<sup>63</sup>

#### 4.6. Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo encontra fundamento em dois princípios gerais do Direito Administrativo, que são o da impessoalidade e o da moralidade, expressamente previstos no *caput*, do art. 37, da Constituição, encontrando-se positivado no *caput*, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, sendo ele um princípio específico dessa lei.

Em outras oportunidades, a lei geral das licitações deixou consignado, expressamente, o princípio do julgamento objetivo, valendo a transcrição dos arts. 44, *caput*, e § 1º, e 45, *caput*, em que se lê:

*Art. 44. No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei.*

*§ 1º. É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes;*

*Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

Assim, o princípio do julgamento objetivo é aplicado em duas fases da licitação: na habilitação, quando se verifica a idoneidade dos licitantes, e, principalmente, no julgamento das propostas. Esse princípio impede que seja usado o subjetivismo ou personalismo por parte de algum membro da comissão. Muito pelo contrário, os critérios deverão estar rigorosamente vinculados a procedimentos expressos na lei e no edital.

A comissão, por causa do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que a seguir será analisado, precisa estabelecer os critérios que nortearão o julgamento objetivo. Isso porque, na hora do julgamento, ou mesmo na verificação da idoneidade, estará a Administração atrelada àquilo que está disposto no instrumento, para que haja um julgamento objetivo. Qualquer outro critério que aí não seja buscado, poderá ser considerado subjetivismo da parte da comissão, podendo ser anulado o julgamento, até mesmo por Mandado de Segurança, de acordo com os arts. 3º e 4º da Lei nº 8.666/1993.

A finalidade desse princípio, então, pode ser dividida em duas fases: na primeira, confronta-se a documentação apresentada com o rol de exigências do edital, habilitando apenas aquelas que o atendam; na segunda são examinadas as propostas sem parcialidade, mas com critério absolutamente equânime, primeiro em confronto com as exigências do edital, depois, em confronto umas com as outras, classificando-as, se atenderem, objetivamente, àquilo pedido no edital.

O princípio em tela impede, portanto, que os responsáveis pela condução do procedimento licitatório tenham o poder de julgar as propostas com base em critérios que não sejam passíveis de apreciação por outras pessoas, especialmente os próprios licitantes e os órgãos responsáveis pelo controle interno (auditorias internas) e externo (Tribunal de Contas de União, por exemplo) da atuação da Administração Pública.

<sup>63</sup> DALLARI, *op. cit.*, p. 105.

Imagine se seria possível estabelecer num edital de licitação, aberta para fins de aquisição de frota de veículos de transporte de autoridades políticas, que sairiam vencedores aqueles cujos automóveis fossem considerados os mais bonitos e charmosos. Quem seria capaz de definir essas qualidades, que são apreciáveis de acordo com a concepção subjetiva de cada um sobre tais conceitos?

Importante, aqui, é verificar que o dever de garantir um julgamento objetivo das propostas já se manifesta no momento da elaboração do instrumento convocatório, já que é nele que devem estar definidos os critérios que nortearão a eleição da proposta mais vantajosa.

Conforme diz Hely Lopes Meirelles:

Nulo é, portanto, o edital omissivo ou falho quanto aos critérios e fatores de julgamento, como nula é a cláusula que, ignorando-os, deixa ao arbítrio da Comissão Julgadora a escolha da proposta que mais convier à Administração.<sup>64</sup>

Observação semelhante é feita pelo professor Marçal Justen Filho, para quem:

O ato convocatório não pode se restringir a indicar, de modo teórico e abstrato, os critérios que nortearão o julgamento. Não basta, por exemplo, o edital estabelecer que as propostas serão julgadas segundo o fator de “qualidade”. É imperioso que se defina em que consistirá a “qualidade” no caso concreto. Deverá indicar se se trata de durabilidade do bem, pluralidade de usos, facilidade de manutenção, aceitabilidade do sabor etc.<sup>65</sup>

A título de ilustração, o professor Marcos Juruena Villela Souto nos esclarece:

É comum – porém ilegal em licitações nacionais – a presença de expressões como “adequado”, “suficiente”, “completo”, “primeira linha”, “imediatamente” etc., sem um parâmetro objetivo para aferição e atribuição de pontos (especialmente quando há licitações de técnica ou exame de metodologia de execução, para fins de habilitação).<sup>66</sup>

Desrespeitado esse requisito do estabelecimento de critérios objetivos para o julgamento das propostas, nulo será o ato convocatório e, por consequência, todo o procedimento licitatório que eventualmente se desenvolver sem o acerto do vício.

#### 4.7. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Clássica é a lição do professor Hely Lopes Meirelles, no sentido de que “o edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu”.<sup>67, 68</sup>

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está previsto expressamente no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, com reflexos nos arts. 41, 44 e 45 do mesmo diploma legal. É no edital ou na carta-convite (espécies do gênero *instrumento convocatório*) que estão estabelecidas as regras básicas a serem observadas naquela determinada licitação. Descumpridas tais regras, nulo se torna o certame, podendo os prejudicados ou qualquer cidadão se valerem do Judiciário para sanar o vício, com a anulação das partes do procedimento que se acharem manchadas pela irregularidade.<sup>69</sup>

Repare, entretanto, que o edital ou a carta-convite são atos administrativos e, como tais, estão submetidos às normas legais reguladoras das licitações e dos contratos administrativos, haja vista o que dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da República (princípio da legalidade).

Daí resulta que o princípio em tela deve ser entendido em seus devidos termos. Não se pode crer que o edital (ou a carta-convite) seja o único instrumento de disciplina das licitações. O instrumento convocatório deve estar ajustado às regras legais e constitucionais que regem as licitações e, quando não estiver, não vinculará da forma antes anunciada.

<sup>64</sup> MEIRELLES. *Licitações...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 448-49.

<sup>66</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 67.

<sup>67</sup> MEIRELLES. *Licitações...*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>68</sup> A expressão já é consagrada, inclusive no Judiciário, senão, vejamos a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 401646): “Administrativo e Processual Civil. Licitação Pública para Exploração do Serviço de Transporte Público Alternativo do Distrito Federal. Recusa da Permissão, com Fundamento no Item “7.4 – D” do Edital. Cabimento. Ofensa ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21/06/1993. Inocorrência. 1. O Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes. 2. Se o licitante praticou ato ilícito, definido no edital, sob cominação de desclassificação, não pode reclamar por haver recebido tal pena. Não há, em tal situação, ofensa ao art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/1993. 3. Recurso improvido.

<sup>69</sup> De acordo com as lições do professor Marçal Justen Filho (*op. cit.*, p. 417) “Sob um certo ângulo o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos.”

A doutrina, entretanto, entende que a Administração não pode descumprir o edital nem mesmo na hipótese de o considerar ilegal, especialmente em razão do que dispõe o art. 41 da Lei nº 8.666/1993, que diz: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Por outro lado, diante da constatação de ilegalidade do edital, não poderá o administrador se manter inerte. A solução, contudo, não será o descumprimento das regras editalícias, mas sim a anulação das mesmas, seguindo-se com a republicação de seus termos, já com as alterações que se fizerem necessárias ao ajuste com a legislação vigente.<sup>70</sup>

Diga-se, por fim, que há decisões no sentido de que a alteração da legislação, no curso do procedimento licitatório, não resultará em necessária modificação do edital, mesmo quando produzir contraste entre eles. A verdade é que o edital se rege pela lei vigente ao tempo de sua publicação, como ficou assentado na decisão da Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, que julgou a Apelação em Mandado de Segurança nº 87.260, senão, vejamos:

*Licitação. Edital. Lei posterior.*

*Publicado o edital, não pode o mesmo ser modificado, sob pena de ser cancelada a concorrência e se estabelecer novas normas através de outro edital. Por outro lado, normas posteriores à publicação do edital não podem alterar as regras no mesmo estabelecidas, se estas observaram a legislação vigente na época.*<sup>71</sup>

Em suma, há, de certo, uma necessária vinculação ao instrumento convocatório pela Administração Pública, que, entretanto, diante de ilegalidades no mesmo, deverá anular o procedimento até onde ele se achar prejudicado pelo vício, reiniciando todo o procedimento, inclusive com a publicação do edital revisto.<sup>72</sup>

Portanto, seja qual for o instrumento convocatório, vincula-se a Administração, sempre, de modo apertado e estrito, necessariamente, aos termos desse instrumento. Mesmo se errou, em algum termo, mas não quis corrigi-lo, ou anulá-lo, terá que a ele se ater e se aferrar com rigor, até porque a licitação é procedimento vinculado, e não discricionário, não podendo a Administração Públi-

ca ficar criando regras não previstas no edital, estabelecendo convenções ou fixando normas inéditas.

Esse princípio está intimamente ligado ao princípio do julgamento objetivo, e podemos exemplificá-lo da seguinte maneira: se, por acaso, o edital exige, para a habilitação para construção de uma penitenciária, que as empresas demonstrem ter experiência anterior em construção de estabelecimentos penais (já que essa é uma construção pouco comum, com exigências técnicas particulares e especiais), a Comissão somente deverá habilitar quem demonstre já ter construído tais estabelecimentos, não podendo habilitar quem construiu apenas, por exemplo, hospitais ou estradas. A garantia, a todos os interessados, de que somente quem construiu penitenciárias será habilitado, constitui exatamente a materialização, a operacionalização dos dois princípios específicos de licitação: primeiro, o do julgamento objetivo – quem não as construiu, seja quem for, por que foi, será inabilitado; segundo, o da vinculação ao instrumento convocatório – a Comissão não pode habilitar quem não cumpriu o requisito do edital, no caso, o de ter construído estabelecimentos penais. Como se pode verificar, mesclam-se, portanto, esses dois princípios.

#### 4.8. Princípios correlatos

Além dos princípios antes analisados, o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 faz menção a outros que lhes sejam correlatos, sem, contudo, dizer quais são. A importância maior dessa disposição está em não se restringir o rol de princípios não vislumbrados pelo legislador no momento de concepção da norma, mas que, mesmo assim, deverão ser observados pelas pessoas envolvidas no procedimento licitatório, seja do lado da Administração, seja do lado dos pretendentes à contratação.

Por tal, não há uniformidade entre os doutrinadores quanto ao número de princípios correlatos, uns relacionando mais, outros menos, o que não significa, em absoluto, que menos importância deem a esse ou aquele princípio.

Por isso, relacionamos alguns, de nosso alvitre, começando pelo *princípio da indisponibilidade do inte-*

<sup>70</sup> É o que reza o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, *ipsis litteris*: “Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

<sup>71</sup> RDA nº 166, p.111, 2006.

<sup>72</sup> A propósito, o STJ assim se pronunciou (REsp 253008/SP): “Administrativo. Recurso Especial. Concorrência Pública. Edital. Requisitos. Descumprimento. Inabilitação. 1. Os requisitos estabelecidos no edital de *licitação*, ‘lei interna da concorrência’, devem ser cumpridos fielmente, sob pena de inabilitação do concorrente. 2. Recurso especial improvido”.

resse público, que está intimamente ligado ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, base de todo o pensamento jurídico administrativo, que decorre do entendimento de que o direito não é apenas um instrumento de garantia dos direitos do indivíduo, sendo, ainda, um meio para consecução da justiça social, do bem comum e do bem-estar coletivo, daí afirmar-se que o administrador não pode dispor dos interesses públicos cuja guarda lhe é atribuída. Os poderes da Administração têm o caráter de poderes-deveres, melhor dizendo, ela não pode deixar de exercê-los, sob pena de responder por omissão.<sup>73</sup>

Outro princípio correlato aos demais é *princípio da ampla competitividade*, que implicitamente se encontra no inciso I, § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, já visto anteriormente, pois tal veda aos agentes públicos restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação.

O princípio da competitividade é reflexo do princípio da igualdade, uma vez que a competição entre os licitantes estará prejudicada *ab initio* pela simples falta de consideração isonômica entre os licitantes, retirando alguns do páreo e restringindo a possibilidade de a Administração Pública celebrar um contrato mais vantajoso.

Vejam os casos hipotéticos que afronta esse princípio em análise. A Telern deseja adquirir x carros para sua frota, sendo que estes têm que ter a capacidade para carregar uma espécie de escada sobre seu teto. Para efetuar a concorrência, essa empresa fictícia lançou um edital em que, nas características do objeto, descrevia uma espécie de calha sobre o teto, que somente os carros de determinada marca possuíam. Tal calha não era essencial para a finalidade que eles almejavam, haja vista a empresa prejudicada haver provado isto, inclusive demonstrando o menor preço de seu produto. Claro está que, nesse caso, de-

vido a um dispositivo irregular presente no instrumento convocatório, houve uma afronta ao princípio da ampla competitividade, restringindo o número de concorrentes.

Além desses, podemos também citar o *princípio da proporcionalidade*, levando-se em conta que a finalidade da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa, devendo proporcionar, simultânea e conjuntamente, igualdade de condições a todos os concorrentes.<sup>74</sup>

A proporcionalidade indica uma ponderação de valores, ou seja, a compatibilização de modo que permita que todos sejam realizados e satisfeitos. A proporcionalidade exclui interpretações que tornem inúteis as finalidades buscadas pelas normas.

Segundo o professor Marçal Justen Filho:

Pode distinguir-se a relevância do princípio da proporcionalidade nas hipóteses de atividade discricionária e vinculada. Na primeira, o administrador recebe do Direito o dever de escolher a solução mais adequada para satisfazer o interesse público. Na última, o interesse público é satisfeito através da solução determinada em lei.<sup>75</sup>

Assim, a decisão de realizar contratação administrativa de certo objeto, envolvendo um dispêndio determinado de verbas públicas, faz-se segundo o princípio da proporcionalidade.

O professor Marçal Justen Filho assinala que o princípio da razoabilidade equivale ao princípio da proporcionalidade, assim também o fazendo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que afirma, sobre o princípio da razoabilidade:

Ele pode ser visto em relação à lei e, nesse sentido, é intimamente ligado aos princípios da isonomia e do devido processo legal, substantivo; e pode ser visto em relação aos atos da Administração e, nesse sentido, confunde-se com o princípio da proporcionalidade entre meios e fins,

<sup>73</sup> Segundo o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos...*, *op. cit.* p. 23), “[...] a indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*”.

<sup>74</sup> Dando respaldo a essa orientação, o STJ já decidiu que “As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa” (MS 5.606/DF; Rel. Min. José Delgado).

<sup>75</sup> Ainda segundo o mestre Marçal Justen Filho (*op. cit.*, p. 69), “como decorrência, a atividade discricionária exige que o administrador respeite o princípio da proporcionalidade ao formular as escolhas acerca da solução mais adequada. Isso se faz através da observância aos princípios jurídicos fundamentais, os quais deverão ser harmonizados em face da situação concreta examinada. Não significa afirmar que a proporcionalidade não se aplique nos casos de atividade vinculada. A solução do caso concreto sempre envolve interpretação da norma abstrata e individualização de seus efeitos para a situação real. Essa operação terá de ser norteadada pelo princípio da proporcionalidade. É que nenhuma lei exaure integralmente a liberdade do intérprete – aplicador, o que deriva da própria textura aberta da linguagem. Cada expressão legislativa demandará interpretação, impondo ao aplicador não apenas o encargo da revelação do significado semântico dos vocábulos, mas em especial o dever de considerar o ordenamento jurídico na sua integralidade, os fins buscados pelo Direito e pela sociedade e assim por diante. Negar incidência ao princípio da proporcionalidade nos casos de competência vinculada corresponderia a supor atividade meramente mecânica do agente administrativo, o que não ocorre”.

ainda que esse não seja todo o seu conteúdo possível. Em um e outro caso, ele serve de limite à discricionariedade, seja do legislador, seja do administrador público.<sup>76</sup>

Dessa maneira, a autora reforça que tem que haver uma relação entre a imposição legal e o objetivo imposto pelo ordenamento jurídico, sob pena de inconstitucionalidade. A medida administrativa, segundo ela, é irrazoável quando haja desproporção entre meios e fins que se pretende alcançar, como, por exemplo, a exigência de uma prova de língua estrangeira para o cargo de contínuo em uma repartição pública.

Também correlacionado aos princípios explícitos na Lei nº 8.666/1993, o *princípio da razoabilidade* encontra-se implícito no mesmo inciso I, do § 1º, do art. 3º, dessa lei, figurando, do mesmo modo, ou seja, implicitamente, no art. 37, XXI, da Constituição Federal, quando, ao obrigar a licitação para compras, alienações, obras e serviços, permite somente exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Diversos são os julgados que fazem menção à utilização do implícito princípio da razoabilidade para o procedimento licitatório, conforme a seguir demonstrado:

A decisão do Tribunal de contas que, em harmonia com os princípios constitucionais de autonomia municipal para organizar os seus serviços, da moralidade, da legalidade e da razoabilidade, determina que a Administração Pública invalide licitação realizada para a concessão do serviço de transporte coletivo e apenas assina prazo para a celebração de contratos excepcionais com as empresas prestadoras de serviço, sem determinar exclusividade, não enseja o direito líquido e certo daquela que já o presta (Ap. Civ. 547/2003/TJRJ);

Concessão de liminar com a finalidade de que um dos concorrentes, o qual tivera sua participação recusada no certame, possa dele participar. Prevalência dos princípios da razoabilidade e da competitividade em razão do interesse público a recomendar a manutenção da medida deferida *initio litis* até apreciação final do writ impetrado (AI 15219/2000/TJRJ).

A irrazoabilidade, no entanto, não pode ser entendida como abuso de poder, pois nesse caso o vício tem relação com a finalidade do ato e não com os meios utilizados para atingi-lo. O princípio da razoabilidade tem

aplicação apenas onde haja discricionariedade do Administrador Público.

O princípio da razoabilidade deve ser aplicado no ato de convocação, de modo que qualquer exigência que demonstre distinção em relação a algum licitante apenas terá validade se for pertinente ao específico objeto do contrato. Caso contrário, haverá ofensa ao princípio da razoabilidade e da isonomia entre os licitantes.<sup>77</sup>

Por isso, registramos o *princípio da indistinção* como correlato, que se acha implícito no art. 3º, § 1º, II, da Lei nº 8.666/1993, que veda aos agentes públicos estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou outra qualquer.

Nesse compasso, fazemos uma remissão ao art. 19, III, da Constituição, que dispõe que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

Portanto, é vedado colocar no edital que será dada preferência a algum produto, por exemplo, produzido em Maranguape, porque isso violaria o princípio da indistinção, o que conduz, por via paralela, ao *princípio da inalterabilidade do edital*, inscrito no já citado art. 41 do Estatuto das Licitações, constante do rol apresentado pelo professor José dos Santos Carvalho Filho.<sup>78</sup>

Em consequência disso, poderíamos então perguntar: o contrato administrativo pode inovar o instrumento convocatório? Ter outras cláusulas que tal instrumento não tenha?

Não, porque a minuta do contrato administrativo deve integrar o próprio edital de licitação. Quando analisamos o art. 62, § 1º, da Lei, podemos verificar que a minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação. Então, as pessoas que adquirem o edital e participam da licitação estão na crença de que aquele contrato é o que será realizado. Ora, se se modifica o contrato, significa que a licitação está sendo modificada, por tabela, mesmo porque alguma pessoa que dela poderia participar teria seu acesso negado, não fosse aquela alteração promovida, o que dificulta o ingresso na licitação, e por isso é que o contrato integra o edital, como se dele fosse parte integrante. Portanto, o edital não pode ser modificado, a não ser que haja publicidade também àquilo que foi modificado. E pode acontecer.

Além desses, outros princípios poderiam ser mencionados, mas ficamos por aqui.

<sup>76</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 30.

<sup>77</sup> Licitação Público. Edital. Capital Mínimo. A exigência quanto a capital mínimo, posta em edital de licitação pública, há de ser compatível com as tarefas a cargo da concorrente, de sorte a não se ferir o princípio da razoabilidade e, assim, alijar-se do certame empresas menores, nem por isso menos capazes de cumprir o encargo pretendido (TJDF – APC 20040110558496 – Primeira Turma Civil; Rel. Des. Jair Soares).

<sup>78</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 194.

## 5. Análise das definições contidas na Lei nº 8.666/1993

Na seção II do Capítulo I, o legislador da Lei nº 8.666/1993 tratou das definições utilizadas ao longo do texto, com o intuito de padronizar o entendimento de certos vocábulos de importância espacial, evitando, assim, equívocos muitas vezes decorrentes de manipulações interpretativas vinculadas a interesses não associados ao bem comum.

A crítica que se pode estabelecer a esse tipo de comportamento do legislador é relacionada ao entendimento de que a compreensão das expressões utilizadas nos textos legislativos é tarefa que cabe ao intérprete da norma, e não aos seus criadores. Caberia, assim, aos glosadores e aos órgãos jurisdicionais, principalmente, a tarefa de interpretar as expressões utilizadas pela lei, sem se esquecer que também a Administração Pública exerce esse mister para poder aplicá-la de maneira adequada.

E, se essa ideia for levada às últimas consequências, poder-se-á chegar à conclusão de que as definições legais são violadoras do princípio da separação de poderes, por limitar a atividade interpretativa dos órgãos da Administração Pública e, em especial, do Poder Judiciário.

Tal entendimento, contudo, não conseguiria prevalecer hoje em dia, até porque as definições, na maioria das vezes, ajudam mais do que atrapalham, sendo, às vezes, imprescindíveis para que se consiga aplicar uma ou outra regra legal. De qualquer forma, fica a ressalva, até porque a qualidade das definições legais nem sempre são das melhores, como se verificará nesta oportunidade.

Começamos, então, pela análise das definições contidas no art 6º da Lei nº 8.666/1993, ressaltando, desde já, que, em alguns casos, pela desnecessidade, não nos deteremos em alguns da mesma forma que em outros, em que tal necessidade se revelar.

No primeiro inciso, a lei define *obra* como sendo “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”. E, logo nesse item inaugural, surge a crítica da imprecisão, já que várias coisas podem ser construídas, ampliadas, recuperadas, fabricadas ou reformadas sem que se possa dizer que se trata de uma obra, ao menos essa a que o legislador quis se referir.

Na verdade, a definição utilizada pelo legislador é meramente exemplificativa, deixando, contudo, de mencionar algo que seria essencial: a referência à *engenharia civil*. O que o legislador quis descrever, pelos exemplos utilizados, foram as atividades mencionadas que guardem relações com aquela especialidade da engenharia. De modo que se poderia afirmar que a construção de uma ponte, a restauração de um prédio tombado ou ou-

tras atividades relacionadas com a *execução* de tarefas (entenda-se que o que se pretende com a utilização do termo *execução* é afastar a mera elaboração de projetos) inseridas na alçada dos engenheiros civis serão consideradas obras para efeito da Lei de Licitações. Por outro lado, não constitui *obra*, no sentido legal, a reparação de um quadro de um pintor famoso ou de uma escultura do brasileiro Aleijadinho, por exemplo.

No segundo inciso do art. 6º, o legislador tentou, sem sucesso outra vez, definir o que seria um *serviço*, referindo-se a ele como:

Art. 6º. [...]

[...]

II – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Repare, a título de exemplo, que o termo “reparação” se encaixa com perfeição no conceito de obra, quando relacionado com a construção civil, tal qual demonstrado no exemplo anteriormente referido da reparação de um prédio tombado. É certo que se trata de um serviço, mas não de um serviço qualquer. Trata-se de um serviço de engenharia, enquadrável no conceito de obra.

O legislador, ao conceituar “serviços”, utilizou-se, após frustrada definição, de exemplos que poderiam ser resumidos como toda atividade que envolva a produção de uma utilidade economicamente avaliável, desde que não enquadrada no conceito de obra. Dessa forma, teria sido mais simples e correto, salvo melhor juízo.

As *compras e alienações*, previstas nos incisos III e IV, assim como os *serviços, compras e obras de grande vulto e seguro-garantia*, previstos nos incisos V e VI, enquadram-se naqueles casos em que a definição oferecida pelo legislador não merece maiores comentários, até pela simplicidade do objeto analisado.

Passemos, então, à definição de *execução direta e execução indireta*, tratadas nos incisos VII e VIII do art. 6º da Lei nº 8.666/1993. Quando se fala em execução direta, está-se a referir à atuação da Administração Pública pelos seus próprios meios, sem a necessidade de estabelecer vínculos contratuais com outras pessoas. Já a execução indireta indica a atuação da Administração por intermédio de terceiros contratados.

Aqui merece explicarmos que, se a execução de uma tarefa, que caberia à União, por exemplo, for feita por uma autarquia federal, não será considerada execução indireta, porque a pessoa executora da tarefa está inseri-

da no conceito de Administração Pública Federal. Seria indireta, se fosse contratada a execução de tal tarefa com uma empresa particular.

A título de justificar tais definições, podemos imaginar a elaboração de um projeto básico de uma determinada obra por engenheiros do Departamento de Obras de um determinado Município, que é um serviço executado pela utilização de meios próprios da Administração e, portanto, de *execução direta* da referida tarefa. Por outro lado, se a execução da obra *for contratada com uma determinada construtora*, nesse caso, estamos tratando de uma *execução indireta* da tarefa.

A execução indireta pode ser realizada pelos seguintes regimes:

- **Empreitada por preço global.** Quando se contrata a execução de uma obra ou serviço, com base em preços certos e quantidades determinadas. Imaginemos a contratação de uma empresa de entregas rápidas por um período de 12 meses. Nesse período, todas as entregas que fossem feitas estariam englobadas no preço ajustado.
- **Empreitada por preço unitário.** Quando a execução de uma obra ou serviço for feita com base em preços certos, mas unitários, de modo que as quantidades sejam ajustadas na medida da necessidade. O preço é ajustado previamente, mas as quantidades não, de modo que se pode ter uma variação de valores a serem desembolsados pela Administração.

Utilizando o exemplo anterior, da empresa de entregas rápidas, imaginemos que estivessem estipulados preços diferenciados para a entrega das encomendas de acordo com o peso e a distância. Nesse caso, a Administração contrataria individualmente a execução de cada uma dessas entregas, mas sob o pálio de um “contrato-mãe”, em que estivessem fixadas as regras gerais do acordo de vontades.

- **Empreitada integral.** Na empreitada integral, a contratação é de um “empreendimento em sua integralidade”, compreendendo tudo o que for necessário para que se apresente o resultado à Administração, pronto para a sua utilização. Imagine o planejamento, a construção, a instrumentalização (com pedágios, radares, sinalização etc.) de uma grande via rodoviária dentro de um determinado Município. Se tudo isso é entregue a uma mesma empresa, exigindo-se da Administração Pública somente o pagamento do preço ajustado com aquela contratada, ficando tudo o mais a cargo da

primeira, estaremos diante de uma empreitada integral. A Administração paga o preço e espera o recebimento do resultado.

É de se destacar, aqui, que o professor Marçal Justen Filho entende que o termo “empreendimento”, utilizado pelo legislador para definir a empreitada integral, indica a entrega de um bem ou serviço que servirá para a produção de outras utilidades. O objeto contratado não seria um “bem de consumo”, tal qual definido pela Economia.

- **Tarefa.** Trata-se da contratação de pequenas tarefas por preço certo, com ou sem o fornecimento de material. Não é difícil imaginar situações que poderiam ser, por exemplo: a contratação de um eletricitista para instalar um aparelho de ar condicionado na repartição; a contratação de um despachante para conseguir uma certidão da Junta Comercial de um Estado distante (em que a viagem de um servidor apresentaria um custo muito mais elevado e injustificado), dentre outras.

Continuando as definições, passemos à distinção entre o *projeto básico* e o *projeto executivo das obras e serviços*, cujos conceitos se acham nos incisos IX, *a* a *f*, e X, do art. 6º, da Lei nº 8.666/1993. Começemos por dizer, como ensina o professor Marçal Justen Filho, que o projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou do serviço, mas a demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução.

Tal peça deve tratar de questões relacionadas com o serviço ou a obra em si, mas também de questões de natureza econômica, jurídica, administrativa, como prazos, conveniência e oportunidade etc. A disciplina da execução da obra ou serviço são pertinentes ao projeto executivo. Este sim deverá detalhar a maneira pela qual se executará a tarefa, sendo necessariamente elaborado de acordo com as normas técnicas estabelecidas pela ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

As demais definições, por sua simplicidade e suficiência com que foram tratadas pelo legislador, não carecem de maiores comentários.

Passemos, então, à análise das regras pertinentes às obras e serviços e, em seguida, trataremos das compras e das alienações.

## 6. Disciplina específica das obras e serviços

As obras e serviços, apesar de terem definições diferentes, mereceram disciplina conjunta pelo fato de as primeiras serem espécies dos segundos. Vale dizer,



obra nada mais é do que uma espécie de serviço, tal qual mencionamos no item 4 desta parte do trabalho. Daí decorre a possibilidade de serem descritas conjuntamente as regras pertinentes a obras e serviços.

Dito isso, parece-nos conveniente dizer, desde já, que as obras e os serviços podem ser executados direta ou indiretamente, ou seja, pela própria Administração Pública, utilizando-se de seus próprios recursos, ou por terceiros contratados. E é só nessa segunda hipótese que nos interessa o estudo, já que, quando a execução é direta, não há que se falar em licitação.

Adiantada, então, a regra do art. 10 da Lei nº 8.666/1993, iniciemos a análise da disciplina da licitação das obras e serviços pelos seus requisitos primeiros, que são o projeto básico, o projeto executivo e, por fim, a própria execução.

Em primeiro lugar, a Administração verificará a necessidade de adquirir determinado serviço ou realizar determinada obra, visando sempre à satisfação do interesse público. Por exemplo, verificando o grande fluxo de automóveis na cidade, decide a Prefeitura construir uma rodovia elevada, que desafogaria o tráfego consideravelmente.

Os órgãos responsáveis, então, farão a estimativa de custo, levando-se em consideração as desapropriações a serem feitas, as despesas com a licitação, com a elaboração do projeto executivo, o material a ser utilizado, se não for fornecido pela contratada para a execução da obra etc. A Administração providenciará as formalidades necessárias à realização da licitação, como a nomeação de uma comissão de licitação, a autorização da autoridade competente, a declaração do ordenador de despesas de que os custos do empreendimento são compatíveis com a dotação orçamentária disponível etc. Tudo isso constará do projeto básico, conforme restou esclarecido no item anterior.

Vencida essa etapa, será elaborado o projeto executivo, em que ficarão detalhados os passos de ordem técnica a serem seguidos para a execução da obra. Será uma espécie de manual de execução da obra, que orientará a construtora a ser contratada a desempenhar sua função.

Registre-se, aqui, que a elaboração dos projetos básico e executivo será feita com a observância de alguns requisitos, especialmente a segurança, a funcionalidade e adequação ao interesse público, economia na execução, conservação e operação, cumprimento das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho e o impacto ambiental.

Depois de concluídos os projetos básico e executivo, parte-se para a execução da obra, sendo certo, é claro,

que esta última etapa dependerá da conclusão do procedimento licitatório, com a adjudicação do contrato ao vencedor da competição.

Nesse ponto, deve-se esclarecer que, conforme disposição legal (art. 7º, § 1º, da Lei nº 8.666/1993), a execução de cada etapa depende da conclusão da etapa anterior. No entanto, o mesmo dispositivo legal estatui uma regra excepcional, que prevê a possibilidade de a execução da obra se iniciar antes de concluído o projeto executivo. Ou seja, é possível, desde que haja autorização expressa nesse sentido, que a execução da obra acompanhe cada etapa de elaboração do projeto executivo, de modo que viabilize uma flexibilidade maior na elaboração desta última peça técnica, que pode merecer reparos durante a execução da obra.

A realização da licitação, entretanto, não poderá ser iniciada (entenda-se: não poderá ser publicado o instrumento convocatório) se já não houver a aprovação do projeto básico, orçamento detalhado em planilhas de custos unitários, previsão de recursos orçamentários que assegure o cumprimento das obrigações a serem assumidas quando da assinatura do contrato e desde que o resultado a ser obtido esteja contemplado pelo Plano Plurianual.

No que se refere à questão orçamentária, o art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal – a Lei Complementar nº 101/2001 – impõe que o ordenador de despesas declare a adequação da realização das despesas decorrentes da ação governamental com a de dotações contidas na Lei Orçamentária Anual. É até uma exigência que decorre do princípio da moralidade administrativa, já que, se não houver adequação orçamentária, não serão pagos os contratados, não será concluído o contrato e, no fim das contas, o dinheiro público investido não terá alcançado as finalidades propostas, bem como a Administração ainda sairá devedora de uma indenização pelo descumprimento do contrato.

Aqui, cumpre registrar a regra que proíbe a inclusão, no objeto da licitação, a obtenção de recursos financeiros para a execução da obra ou serviço, salvo se se tratar de empreendimento a ser explorado em regime de concessão (art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.666/1993).

Diga-se, ainda, que no objeto da licitação só poderão ser incluídos os materiais ou serviços outros a serem utilizados pelo contratado na execução da obra ou serviço, se já houver a previsão de quantidades ou se estas já tiverem sido consideradas no projeto executivo. Do contrário, tais custos não integrarão o objeto da licitação e deverão ser considerados na elaboração da proposta a ser apresentada pelo licitante.

Ainda no que tange à questão econômica, é de se ver que não será possível a inclusão de critérios para a atualização dos valores contidos na proposta do licitante, uma vez que as correções monetárias serão disciplinadas pelo próprio ato convocatório, sendo essa uma cláusula obrigatória. E, ainda que se trate de contratação direta, sem licitação, em razão de dispensa ou inexigibilidade, deverá haver uma cláusula no contrato disciplinando a questão da correção monetária. Isso porque, conforme entendimento prevalecente nos tribunais, a correção monetária não é algo que aumenta os preços apresentados na proposta, mas sim que proporciona a manutenção de seu valor, impedindo que a inflação produza um enriquecimento sem causa para a Administração Pública.

Indaga-se, então: e se, ainda com a obrigatoriedade imposta pelo art. 7º, § 7º, da Lei nº 8.666/1993, não houver previsão de critérios para a correção dos valores contidos na proposta? O que é bem possível imaginar, em razão da relativa estabilização econômica experimentada, especialmente durante o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso. De certo que, se a inflação não corroer substancialmente o poder aquisitivo da moeda, não será essa ausência de disciplina sobre a correção monetária motivo para grandes litígios. Entretanto, se a moeda se desvaloriza no intervalo compreendido entre a apresentação das propostas e a celebração do contrato ou entre esta e a data do pagamento pela Administração, como ficaria a questão da correção monetária? Seria devida?

No nosso entender, é claro que seria devida a correção monetária, uma vez que a falha da Administração não pode motivar um enriquecimento sem causa dela mesma e, consequentemente, um prejuízo para o particular contratado. A obrigatoriedade da previsão desses critérios de correção monetária existe apenas para prevenir litígios decorrentes da adoção desse ou daquele índice e não para constituir o direito do particular a essa correção.

Continuando a análise da disciplina das obras e serviços, a lei impede, em uma hipótese, a realização de licitação. É a única hipótese de vedação da licitação. Esclareça-se que não se trata de vedação à contratação, mas sim à realização da licitação. Mas, enfim, que hipótese é essa?

A licitação não poderá ser realizada quando não houver similaridade dos bens ou serviços que constituírem o objeto do contrato. Essa vedação decorre do fato de

ser, nesses casos, impossível a competição. E se não há possibilidade de competição, não há razão para realizar uma licitação, que custa muito dinheiro e tempo para a Administração Pública.

A única<sup>79</sup> ressalva existente na lei sobre esse ponto se refere, vagamente, a uma hipótese tecnicamente justificável. Diz o legislador que, mesmo não havendo similaridade do serviço ou da obra a ser contratada, será possível realizar a licitação quando for “tecnicamente justificável”. O difícil é saber em que hipótese seria tecnicamente justificável!

A única resposta possível para essa questão é a seguinte: quando, de alguma forma, for possível o estabelecimento de alguma competição, de modo que viabilize vantagens para a Administração.

A título de exemplo, imaginemos que um artista famoso esteja sendo contratado para tocar ao vivo na festa de fim de ano em Copacabana, no Rio de Janeiro. Imaginemos, ainda, que esse artista tenha mais de um empresário e que estes ganhem comissões pelos contratos firmados, que são pagas pelos contratantes do *show*, já que embutidas no preço do serviço. Pois bem. Se o agente público incumbido da contratação desse artista verificar essa situação peculiar e constatar a possibilidade de conseguir melhores preços se estabelecer uma competição entre esses empresários, tecnicamente justificada estará a realização da licitação.

### 6.1. Programação total, parcelamento e fracionamento

Justifica-se a abertura desse subtítulo em razão da necessidade de tratar desses temas anteriormente indicados conjuntamente. Isso porque os assuntos são conexos, embora não tenham sido disciplinados todos no mesmo capítulo pelo legislador.

A primeira regra refere-se à necessidade de a programação das obras e serviços serem feitas sempre em sua totalidade, embora a sua execução possa ser parcelada, de acordo com a conveniência e oportunidade avaliadas pela Administração. Mesmo assim, a Administração, para parcelar a execução da obra, deverá fundamentar sua decisão no sentido de demonstrar que há insuficiência de recursos para a execução total da tarefa ou, por outro lado, que motivos de ordem técnica apontam para essa necessidade. Se não houver nenhum desses motivos, o parcelamento da execução da obra não será possível.

<sup>79</sup> Na verdade, o texto do art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, também se refere à hipótese em que o fornecimento dos materiais e serviços for feito sob o “regime de administração contratada”. Mas esse regime, previsto no projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado pelo Presidente da República, na época do Presidente Itamar Franco.

Na hipótese de se optar pela execução parcelada da obra ou serviço, a lei determina seja realizada uma licitação para cada parcela. No entanto, a eleição da modalidade de licitação a ser adotada levará em consideração os custos da totalidade da obra e não de cada uma de suas parcelas. Isso se dá para que não se utilize o parcelamento como subterfúgio para manipulações das regras do art. 23 da Lei nº 8.666/1993.

Nesse ponto, cumpre diferenciar o que seria a execução parcelada da obra e o seu fracionamento. Na primeira hipótese, disciplinada no art. 8º da Lei nº 8.666/1993, a execução das diversas parcelas da obra ou serviço só se inicia depois de concluída a parcela anterior, de modo que a satisfação do interesse público só ocorre quando se conclui a última parcela contratada. Já no fracionamento, a execução das diversas parcelas da obra ou serviço é feita simultaneamente, embora com a participação de diversas empresas.

Nos dois casos, faz-se uma licitação para cada parcela da obra ou serviço. No entanto, os motivos são diferentes. Faz-se o parcelamento por uma questão de impossibilidade de ordem técnica ou financeira. Já o fracionamento se justifica pela possibilidade de se conseguir um maior número de licitantes, já que os objetos parcialmente considerados são de menor envergadura, viabilizando a participação de empresas de pequeno e médio porte. Com isso, aumenta-se a competição e acaba a Administração conseguindo melhores preços nas propostas.

Desse modo, pode-se dizer que o parcelamento da obra ou serviço é algo indesejável, só se admitindo nas hipóteses excepcionais antes mencionadas, quais sejam, impossibilidade técnica ou financeira. De outro lado, o fracionamento é desejável e, sempre que possível, será realizado pela Administração. Como ensina o professor Marçal Justen Filho, o fracionamento é obrigatório, desde que possível.<sup>80</sup>

## 6.2. Padronização

Outra questão importante a ser tratada é a padronização, que também opera efeitos no âmbito das obras e serviços a serem contratados com a Administração Pública, desde que destinados a fins idênticos aos colimados em outras obras e serviços. Significa que os projetos serão padronizados por tipos, categorias ou classes, sempre que possível. E como funciona?

Imagine que o governador de um determinado Estado esteja planejando uma reforma nas delegacias de polícia. Elabora, então, um projeto-padrão, que servirá para todas as delegacias daquele Estado, de modo que todas tenham as mesmas características. A mesma coisa pode ser feita com hospitais, escolas e demais repartições públicas.

Essa padronização é imposta pela lei em análise (art. 11), admitindo-se a não adoção do projeto-padrão somente quando as condições peculiares do local não permitirem. Essa imposição atende, inclusive, ao princípio da economicidade, já que poupa uma série de outras tarefas que deveriam ser executadas se cada obra ou serviço tivesse de ser planejada individualmente.

Porém, sempre que a Administração constatar que a padronização é importante, demonstrando que o procedimento é de interesse para a contratação, ela deverá proceder à padronização. Em termos finais, a padronização se coloca como elemento necessário sempre que demonstrar economia para a Administração. Portanto, não é apenas a questão estética que justifica a imposição da padronização.

## 6.3. Serviços técnicos profissionais especializados

Dentre os serviços, o legislador destacou, para disciplinar, isoladamente, aqueles caracterizados por serem de natureza técnica especializada, que só podem ser desenvolvidos por profissionais especialmente credenciados. E o art. 13 da Lei nº 8.666/1993 estabeleceu um rol exemplificativo desses serviços, a saber:

- estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos e executivos;
- pareceres, perícias e avaliações em geral;
- assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Embora tenha havido discussão sobre se seria ou não exemplificativo o rol de serviços técnicos profissionais especializados sob a égide do antigo Decreto-lei nº 2.300/1986, atualmente não cabe a dúvida, porquan-

<sup>80</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 116.

to o próprio legislador tenha demonstrado, no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, que não estão ali previstos todos os casos desses serviços.

O art. 25, II, menciona os serviços técnicos profissionais especializados como aqueles que autorizam a contratação direta, sem licitação, por inexigibilidade. E, no mesmo dispositivo legal, menciona duas exceções que são serviços de publicidade e divulgação. Mas essas duas exceções, denominadas *serviços técnicos profissionais especializados*, não estão previstas no art. 13, o que prova que o rol não é exaustivo, mas sim exemplificativo.

Assim, importante é saber quando um serviço não elencado expressamente na lei poderá ser caracterizado como serviço *técnico profissional especializado*. Para isso, devemos conceituar esses três adjetivos:

- Serviço *técnico*, conforme conceito do professor Marçal Justen Filho, é:

Os serviços ditos “técnicos” se caracterizam por envolverem a aplicação de rigorosa metodologia ou formal procedimento para atingir determinado fim. A técnica pressupõe a operacionalização do conhecimento científico, permitindo aplicações práticas para uma teoria.<sup>81</sup>

- Serviço técnico *profissional* – A referência a serviço profissional restringe a atuação do exegeta àquelas atividades laborativas regulamentadas por lei. Ou seja, somente serão considerados serviços profissionais aqueles regulamentados por lei, nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição da República, como os serviços de advocacia, de medicina, de odontologia, de contabilidade, de engenharia etc.<sup>82</sup>.
- Serviço técnico profissional *especializado* – A especialização completa o conceito ora analisado. Significa que não basta tratar-se de um serviço técnico e profissional. Para se enquadrar no conceito legal, deve-se ter um serviço que transborda as raízes do comum. Deve ter um *quê* de especialidade, algo que o diferencie do que é ordinário naquela matéria.

Englobando todas essas características, é fácil concluir que o serviço será considerado técnico profissional especializado, podendo ser prestado por pessoa física ou jurídica. Mas, se for prestado por pessoa jurídica, o rol de integrantes do corpo técnico apresentado à Administração

deverá participar pessoal e diretamente de sua execução, de modo que garanta a qualidade do serviço contratado.

Em qualquer hipótese, deverá o autor ceder os direitos patrimoniais à Administração, sob pena de ficar impedida a participação no concurso ou mesmo a celebração do contrato, no caso de inexigibilidade de licitação.

Pegando o gancho, os serviços técnicos profissionais especializados podem ser contratados com inexigibilidade de licitação, desde que a especialidade do profissional seja notória entre as pessoas daquela profissão (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). Se não for o caso de inexigibilidade, a contratação do serviço será precedida de licitação sob a modalidade de concurso, que será adiante estudada.

#### 6.4. Pessoas impedidas de participar da licitação

A Lei nº 8.666/1993 estabelece um rol de pessoas que não poderão participar das licitações de obras ou serviços a serem contratados com a Administração Pública, abrangendo, ainda, a aquisição de bens necessários à execução dos mesmos. Vejamos.

Não poderá participar da licitação o autor do projeto básico ou do projeto executivo, seja pessoa física ou jurídica, salvo se sua atuação for na condição de consultor técnico, exercendo a função de fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Também não poderá participar da licitação a pessoa que seja gerente, dirigente ou sócia, com ao menos 5% do capital votante, da empresa encarregada da elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, estendendo-se a vedação aos responsáveis técnicos ou subcontratados.

Esclareça-se que tais vedações só se aplicam quando a licitação não incluir em seu objeto, além da execução da obra ou serviço, a elaboração do projeto executivo, o que é possível e bastante comum.

Além dessas pessoas, não poderá participar da licitação qualquer servidor ou dirigente do órgão contratante ou responsável pela licitação, incluindo-se nesse rol os membros da comissão de licitação.<sup>83</sup>

#### 7. Disciplina específica das compras

A disciplina das compras pela Administração Pública também é feita na Lei nº 8.666/1993, em seus arts. 14 e seguintes. E, em alguns pontos, guarda semelhança com a disciplina das obras e serviços.

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 130.

<sup>82</sup> Neste sentido, diz Hely Lopes MEIRELLES (*Licitações...*, *op. cit.*, p. 50): “Serviços técnicos profissionais são todos aqueles que exigem habilitação legal para sua execução.”

<sup>83</sup> Licitação. Desclassificação. Empresa. Servidor Licenciado. Órgão Contratante. Não pode participar do procedimento licitatório a empresa que possuir em seu quadro de pessoal servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário ou servidor em gozo de licença (STJ – REsp 254115/SP – Primeira Turma; Rel. Min. Garcia Vieira).

O primeiro requisito elencado pelo legislador referente às compras diz sobre a necessidade de o objeto a ser adquirido pela Administração ser adequadamente caracterizado no instrumento convocatório, bem assim no instrumento do contrato que vier a ser elaborado, não só em termos quantitativos, mas também em termos qualitativos, de acordo com o tipo de licitação que venha a ser adotado. Contudo, não deve o edital conter a indicação de marcas, de modo a direcionar a licitação, beneficiando pessoas certas em prejuízo do princípio da isonomia.

A respeito de marcas, uma reflexão mais profunda merece ser feita. Então, vejamos. A Lei nº 8.666/1993 prescreve como regra básica a vedação da escolha de marca, regulando o § 5º, do art. 7º, que para obras e serviços “é vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços *sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas* [...]”; no inciso I, do § 7º, do art. 15, que nas compras seja observada a “especificação completa do bem a ser adquirido *sem indicação de marca*”; e no inciso I, do art. 25, que regula a inexigibilidade de licitação “para a aquisição de materiais e equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, *vedada a preferência de marca* [...]”.

Tais vedações, todavia, são apenas de natureza relativa, haja vista que a correta interpretação dos dispositivos mencionados nos leva a concluir que o que se coíbe é a escolha arbitrária de marcas, como se pode ler, por exemplo, na parte final do § 5º, do art. 7º – “[...] salvo nos casos que for tecnicamente justificável [...]” – e no inciso I, do § 1º, do art. 3º, que veda a inclusão nos editais de cláusulas restritivas que sejam impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato. Portanto, o que não se admite é a opção por produto ou serviço sem que existam razões, justificadamente demonstradas, para tanto (como naquele exemplo hipotético dos veículos da marca Mercedes-Benz e da cor azul).

Aliás, a escolha legítima, na prática, se assentará não propriamente na marca em si mesmo considerada, mas essencialmente nas características particulares do produto que os diferencia dos demais e que espelha tecnicamente a melhor satisfação do interesse público.

Então, se a vedação da escolha de marca não é absoluta, como compartilhá-la com o princípio da padronização das compras feitas pela Administração?

Embora o legislador vede a indicação de marca nas compras, impõe que a Administração dê preferência ao princípio da padronização (art. 15, II). Ora, padronizado o material utilizado pelo órgão público, a partir do procedimento específico, as aquisições supervenientes só serão

viáveis se houver a indicação da marca padronizada, sem que, nessa hipótese, qualquer ilegalidade seja cometida.

A proibição de que a Administração dirija o procedimento licitatório de forma a escolher determinada marca é um corolário do princípio da igualdade, assegurado pela Constituição Federal.

É importante que se perceba, no entanto, que a vedação atinge a escolha imotivada de marca, posto que, neste caso, o administrador está violando o direito de todos que se encontrem em iguais condições de atender a uma necessidade da Administração, e que, dessa forma, têm frustrado seu direito de participar do procedimento em função de uma exigência descabida do Poder Público.

Se a Administração necessita de um determinado bem, com características tais que somente uma marca específica é capaz de atender, não existe, em princípio, uma pluralidade de contrastes potenciais, vez que apenas aquela marca atende às necessidades do órgão público. Ressalte-se, no entanto, que deve haver uma justificativa sólida para essa preferência. Justificativas genéricas, como *produto que melhor atende ao interesse público, por ser de melhor qualidade, por preservar a qualidade de ensino*, não legitimam a opção por marca certa; não são, portanto, suficientes, por si só, para autorizar que a Administração inclua em seu instrumento convocatório a preferência por tal ou qual marca. É necessário que a justificativa demonstre, cabal e tecnicamente, que só aquela marca atende satisfatoriamente às necessidades específicas da Administração, perfeitamente individualizadas e demonstradas.

A título de exemplo, imaginemos, hipoteticamente, que, para desenvolver uma dada pesquisa, foi adquirida uma determinada matéria-prima, um reagente químico específico. Se, para a continuidade dessa pesquisa, for necessária nova aquisição, poder-se-ia fazer a indicação da marca desejada na hipótese de outra marca qualquer, similar à inicialmente adquirida, implicar possibilidade de desvio de resultado já obtido inicialmente. Nessa hipótese, se o fato estiver justificado nos autos, legal será a opção de marca pela Administração, posto que apenas um determinado produto reúne condições de atender, a contento, àquela necessidade específica.

Em suma, é preciso que o contratante comprove, justificadamente, que não está dirigindo a licitação, favorecendo qualquer particular em detrimento de outro.

Outro ponto explorado logo no início da Seção V da Lei nº 8.666/1993, que trata das compras, é o que exige a existência de recursos orçamentários suficientes para fazer frente aos pagamentos que decorrem das compras dos bens licitados. Mais uma vez, fez o legislador ques-

tão de impedir que a Administração Pública frustre as expectativas dos contratados em receber o pagamento dos preços ajustados, bem assim de inibir a acumulação de dívidas decorrente da insuficiência orçamentária, especialmente na atualidade, em que a palavra de ordem é “equilíbrio das contas”.

A Administração Pública quer se afastar do fantasma do déficit orçamentário, para cumprir as metas fiscais impostas pelo FMI, que vem concedendo empréstimos vultosos ao País e viabilizando uma contenção, a altos custos, do progresso indiscriminado da inflação. E sem uma administração eficaz e responsável dos recursos disponíveis, gastando somente aquilo que existe em caixa, isso não será possível; conseqüentemente, as portas dos créditos internacionais ser-nos-ão fechadas como outrora ocorreu, durante o governo do Presidente Sarney, que decretou a moratória de nossa dívida externa.

Vencidos esses requisitos primeiros, impõe-se a análise de algumas características que envolvem a contratação de compras pela Administração Pública. E a primeira delas refere-se, assim como ocorre com os serviços e as obras, ao princípio da padronização.

Sempre que possível, a Administração comprará equipamentos, mobiliário, automóveis e tudo o mais que for necessário ao desempenho de suas atividades de forma padronizada. Vale dizer, tais compras obedecerão a um padrão de cor, forma, tecnologia, de modo a estabelecer uma identidade estética aos bens públicos e, também, com o objetivo de facilitar a manutenção, a reparação ou a reposição de materiais danificados, tudo conforme determina o art. 15, I, da Lei nº 8.666/1993.

Além da padronização, a lei impõe que as compras sejam efetuadas por meio de um “sistema de registro de preços”, regulamentado em âmbito federal pelo Decreto nº 2.743/1998. Nesse sistema, a Administração seleciona uma empresa, por meio de licitação na modalidade de concorrência (art. 15, § 3º, I), para que registre o preço unitário das mercadorias que possam vir a interessar a entidade pública, em momento futuro e incerto, incerteza que se dá tanto quanto à data em que será solicitada a entrega dos bens como também quanto à quantidade que a Administração vai pretender adquirir.

Esse sistema propicia maior agilidade e facilidade na aquisição de bens pela Administração Pública, atendendo ao princípio da eficiência e da economicidade.

O particular contratado será obrigado a fornecer os bens requisitados pela Administração Pública, desde que observados os limites definidos no instrumento convocatório da licitação. No entanto, a Administração não será obrigada a contratar a compra dos bens registrados com o particular vencedor da licitação. Na verdade, haverá, no momento da aquisição, uma comparação dos preços registrados com os praticados no mercado. Se houver diferença que aponte para a conveniência de adquirir com outras pessoas, a Administração poderá providenciar nova licitação. Entretanto, em igualdade de condições, aquele que foi selecionado por ocasião da licitação para fins do registro de preços terá preferência.

O registro de preços não tem validade indeterminada. Seu prazo máximo é de um ano, sendo certo que, nesse período, poderá haver atualização dos valores registrados, de modo que não propicie um prejuízo injustificado para o particular contratado e, de outro lado, um enriquecimento sem causa para a Administração.

Além do registro de preço, a lei impõe que a Administração Pública se submeta às condições de aquisição e pagamento semelhantes à do setor privado.<sup>84</sup> E, nesse ponto, a discussão que surge é a seguinte: poderia a Administração pagar adiantado o preço do produto, ou seja, antes de o particular efetuar a entrega?

Seria imaginável que o particular contratado concedesse descontos pelo pagamento antecipado, o que traria vantagens à Administração Pública e, em princípio, justamente por isto, restaria permitido. No entanto, é de se ver que o art. 62 da Lei nº 4.320/1964 diz que o pagamento só ocorrerá após a chamada *liquidação*, que é a etapa de realização da despesa em que a Administração verifica se o particular satisfaz sua obrigação correspondente. Só a partir daí pode a Administração efetuar o pagamento. Com isso, estaria inviabilizado o pagamento antecipado, mesmo que assim ajustado para a obtenção de vantagens econômicas.

Registre-se, entretanto, que o professor Marçal Justen Filho tem sustentado tese contrária. Para o consagrado administrativista, o art. 62 da Lei nº 4.320/1964 teria sido derogado pelo art. 14, III, do Decreto-Lei nº 2.300/1986, que também impusera à Administração a submissão às condições de pagamento aplicáveis ao setor privado, de modo que viabilize o pagamento antes da chamada liquidação.

<sup>84</sup> Interessante a conclusão a que se chegou na Procuradoria Federal em exercício na Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen no Parecer PJU nº 02/2003. A propósito de a Administração se sujeitar a condições semelhantes de pagamento do setor privado, questionou-se se poderia ser protestado um título da Autarquia em questão e, ainda, se esta poderia ter o seu nome inscrito no Serasa em razão do atraso no pagamento do valor avençado. A conclusão foi no sentido da impossibilidade, pois isso acaba por gerar embaraços ao serviço prestado pela Administração, sendo certo que o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da continuidade do serviço público não permitem essa solução.

No mesmo sentido é o posicionamento do saudoso Hely Lopes Meirelles, que diz ser possível o pagamento antecipado quando há previsão contratual nesse sentido. Na opinião desse autor, o que o art. 62 da Lei nº 4.320/1964 impõe é que o pagamento seja efetuado após a verificação do direito de receber por parte do contratado. E se o contrato prevê que o pagamento se dará antes do cumprimento da prestação por parte do vendedor, não há dúvidas de que a constituição desse direito não está atrelada à entrega antecipada do objeto comprado.

Outra regra importante acerca da compra é a que impõe o fracionamento das aquisições de modo que propicie o aproveitamento de peculiares condições mercadológicas, gerando economia para a Administração. Como explicamos anteriormente, o fracionamento do objeto amplia a possibilidade de interessados participarem da licitação, aumentando também a competição e, de acordo com a lei da oferta e da demanda, termina por abaixar os preços contidos nas propostas.

Por fim, é de se ver que toda aquisição deverá ser comunicada ao público, por meio da imprensa oficial, seja ela precedida ou não de licitação, de modo a garantir um controle mais democrático dos gastos públicos. Isso só não ocorrerá quando se tratar de bens adquiridos com dispensa de licitação em razão de segurança nacional. E por razões óbvias: tratar-se-ia de segredo de Estado, nesse caso, então, não se pode esperar publicidade nessa hipótese.

## 8. Disciplina específica das alienações

Os bens públicos, em razão da destinação que lhes é reservada, são tidos como inalienáveis por uma considerável parcela da doutrina. Entretanto, para ser mais rigoroso com as palavras, modernamente tem-se falado em *alienabilidade condicionada* dos bens públicos, já que a legislação não veda a transferência do domínio público, apesar de impor alguns requisitos especiais. Com efeito, ensina o professor José dos Santos Carvalho Filho<sup>85</sup> que os bens públicos somente são inalienáveis quando classificados como de uso especial ou de uso comum do povo, enquanto permanecerem nessa condição.

Importa, nesse ponto, falar da afetação e da desafetação, que, respectivamente, vincula ou desvincula o bem público de certa destinação específica. Desafetado, o bem se torna dominical, podendo ser alienado, desde que cumpridas as exigências legais sobre a matéria. Daí ser viável tratar-se da alienação de bens públicos na Lei nº 8.666/1993, a partir do seu art. 17.

Os primeiros condicionamentos impostos pelo legislador para que se proceda à alienação de bens públicos refere-se à existência de interesse público, que deverá ser devidamente justificado pelo Administrador. Essa justificativa é de natureza essencialmente política, de modo que não é dado ao Judiciário avaliar-lhe a conveniência e oportunidade. Somente o Legislativo, em determinados casos em que a lei geral o autoriza, poderá proceder a essa avaliação.

O outro requisito genérico, imposto pela lei a qualquer alienação de bem público, refere-se à necessidade de avaliação do mesmo, isso para que não seja desfalcado o patrimônio público com a mutação indevida de bem móvel ou imóvel por montante em dinheiro que não seja equivalente. A partir daí, então, o legislador estatuiu regras específicas para a alienação de bens móveis e de bens imóveis.

Quanto aos bens imóveis, exigiu o legislador a autorização legislativa quando fossem objeto de alienação os bens da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas de direito público, além de licitação na modalidade de concorrência. Quanto aos bens de empresas públicas e sociedades de economia mista, não seria necessária a autorização legislativa, como também não o será quando o bem imóvel (de qualquer entidade da Administração Pública, direta ou indireta) tiver sido adquirido em processo judicial ou em dação em pagamento, hipótese em que a licitação poderá ser por leilão ou por concorrência.<sup>86</sup>

No que se refere especificamente à licitação, o legislador a dispensou nos casos de a) dação em pagamento; b) doação a outro órgão ou entidade da Administração Pública federal, estadual, distrital ou municipal;<sup>87</sup> c) permuta por imóvel que seja destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, quando a necessidade de instalação e localização condicionem a escolha; d) investidura;<sup>88</sup> e) venda a outro órgão ou

<sup>85</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 886.

<sup>86</sup> Também poderá ser pela modalidade de leilão a licitação para alienação de bens imóveis da Administração Pública, quando o seu valor de avaliação não for superior a R\$ 650.000,00.

<sup>87</sup> De acordo com o disposto no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, cessado o motivo que ensejou a doação com dispensa de licitação, reverterá o bem ao patrimônio da entidade doadora, sendo certo que, enquanto isso não ocorrer, não poderá a donatária dispor do bem doado.

<sup>88</sup> Entende-se por investidura, nos termos do § 3º da Lei nº 8.666/1993: a) a alienação aos proprietários lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se torna inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a R\$ 40.000,00; b) alienação aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

entidade da Administração Pública; f) venda, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos ou destinados por órgão ou entidade da Administração Pública a programas habitacionais; g) concessão de direito real de uso quando o beneficiário for órgão ou entidade da Administração Pública.

Por outro lado, no que tange aos bens móveis, exige-se apenas, além do interesse público devidamente justificado e da prévia avaliação, a licitação na modalidade de leilão. Entretanto, a licitação estará dispensada nas hipóteses de: a) doação, que se admite se for para atender a interesse social; b) permuta entre órgãos da Administração Pública; c) venda de ações em bolsa de valores, observada a legislação específica; d) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração em razão de sua finalidade institucional; e) venda de títulos; f) venda de materiais e equipamentos inutilizados para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar sobre a validade do art. 17 da Lei nº 8.666/1993, arguido de inconstitucionalidade em razão de ser minucioso demais e não apenas versar sobre *normas gerais* em matéria de licitação e contratos administrativos, como prevê a Constituição. Confirmada a invasão de competência dos Estados e dos Municípios, caracterizada estaria a inconstitucionalidade.

Foi assim que, no julgamento da ADIn-MC nº 927, foi suspensa a eficácia, em relação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, dos seguintes dispositivos da Lei nº 8.666/1993:

*Ementa: Constitucional. Licitação. Contratação administrativa. Lei nº 8.666, de 21/06/1993. I. – Interpretação conforme dada ao art. 17, I, b (doação de bem imóvel) e art. 17, II, b (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, c e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. – Cautelar deferida, em parte.*

Frise-se que os dispositivos suspensos não perderam completamente a sua eficácia, pois continuam a vincular a Administração Pública federal. Só estão dispensados do cumprimento das mencionadas normas os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pois, para estes, a legislação federal só obriga no que se limitar a estabelecer normas gerais. Nesse caso, como a lei federal foi minuciosa e desceu a especificidades que só poderiam, na visão do Supremo Tribunal Federal, ser tratadas pelas leis estaduais distritais e municipais, não vinculam essas unidades federativas.

Ocorre que, atualmente, o que deve ocupar o estudioso do tema é o seguinte: estaria o art. 17 da Lei nº 8.666/1993 ainda em vigor ou, por outro lado, com a edição da Lei nº 9.636/1998, teria o mesmo sido revogado, já que os arts. 23 e seguintes desse diploma legal tratam da mesma matéria de forma diferenciada?

O principal ponto de discussão é referente à necessidade de autorização legislativa para a alienação de bens imóveis, exigida na Lei nº 8.666/1993 e dispensada na Lei nº 9.636/1998.

A problemática não é de difícil solução, uma vez que se constata a restrição da aplicabilidade das normas contidas na Lei nº 9.636/1998 ao âmbito da União. É somente essa a pessoa jurídica de Direito Público atingida pela referida lei, não alcançando, então, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Desse modo, com relação à União, a autorização legislativa não é mais exigível para a alienação de bens imóveis, carecendo, tão somente, de autorização do Presidente da República, depois de ouvida a Secretaria de Patrimônio da União no que se refere ao desinteresse de se manter o bem na esfera patrimonial do Poder Público. Para Estados, Distrito Federal e Municípios, fica mantida a regra do art. 17 da Lei nº 8.666/1993, que não foi ab-rogado, mas simplesmente derogado.

Não obstante seja restrito o âmbito de aplicação da Lei nº 9.636/1998, a Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, em parecer exarado pelo dr. Marcelo Marques, sustentou a aplicabilidade da mencionada lei ao âmbito municipal, de modo que, em sua visão, não mais seria exigível a autorização legislativa para a alienação de bens imóveis municipais, distritais ou estaduais. Esse entendimento, entretanto, é muito polêmico e não se recomenda a adoção, devendo-se entender que o art. 17 da Lei nº 8.666/1993 ainda está a condicionar a alienação de bens públicos municipais, estaduais e distritais à prévia autorização legislativa.

## 9. Modalidades de licitação

A licitação, enquanto procedimento administrativo, pode se desenvolver sob diversas formas, umas mais minuciosas e complexas, outras mais simples ou singelas. É precisamente a essas diversas formas procedimentais que se dá o nome de *modalidades de licitação*.

O legislador da Lei nº 8.666/1993 contemplou em seu texto, no art. 22, apenas cinco modalidades de licitação, a saber: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso. Entretanto, a Medida Provisória nº 2.026/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.520/2002, inseriu no cenário das licitações mais uma modalidade, que é o pregão.



Esse fato seria de estranhar, uma vez que o § 8º do artigo supracitado veda a criação de novas modalidades de licitação ou a combinação das modalidades já existentes. Todavia, a maioria da doutrina diz que essa norma é dirigida ao legislador estadual e municipal, que ficam impedidos de criar uma nova modalidade de licitação.

Outro importante artigo sobre as modalidades de licitação é o art. 23, que estabelece patamares de valor para as diferentes modalidades. E aí temos que ter muito cuidado, pois esse artigo esconde uma casca de banana, podendo-se nela escorregar. Isso porque ele diz que as modalidades da concorrência, da tomada de preços e do convite serão determinadas em função de certos limites, “tendo em vista o valor estimado da contratação”, dando-nos a falsa impressão de que o valor da contratação só é influente para aquelas citadas modalidades, como se para o leilão, por exemplo, o valor da contratação não fosse importante, o que não é bem assim, como veremos mais adiante.

Ainda nessa parte geral das modalidades de licitação, interessante é verificar o § 4º do art. 23, que nos diz: “Nos casos em que couber convite, a administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência”. Significa dizer que sempre que for necessária uma modalidade menos solene, pode-se lançar mão de um procedimento mais solene, como no caso de a Administração querer comprar, por exemplo, cinco computadores, que é um caso para convite, mas que nada impede de ela utilizar a concorrência para esse fim. O que não pode ser feito é o contrário.

Para assegurar o que diz esse § 4º do art. 23, temos a norma do § 5º, com a seguinte dicção dada pela Lei nº 8.883/1994:

Art. 23. [...]

[...]

§ 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Exemplificando-se a hipótese, quis o legislador dizer que, quando se tem uma grande obra que seria caso para concorrência, a toda evidência, não se pode dividi-la, de modo que, em cada parte, utilize-se um convite para fugir da regra da concorrência, que é mais solene. É claro que, quando se tem um enorme prédio e quer-se construir um chafariz no meio, como uma obra de arte, pode-se contratar um artista plástico para executá-la, em vez do mesmo engenheiro que executou a obra em si, sem que se configure burla ao princípio da licitação, na parte que veda a cisão do objeto do contratado em diversas etapas, para fugir da licitação que seria mais solene, a concorrência, em regra geral. Então, essa regra do § 5º é importante também.

Pois bem. Feitas essas primeiras considerações, melhor é passarmos a estudar, separadamente, cada uma das seis modalidades de licitação atualmente vigentes.

### 9.1. Concorrência

De todas as existentes, a mais complexa modalidade licitatória é a concorrência, prevista no art. 22, I, da Lei de Licitações. A propósito, vejamos como a definiu o § 1º desse dispositivo legal:

*Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.*

Essa definição, como facilmente se vê, nada diz de característico sobre a concorrência.<sup>89</sup> De modo que, ao que nos parece, necessário se faz investigar o que, na verdade, caracteriza essa modalidade licitatória.

A principal característica da concorrência é a sua maior complexidade procedimental, mais formalista do que as das outras modalidades de licitação. E isso tem uma razão de ser: é que a concorrência é a modalidade indicada para os contratos de maior monta, de grande vulto, e, com efeito, adequada para os seguintes casos, cujas estimativas de valores são corrigidas periodicamente:

- obras e serviços de engenharia com valor estimado da contratação anteriormente de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), de acordo com o art. 23, I, c, da Lei nº 8.666/1993;

<sup>89</sup> É bem verdade que, conceitualmente, a concorrência se distinguia das demais modalidades licitatórias, em especial, da tomada de preços e do convite, em razão de sua abertura a qualquer interessado a contratar com a Administração Pública. Com efeito, a tomada de contas somente admitia a participação no certame de pessoas previamente cadastradas. Entretanto, a Lei nº 8.666/1993 abriu a possibilidade de, no caso da tomada de preços, qualquer interessado, ainda que não cadastrado, se habilitar ao certame, desde que cumpra todos os requisitos para tanto e desde que se apresente com três dias de antecedência em relação à data do recebimento das propostas. Isso desfigurou, de certa forma, a universalidade como característica da concorrência, muito embora atenda aos princípios da igualdade e da economicidade.

- compras e outros serviços com valor estimado da contratação superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), conforme o art. 23, II, c, da Lei;
- venda de bens imóveis, *salvo* nos casos em que a) tenham sido adquiridos em procedimentos judiciais; b) tenham sido adquiridos em procedimento de dação em pagamento; c) quando o valor da avaliação não chegar ao valor de seiscentos e cinquenta mil reais, hipótese em que poderá ser adotado o leilão como modalidade de licitação. Nestas três situações, previstas nos arts. 17, § 6º, e 19, o despacho da autoridade administrativa é que definirá se a concorrência ou o leilão será adotado;
- concessão de direito real de uso (art. 23, § 3º);
- licitações internacionais, *salvo* quando o órgão ou entidade da Administração dispuser de cadastro internacional de fornecedores, caso em que a modalidade eleita poderá ser a tomada de preços ou, ainda, quando fornecedor do bem ou serviço no País, caso em que a modalidade adotada poderá ser o convite (art. 23, § 3º).

Além desses casos, é de se ver que, mesmo que os valores sejam menores, caindo nas hipóteses de cabimento da tomada de preços ou do convite, poderá ser utilizada a modalidade de concorrência, desde que assim pareça conveniente ao administrador. É o que se extrai, como já se viu, do disposto no art. 23, § 4º, da Lei nº 8.666/1993.

Existem hipóteses de concorrência, entretanto, que são independentes do preço, e que estão dispostas no § 3º do art. 23, que assim estabelece:

Art. 23. [...]

[...]

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites desse artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada pela Lei nº 8.883/1994)

A norma, como se vê, refere-se a hipóteses de concorrência independentemente do preço, podendo-se exemplificá-las da seguinte maneira: no caso de compra e venda de bens imóveis, por exemplo, seria o caso de se querer comprar ou vender uma casinha no Município do Distrito da Posse, em Petrópolis, quando a modalidade utilizada seria a concorrência, a não ser nos casos de bens imóveis que tenham sido adquiridos por meio de procedimento judicial ou dação em pagamento, hipótese em

que é admitido o leilão (art. 19 da Lei). No caso da concessão de direito real de uso também é a concorrência, assim como para a licitação internacional, que, em regra, é a concorrência internacional mesmo, a não ser que a entidade disponha de um cadastro internacional de fornecedores, quando pode ser feita uma tomada de preços internacional e se o valor se enquadrar naqueles tais patamares antes observados, ou um convite internacional, se o valor estiver contemplado dentro dos patamares do convite, se não houver fornecedores do bem ou serviço no País. Percebemos, então, que todas são hipóteses de concorrência, independentemente de patamares de valores. Vale aqui fazer menção ao art. 42 da lei, que trata da concorrência internacional e de normas burocráticas relativas a esta, que mais adiante serão comentadas.

Sabendo-se, então, quando se pode ou se deve utilizar a concorrência como modalidade de licitação, restamos o estudo de seu procedimento. Antes, porém, deve-se abrir um parêntese para esclarecimento de interesse geral: toda licitação compreende uma fase procedimental interna, assim considerada até o momento da publicação do instrumento convocatório, e outra externa, que vai daí em diante, para as quais reservamos um espaço para analisá-las com mais apuro.

Na fase interna, o procedimento se inicia com a constatação da necessidade de realizar o contrato que vai ser licitado. Tomemos, como exemplo, a contratação da compra de uma frota de carros pela Secretaria de Fazenda de um determinado Município.

Imaginemos que o Município em questão tenha 25 fiscais de renda atuando fora da repartição e que os mesmos utilizam carros de uma empresa prestadora de serviço de transporte para se locomoverem, o que vem onerando mais a Administração do que oneraria, ao longo do tempo, a compra de uma frota de veículos com a respectiva manutenção.

Constatadas, então, a conveniência e a oportunidade da contratação da compra, será aberto o procedimento licitatório, com a justificativa da proposta, devendo a mesma ser submetida ao prefeito (ou outra autoridade que dele tenha recebido delegação específica), que autorizará ou não o início dos trabalhos.

Autorizada a abertura do procedimento licitatório para a contratação, a Administração deverá proceder a uma pesquisa mercadológica a fim de estimar o valor a ser gasto com a compra. Com base nessa estimativa de preço, faz-se a opção pela modalidade licitatória mais adequada.

Imaginando que o valor seja superior a 650 mil reais, o administrador deverá optar pela concorrência e, por conseguinte, conduzir o processo licitatório de acordo com as formalidades a ela inerentes.

Aprovada a minuta de edital, espécie de instrumento convocatório indispensável para o caso de concorrência, deverá a Administração providenciar a publicação dos avisos, contendo um resumo da peça em questão, na imprensa oficial e, ainda, em jornal de grande circulação e com tiragem diária, de modo a dar publicidade à pretensão administrativa de contratar a compra dos carros, viabilizando, assim, a apresentação de propostas pelos interessados.

Em se tratando de concorrência, a publicação deverá ser feita com antecedência mínima de quarenta e cinco ou de 30 dias em relação à data limite para o recebimento das propostas. O prazo mais alargado é exigível quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”. O prazo mais curto é admitido quando a concorrência não se enquadrar nas hipóteses anteriores.

Feitas as publicações, estarão aptos os interessados a manifestarem, perante a Administração, o seu interesse em contratar nos termos fixados no edital. Para tanto, deverão juntar a documentação necessária a se habilitar ao certame. Vale dizer, em primeiro lugar, que deverão os interessados mostrar, na forma fixada no edital, que têm condições de cumprir o contrato que pretendem celebrar com a Administração Pública.

Estamos falando da fase da habilitação, em que o pretenso competidor mostrará, por meio documental, a sua condição jurídica, técnica, econômica, fiscal e trabalhista para desempenhar as obrigações previstas na minuta de contrato de que tomará conhecimento no mesmo momento em que tiver acesso à cópia do edital (de inteiro teor).

Nessa fase de habilitação, a mais rigorosa das modalidades de licitação é justamente a concorrência, que, em razão do grande porte da contratação, exige, sem as dispensas eventualmente admitidas na legislação para outras modalidades mais simples, farta documentação relativa à habilitação jurídica, técnica, econômica, fiscal e trabalhista.

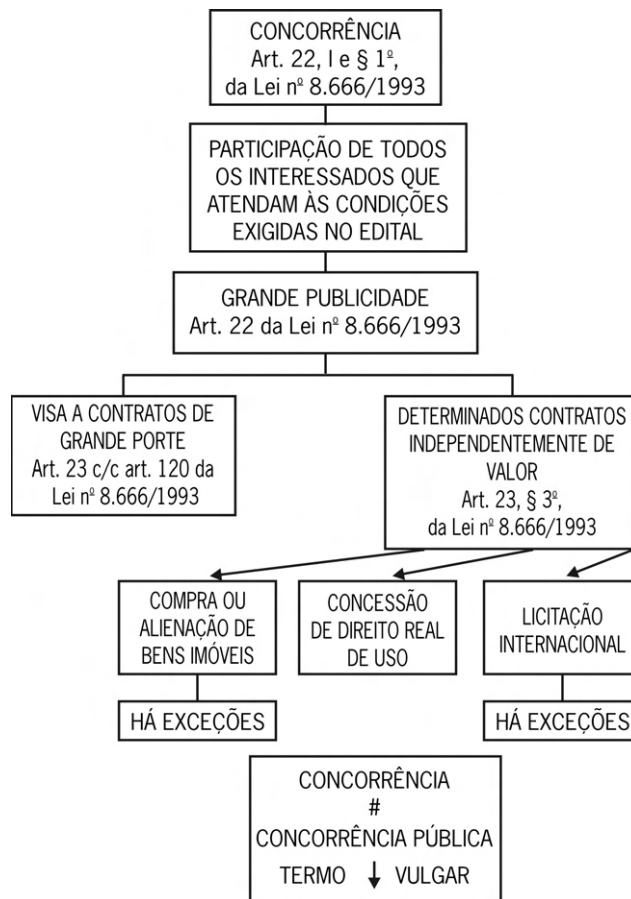
Portanto, a principal característica da concorrência é a presença de uma fase de habilitação preliminar, que é a fase na qual serão analisados os documentos referentes à habilitação jurídica, técnica, financeira e, a partir da análise dessa documentação, é que se passa para a fase posterior, que é a de julgamento das propostas, da qual só poderá participar quem já tiver passado pela de habilitação preliminar. Trata-se de uma pergunta extremamente cabível em um concurso, principalmente na prova oral. Portanto, não confundir habilitação preliminar com o estudo da pré-qualificação previsto no art. 114 da Lei nº 8.666/1993. A habilitação preliminar é uma fase da concorrência em que será analisada a aptidão dos licitantes, já a pré-qualificação é o procedimento preparatório

de uma futura concorrência cuja complexidade técnica demande análise mais detida da qualificação dos futuros pretendentes quanto a esta parte técnica. Só serão admitidos na futura concorrência aqueles que previamente tenham passado pelo crivo da pré-qualificação.

Notem, então, que a pré-qualificação não é a fase de uma concorrência; é um procedimento autônomo. Por exemplo: quer-se comprar uma plataforma de petróleo, o que, sem dúvida, demanda uma análise extremamente cautelosa dos predicados técnicos dos pretendentes. Então, é aberto um procedimento de pré-qualificação em que não haverá vencedores ou contratação com os pré-qualificados. O que irá ocorrer é uma peneirada nos pretendentes, visando a separar os pré-qualificados para que futuramente participem de uma concorrência, em que haverá todas as fases normais da licitação. É, portanto, um procedimento que antecede a concorrência.

Daí para frente, não há grandes distinções que caracterizem a modalidade de concorrência. O que há, na verdade, são algumas regras excepcionais que se aplicam a outras modalidades licitatórias, mas não a que estamos nesse item estudando. Por isso, serão abordadas em outras oportunidades.

#### Esquema:



## 9.2. Tomada de preços

Outra modalidade licitatória que é basicamente determinada em razão do valor é a tomada de preços, sendo cabível a sua eleição pelo administrador quando, no caso de obras e serviços de engenharia, o valor do contrato for superior a 150 mil reais e até o valor de 1.500 mil reais. Por outro lado, em se tratando de outros serviços ou compras, os valores são superiores a 80 mil reais até 640 mil reais.

Devemos nos recordar, contudo, que será possível ao administrador, ainda que o contrato se enquadre nessas hipóteses, eleger a concorrência como modalidade licitatória, conforme regra inserta no art. 23, § 4º, da Lei nº 8.666/1993. Além disso, também nas licitações internacionais, desde que a Administração possua um cadastro internacional de fornecedores, poderá eleger a tomada de preços como modalidade, respeitados os limites de valor antes referidos.

A tomada de preços, então, é uma modalidade licitatória que se destina a contratações de menor vulto, ou vulto médio em relação à concorrência, de grau intermediário de complexidade, figurando entre a concorrência e o convite.

Conceitualmente, essa modalidade licitatória em questão difere da concorrência no que tange à participação de licitantes, posto que a restringe às pessoas previamente cadastradas perante a Administração Pública (art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/1993), de modo que já ingressem no certame só aqueles cuja idoneidade se encontra parcialmente comprovada.

É de se concluir, então, que fica suprimida a rigorosa fase de habilitação exigida para a concorrência, o que não significa dizer, todavia, que para a contratação de menor vulto não exista uma habilitação; ela apenas não irá existir enquanto fase do procedimento. Isso porque a fase de habilitação é substituída pelo *processo do cadastramento*, previsto no art. 34 da lei, mediante o qual o interessado se mostra habilitado a celebrar contratos com o Poder Público até que surja uma oportunidade.

Assim, no que se refere ao procedimento, a primeira distinção é referente à fase de habilitação, que é substituída por um cadastramento prévio (habilitação prévia), mediante o qual o competidor demonstra a sua habilitação técnica, financeira, jurídica, fiscal e trabalhista. Preenchidos tais requisitos, o interessado recebe um certificado – o *Registro Cadastral* – que encurta o processo, não se perdendo tempo com a análise de toda a

documentação exigida para a habilitação e com a fase recursal a ela inerente, quando não houver consenso sobre a aceitação ou não de um pretendo competidor.

O que não impede, contudo, que pessoas não cadastradas participem do certame licitatório, visto que a legislação, a fim de ampliar o rol de licitantes e, com isso, a competitividade e, *ipso facto*, abaixar os preços ofertados, abre a possibilidade de qualquer interessado se habilitar, desde que prove o preenchimento dos requisitos elencados no edital, fazendo-o com antecedência de até três dias antes da data estipulada para a apresentação das propostas de preço (art. 22, § 2º).

A bem da verdade, isso não é característico de uma tomada de preços, mas sim da concorrência. Contudo, por favorecer os pilares do princípio da licitação, insculpido no art. 37, XXI, da Constituição da República, não pode ser negado como uma iniciativa de caráter extremamente positivo.

Ainda no que tange ao procedimento no âmbito da tomada de preços, é de se ver que o edital deverá ser publicado com antecedência mínima de 30 ou 15 dias, conforme seja ou não, respectivamente, pelo tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”. Repare que é menor o prazo compreendido entre a publicação do edital e a entrega das propostas do que o fixado para a concorrência, justamente a caracterizar uma simplicidade maior da tomada de preços. A única particularidade ficará por conta da maior singeleza do trabalho da Comissão ao decidir sobre a habilitação.

Nesse contexto, abre-se espaço para analisarmos a seguinte questão: vincular a participação no certame à subordinação de requisitos de cadastramento, de acordo com o § 9º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993, pode restringir indevidamente o certame? É esse o cerne da questão discutida pelo TCU na Decisão nº 284/2002, em razão de denúncia de possíveis irregularidades praticadas pela Justiça Federal na Seção Judiciária de Mato Grosso, em licitação na modalidade tomada de preços.

Trata-se de caso da aquisição de equipamentos de informática para montagem de microcomputadores, que teve como exigência – única possibilidade de participação no certame – de habilitação parcial no Sicaf (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores), o que contrariou o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

O primeiro ponto tocado foi a não adoção do tipo de licitação “técnica e preço”, exigido pelo art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/1993 (que determina a adoção obrigatória do tipo de licitação “técnica e preço” para a contratação

de bens e serviços de informática), combinado com o art. 1º, *caput*, do Decreto nº 1.070/1994.<sup>90</sup>

Quanto a essa irregularidade, manifestou-se o responsável, em suma, no sentido de que as peças de reposição que se pretendia adquirir não eram mais fabricadas, razão pela qual poucas empresas ainda se prestavam a comercializá-las, constatação feita quando da coleta preliminar de preços (o preço médio das propostas – R\$ 8.287,14 – ficou dentro do limite para a modalidade convite, tendo optado pela tomada de preços como forma de dar maior publicidade ao certame a ampliar o espectro de concorrentes).

O legislador, ao estabelecer limites para as modalidades de licitação, o fez levando em conta a relevância econômica da contratação e não a natureza do objeto, cabendo observar que a relação constante do anexo ao Decreto nº 1.070/1994 não contempla os componentes, objeto do referido certame.

A intenção do legislador, intimamente ligada ao princípio da razoabilidade, foi afastar a incidência daquele tipo de licitação nos certames em que estão envolvidos valores diminutos de contratação. Isso porque, exigências maiores de divulgação do certame (art. 23, II, alínea *b*), concernentes à habilitação dos proponentes e à verificação da satisfatoriedade das propostas quanto aos aspectos técnicos e de preço, bem como as discussões sobre intrincadas, não se coadunam com a simplicidade e a celeridade que norteiam a modalidade convite.

É possível, e até louvável, conforme entendimento do TCU, que o administrador, num juízo de discricionariedade, venha a se utilizar do permissivo legal constante do § 3º do art. 22 da citada lei, quando queira cercar-se de maiores garantias com vistas à contratação de empresa que melhor esteja apta a lhe atender as necessidades ou, como no caso tratado, tem em vista uma maior amplitude de competitividade. Tal fato, todavia, não tem o condão de demandar a

adoção daquele tipo de licitação, posto que uma licitação de menor preço exige menor pesquisa acerca de questões técnicas, possibilitando que o julgamento seja fundado, exclusivamente, em aspectos econômico-financeiros.

Outro ponto tocado no acórdão é que a exigência de atestados de capacidade técnica está intimamente relacionada com a complexidade do objeto que se visa a contratar, de modo que haja uma maior garantia quanto à boa execução do futuro contrato. A expressão “atestados” prevista na Lei de Licitações e Contratos (art. 30) comporta interpretação finalística, de modo que se relacione com a complexidade do objeto que se licita, não havendo obstáculos a que se exija tão somente um atestado se, à vista do interesse público, tal quantidade se mostrar suficiente, havendo, inclusive, determinação constitucional de que as exigências deverão ser as mínimas possíveis (art. 37, XXI).

A empresa em questão, entretanto, fora inicialmente inabilitada pela comissão de licitação em face de não ter observado os itens do edital, que previam como condição para a participação no certame a regularidade perante o Sicaf.

Argumentando que o sistema do órgão cadastrador da Universidade Federal de Mato Grosso estava fora do ar, impossibilitando-a de regularizar a Certidão Negativa de Débito (CND) perante o INSS –, que se encontrava vencida, fez apresentar, na data da sessão, o original daquela, devidamente atualizado, e não o Recibo de Solicitação de Serviços, exigido na Instrução Normativa Mare nº 05/1995, elemento hábil a comprovar a entrega do documento em questão.<sup>91</sup>

Verificou-se que a regularização não se efetivou em virtude de problemas com o sistema eletrônico de dados, razão bastante para autorizar a suspensão dos trabalhos e a comunicação do evento ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a quem foram repassadas as competências do extinto Mare. Para isso, todavia, seria condição *sine qua non* a apresentação do recibo de

<sup>90</sup> Assim dispõe o § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993, com redação determinada pela Lei nº 8.883/1994: § 4º. “Para contratação de bens e serviços de informática, a Administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando, obrigatoriamente, o tipo de licitação técnica e preço, permitindo o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do Poder Executivo”. A regulamentação da parte final daquele art. adveio com o Decreto nº 1.070/1994, que houve por bem estipular no § 3º, de seu art. 1º, que “nas licitações realizadas sob a modalidade convite, prevista no art. 22, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, o licitador não é obrigado a utilizar o tipo de licitação ‘técnica e preço’.”

<sup>91</sup> O citado normativo expedido pelo extinto Mare regula com clareza essa questão: “8.9. Para participar de licitações, nas modalidades de Tomada de Preços e Concorrência o fornecedor deverá providenciar o seu cadastramento e, quando for o caso, sua habilitação parcial no Sicaf, no mínimo 3 (três) dias antes daquele previsto para o recebimento das propostas. 8.9.1. Nos processos licitatórios em que o fornecedor for inabilitado e comprovar, exclusivamente, mediante apresentação do formulário de Recibo de Solicitação de Serviço, Anexo III, ter entregue a documentação à sua Unidade Cadastradora no prazo regulamentar, o responsável pela licitação suspenderá os trabalhos e comunicará o evento ao Mare. 8.9.2. Se a regularização do fornecedor, no Sicaf, não se efetivar em razão de greve, calamidade pública, fato de natureza grave ou problema com linha de transmissão de dados, que inviabilize o acesso ao Sistema, o Mare cientificará o órgão/entidade licitante e autorizará que sua Comissão de Licitação receba diretamente do interessado a documentação exigida em lei”.

solicitação de serviços pela proponente, com o nítido intuito de se verificar se houve o cumprimento do prazo estabelecido pelo art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

Havendo a empresa licitante impetrado o recurso cabível, foi o mesmo considerado procedente por força de decisão proferida pelo juiz, manifestando-se, em suma, no sentido de que o art. 34 e seguintes da Lei de Licitações preveem a existência de cadastros como o Sicaf, mas que, em momento algum, os tornam obrigatórios e excludentes dos demais meios de comprovação dos requisitos de habilitação, aliado ao fato de que a forma de comprovação da regularidade fiscal não pode prevalecer sobre sua finalidade para o certame, revelando-se como absolutamente ilegal a exigência contida no edital.

Duas questões mereceram exame: de acordo com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou da não surpresa, tanto a Administração quanto os licitantes ficam vinculados aos estritos termos do edital. Nesse sentido, se ilegalidade houve, deveria o responsável ter se utilizado do denominado poder de autotutela, consubstanciado no art. 49 da Lei de Licitações, na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal ou do direito de impugnação previsto no § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/1993.

De outro lado, a fundamentação da decisão que opinou pela procedência do recurso encontra consonância com recentes julgados do Tribunal, a exemplo da Decisão nº 80/2001, prolatada com base em estudos realizados pela 8ª Secex, da qual, inclusive, resultou recomendação ao ministro de Estado de Planejamento no sentido da adequação da Instrução Normativa Mare nº 5/1995 aos ditames da Lei nº 8.666/1993, bem como da Decisão nº 392/2001 – Plenário, onde fora determinada a exclusão, nos futuros editais de licitação da DRTE/RS, da exigência obrigatória de prévio cadastro no Sicaf como condição de participação no certame, haja vista que o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, ao definir a modalidade de licitação tomada de preços, apresenta duas possibilidades distintas aos interessados em participar de um certame: estarem regularmente cadastrados no Sicaf (cadastro oficial do Poder Executivo Federal) ou atenderem todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas.

Isso posto, verificando que as práticas adotadas consubstanciaram-se em interpretação plausível da lei, encontrando, inclusive, precedentes no TCU, propõe-se determinação ao órgão no sentido de que a Justiça Federal – Seção Judiciária do Mato Grosso – que se abstivesse de exigir dos interessados, nos próximos processos licitatórios, como única possibilidade de

participação no certame, a habilitação parcial no Sicaf – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – facultando-se-lhes a apresentação dos documentos habilitatórios até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas, ante o teor do § 2º, do art. 22 da Lei nº 8.666/1993.

Conforme compreensão do Tribunal, o gestor agiu corretamente ao afastar o caráter restritivo do edital e dar provimento ao recurso da empresa de informática. Dessa forma, concordou-se com a proposta de determinar ao órgão a adoção de medida destinada a evitar a ocorrência dessa falha em futuras licitações.

Dando prosseguimento à análise das características da modalidade tomada de preços, regra importante a ser observada é a referente à possibilidade de se ter um parcelamento ou um fracionamento da licitação, viabilizando a realização de várias licitações interligadas. Nessa hipótese, dever-se-á considerar o valor de todas elas em conjunto para o fim de verificar qual a modalidade de licitação adequada para cada caso.

Exemplificando, imaginemos a construção de uma longa via expressa, que cruza toda a extensão do território de um determinado Município. Tendo em vista a possibilidade de se entregar frações da obra a empresas distintas, com execução simultânea das respectivas tarefas, resolve a autoridade administrativa fracionar a obra e licitar cada fração separadamente, a fim de extrair as vantagens que a operação pode proporcionar à Administração e à concorrência. Considerando, então, que o valor estimado para o empreendimento total é de um bilhão de reais e, por outro lado, o valor de cada parcela é de um milhão de reais, qual seria a modalidade licitatória mais adequada: a concorrência ou a tomada de preços?

De acordo com a regra em comento, deve-se levar em consideração apenas o valor global da obra, e não o de cada uma das frações, de modo que a modalidade licitatória a ser eleita deva ser, obrigatoriamente, a concorrência, já que o valor supera os 1.500 mil reais referidos no art. 23, I, c, da lei. Somente seria de se eleger a tomada de preços se o valor estimado para o total do empreendimento estivesse abaixo do limite de 1.500 mil reais, mesmo assim podendo ser eleita, facultativamente, a modalidade mais complexa, a concorrência, como vimos anteriormente.

À luz do que foi observado, agora sim, vale examinar a definição do conceito de tomada de preços expressa no § 2º do art. 22, sendo esta uma modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem todas as condições exigidas

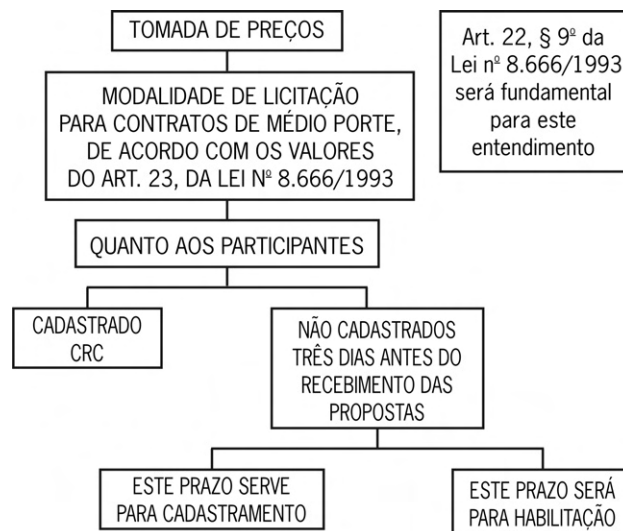
para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

A razão dessa verificação se justifica porque, a partir dela, cabe uma importante pergunta para fins de concurso, uma vez que, na prática, seria irrelevante. A Lei nº 8.666/1993 diz que a tomada de preços é para os cadastrados e para aqueles que, conquanto não sejam cadastrados, apresentem-se com três dias de antecedência com a documentação necessária para o cadastramento. Então, a pergunta que a doutrina faz aqui é a seguinte: o prazo a que se refere o art. 22, § 2º, é para cadastramento dos não cadastrados ou para mera apresentação de documentos? A maioria dos autores entende que o prazo não é para cadastramento, ou seja, não exige que o sujeito se cadastre; o prazo é só para apresentar os documentos, entendendo dessa forma, por exemplo, os professores Marçal Justen Filho e Carlos Ary Sundfeld.<sup>92</sup>

Mas temos ainda uma segunda corrente minoritária, da qual faz parte, por exemplo, o professor Diógenes Gasparini,<sup>93</sup> que entende que o prazo é para cadastramento, ao afirmar que a tomada de preços é só para os interessados previamente cadastrados. Admitir somente a apresentação de documentos seria admitir uma fase de habilitação preliminar, o que transformaria essa modalidade em uma miniconcorrência. Só que, na concorrência, a característica não é a presença de uma fase de habilitação preliminar. Ao admitir-se uma fase de habilitação preliminar na tomada de preços, praticamente confunde-se concorrência com tomada de preços, sobretudo porque os documentos a serem apresentados são os mesmos que deveriam ser apresentados numa concorrência. Então,

na verdade, o que ele faz é complicar uma coisa que era para ser descomplicada, até porque, ainda que seja para cadastramento, haverá a análise da documentação pela comissão de licitação. Para resumir, a maioria da doutrina entende que o prazo de três dias não é para cadastramento, e sim para a apresentação da documentação.

#### Esquema:



### 9.3. Convite

Das três modalidades licitatórias definidas basicamente pelo valor do objeto, o convite é a mais simples, adequada para contratações cujos valores estimados são de menor vulto, de pequeno valor, sendo cabível, por exemplo, quando a obra ou serviço for até 150 mil reais ou quando o valor do serviço ou compra for até 80 mil reais.

O convite também será cabível quando a Administração for licitar um determinado serviço ou uma

<sup>92</sup> Sobre a tomada de preços em que compareçam pessoas não cadastradas, o professor Carlos Ary Sundfeld (*Licitação e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 109) discorreu que: “O legislador quis introduzir uma mudança procedimental. Mas foi tão incompetente ao fazê-lo que acabou por tornar inócua a sua própria disposição. O art. 22, § 2º, exige que os não cadastrados apresentem seus documentos da habilitação até 3 dias antes da sessão de abertura. Imagina-se que o legislador tenha com isso pretendido permitir o exame documental nesse prazo, de modo que, na primeira sessão, já houvesse decisão definitiva sobre o assunto, podendo-se tratar todos os participantes como igualmente cadastrados, encurtando-se a fase da habilitação. Mas isso é totalmente inviável. O primeiro problema está que, nas licitações em geral, os documentos de habilitação devem ser abertos em sessão pública, da qual podem participar todos os licitantes, fiscalizando a regularidade do procedimento (art. 43, § 1º). Portanto, impossível à Comissão abrir antecipadamente o envelope do licitante não cadastrado. Também não é viável marcar sessão especial para isso, anterior à de abertura. De um lado, porque os prazos envolvidos não o permitem, sabendo-se que a documentação pode ser entregue a apenas três dias da abertura do certame. De outro, porque nessa etapa ainda é definitivo na sessão de abertura, quando comparecerão os cadastrados, e todos eles têm o inequívoco direito de fiscalizar o procedimento a ser adotado. Demais disso, a decisão sobre a habilitação do licitante não cadastrado está sujeita a recurso com efeito suspensivo pelo prazo de cinco dias úteis (art. 109, I, a). Por óbvio, esse prazo só pode correr, em ralação aos demais licitantes, depois de seu ingresso no certame, quando da sessão de abertura. Dessa forma, comparecendo licitante não cadastrado, seu envelope com os documentos de habilitação, que será entregue com três dias de antecedência (providência inútil, mas imposta pela lei) deverá ser conservado lacrado até a data designada para a sessão de abertura. Nessa ocasião será devassado, juntamente com os envelopes contendo os certificados de cadastro dos demais, procedendo-se a seguir como nas concorrências públicas.”

<sup>93</sup> GASPARINI, *op. cit.*, 485-86.

determinada compra e não houver no País empresa capaz de atender a essa demanda. Nessa hipótese, poderá a Administração convidar licitantes internacionais, desde que o objeto se enquadre nos limites de valores mencionados anteriormente, nada a impedindo, inclusive, de realizar a tomada de preços e até mesmo a concorrência, pela complexidade do objeto.

Contudo, *a priori*, essa modalidade licitatória é menos complexa do que a concorrência e a tomada de preços. Com efeito, os licitantes que atuem no ramo pertinente ao objeto da licitação, e que estejam em condições de contratar, serão escolhidos e convidados pela Administração a apresentar as suas propostas. O número mínimo de convidados é de três (art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/1993), sendo certo que, quando a Administração tiver de licitar novamente o mesmo objeto ou outro semelhante, deverá acrescentar mais um ao número de cartas-convite anterior, de modo que não caracterize beneficiamento indevido a certas empresas e, ainda, com o objetivo de ampliar, cada vez mais, o nível da competição. (art. 23, § 6º).<sup>94</sup>

Essa norma prevê uma espécie de rodízio, para evitar a burla ao princípio da licitação, ou seja, para que não sejam sempre chamadas aquelas mesmas três empresas ou pessoas.<sup>95</sup> Então, se na praça existirem mais de três interessados no ramo a cada novo convite para objeto idêntico ou assemelhado, ter-se-á que chamar mais um, enquanto houver cadastrados não convidados nas últimas licitações. Quando se conseguir completar o número de cadastrados convidados, pode-se, aí sim, repetir os mesmos convidados.

Para não ignorar que a realidade condiciona a eficácia da norma, o legislador autorizou que essa regra – de se acrescentar mais uma carta-convite cada vez que se repita o objeto da licitação, ou semelhante – deixasse de ser observada quando não houver outros possíveis interessados, o mesmo ocorrendo com o número mínimo de licitantes exigido pela lei.

Assim, se a Administração pesquisa no mercado e só encontra dois possíveis interessados a participar da licitação, não deixará de realizá-la por não preencher o número mínimo de três. Essa exigência só se aplica quando houver três ou mais possíveis interessados em participar do

certame. Nessa hipótese, deverá ficar devidamente justificado o ocorrido, de modo que demonstre que não houve fraude a essa regra (art. 23, § 7º, da Lei nº 8.666/1993).

Porém, há de se deixar claro que, além dos escolhidos e convidados, pode participar da licitação qualquer particular que se interesse em fazê-lo, bastando entregar as propostas com antecedência mínima de 24 horas da data limite para a apresentação das mesmas. Ou seja, se os convidados deveriam apresentar suas propostas até o dia 23 de março, por exemplo, os interessados não convidados e que estiverem cadastrados para aquela especialidade deverão apresentar suas propostas até o dia 22 de março. É necessário, porém, que estejam cadastrados no ramo de especialidade desejado junto à unidade administrativa promotora.

Há quem compreenda que tal prazo é inconstitucional, visto que discrimina os participantes da licitação, contrariando os princípios consagrados ao procedimento licitatório. Para essa corrente, o prazo é tão exíguo que impossibilita uma investigação sobre o interessado, mesmo porque o convite não dispensa a observância dos princípios que devem nortear toda a Administração. Se não fosse à Administração possível escolher três entre os cadastrados e sim convidá-los todos, sob pena da quebra do princípio da isonomia, da moralidade e da impessoalidade pela discriminação de alguns, a modalidade convite seria inviabilizada.

O instrumento convocatório do convite não é o edital, como ocorre com a tomada de preços e a concorrência. O nome que se dá aqui, como já mencionado, é carta-convite, que deverá ser enviada aos convidados e, ainda, afixada em local apropriado, de modo que se estenda a outros possíveis interessados a possibilidade de participar da licitação, frisando que a participação estará restrita àqueles que estiverem previamente cadastrados nos registros da Administração (no âmbito federal, o SicaF), de forma que não inviabilize o curso ligeiro do procedimento, com a análise de farta documentação de habilitação, que é própria da modalidade concorrência.

Repare que não existe a obrigatoriedade de publicação em diário oficial de avisos acerca da licitação para o caso de a modalidade ser o convite, embora isso seja possível. Bastará que se afixe cópia desse instrumento

<sup>94</sup> Nesse sentido, Súmula nº 248 do Tribunal de Contas da União: “Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993”.

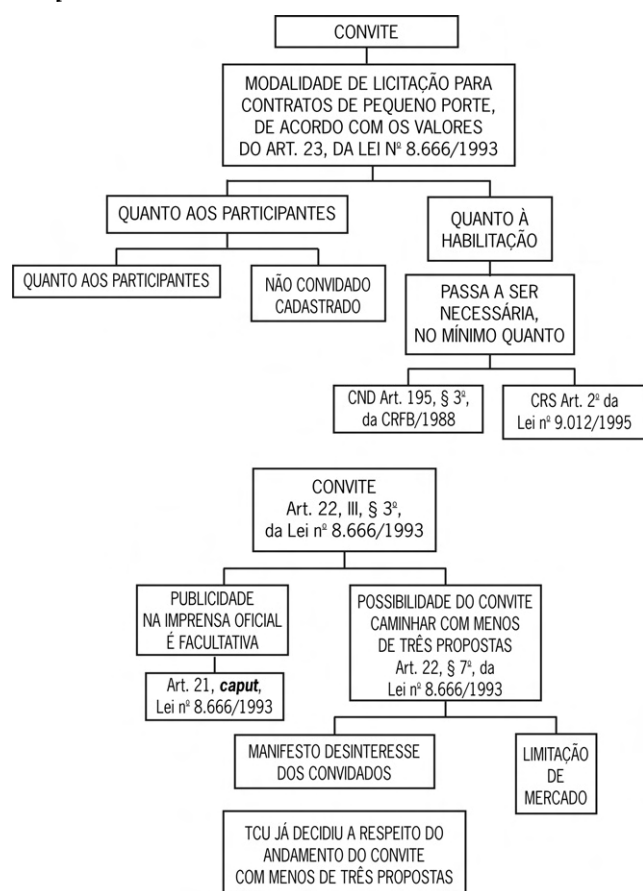
<sup>95</sup> A respeito, no entender do professor José dos Santos Carvalho Filho (*op. cit.*, p. 211, em nota de rodapé), “o *modus operandi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso, alguns órgãos têm exercido maior controle sobre esta modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida. Apesar de tudo, permite maior mobilidade e celeridade na seleção”.



no chamado “local apropriado”, que poderá ser na sede de um conselho profissional, num sindicato ou, ainda, na sede de uma associação de empresas ou profissionais daquela especialidade. Essa afixação deverá ser com antecedência mínima de cinco dias, a teor do disposto no art. 21, § 2º, IV, da Lei nº 8.666/1993.

Registre-se, por fim, que, caso não compareçam para a apresentação das propostas o número mínimo de licitantes exigido pela lei, deverá ser repetido o convite até que se apresentem pelo menos três interessados. Isso se não ocorrer a hipótese antes mencionada, de manifesto desinteresse dos convidados ou de inexistência de possíveis interessados no mercado. Nesses casos, poderá ser realizada a licitação com apenas dois licitantes.

#### Esquema:



#### 9.4. Concurso

Previsto no § 4º do art. 22, da Lei em análise, o concurso é uma das modalidades licitatórias que se escolhe não em razão da expressão econômica do objeto, mas sim em razão de sua natureza. Assim, quando a Administração for licitar a escolha de um trabalho artístico, técnico ou científico, utilizará a modalidade ora em apreço.

Por tal razão, institui-se um prêmio ou remuneração ao vencedor, o que corresponde a uma autorização à Admi-

nistração para usar o objeto da licitação no momento que melhor lhe aprouver. Há uma espécie de integração entre as licitações por melhor técnica ou técnica e preço: ambas as modalidades servem à escolha de trabalho técnico ou científico, que têm natureza intelectual (até porque o produto dessa atividade não será economicamente avaliável).

Desse modo, o que caracteriza o concurso, principalmente, é que o objeto licitado não é inicialmente contratado, pois o concurso não visa a uma futura contratação. O que se quer é, apenas, premiar, sendo muito comum acontecer, por exemplo, quando a prefeitura lança concursos para que os arquitetos apresentem projetos para o programa favela-bairro, não significando que tal projeto seja logo executado; ele poderá, sim, sê-lo mais tarde. E aí está uma prova de que o concurso não visa a contratar ninguém.

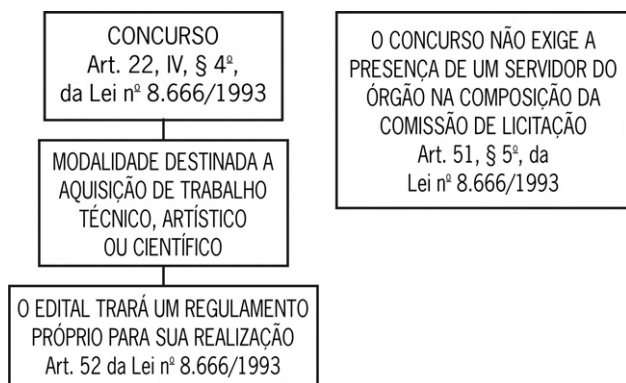
A disciplina do concurso estará descrita em um edital, que deverá ser publicado no diário oficial com uma antecedência mínima de 45 dias da data da apresentação dos trabalhos. Nesse edital regulamentar estarão, dentre outros pontos determinados, de maneira objetiva, o valor do prêmio ou remuneração e os critérios de julgamento dos trabalhos.

Com efeito, diz o art. 52 da Lei nº 8.666/1993 que o regulamento do concurso deverá indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e formas de apresentação do trabalho e as condições de realização do certame, bem como os prêmios a serem concedidos pela Administração.

O julgamento da melhor proposta, nesse caso, será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, podendo ser ou não servidores públicos (art. 51, § 5º, Lei nº 8.666/1993). E, por mais que se reconheça a necessidade de se dizer quais serão os critérios de julgamento dos trabalhos, nesse caso, será garantida uma margem de discricionariedade maior do que a comum aos julgadores, tendo em vista o objeto a ser avaliado. Não se trata apenas de aferir preços, valores objetivamente indicados, mas sim a qualidade técnica, científica ou artística do trabalho apresentado pelo licitante.

A premiação final funciona como incentivo aos possíveis interessados em participar do concurso, mas cabendo destacar que não há qualquer pagamento em dinheiro pelo trabalho, embora a expressão “remuneração aos vencedores” possa levar a esse entendimento. O interessado deverá apresentar o trabalho técnico ou artístico já pronto. Não há seleção entre propostas para futura execução. O ato convocatório pode, ainda, estabelecer formas de anonimato para participação.

Por último, vale fazer menção ao art. 111 da lei, que reforça a ideia de que os direitos patrimoniais do autor devem ser cedidos à Administração, e, portanto, permitir a execução do trabalho.

**Esquema:****9.5. Leilão**

O leilão é a modalidade licitatória adequada para se vender bens da Administração Pública. Mais precisamente, serão alienados por meio de leilão os bens móveis da Administração,<sup>96</sup> desde que inservíveis, bem como os bens de particulares legalmente apreendidos ou penhorados.

Quanto aos bens imóveis, estes poderão ser alienados por meio de leilão apenas quando: a) seu valor não superar a 650 mil reais; ou b) houverem sido adquiridos em razão de processos judiciais ou dação em pagamento. Vale dizer, no entanto, que nada impede que tais bens sejam também alienados por concorrência.

Há uma semelhança entre essa modalidade licitatória e as três primeiras aqui estudadas (concorrência, tomada de preços e convite), que é a seguinte: o critério para se chegar à melhor proposta é o preço ofertado. No entanto, há algo que distingue essencialmente o leilão daquelas outras modalidades: aqui, o que faz da proposta a melhor dentre as apresentadas é o maior valor em relação às demais.

Por estarmos tratando de alienação de bens pela Administração Pública, será considerada a melhor proposta aquela que apresentar o maior valor, pois será o que a Administração vai receber pelo que está alienando. É diferente do que ocorre na concorrência, na tomada de preços ou no convite, em que se está adquirindo um bem ou um serviço, pagando pelo mesmo e, nesta situação, o que se pretende é a proposta com o menor valor possível.

O procedimento do leilão se inicia com a identificação da conveniência em se alienar o bem objeto da licitação, procedendo-se, em seguida, às formalidades necessárias, de acordo com o disposto no art. 17 da Lei nº 8.666/1993. A título de exemplo, se o estado do Rio

de Janeiro quiser alienar um terreno inservível, mas que outrora abrigou uma escola de nível médio, deverá perseguir uma autorização legislativa junto à respectiva Assembleia Legislativa, procedendo à avaliação do mesmo e publicando o edital de convocação dos interessados.

Nesse caso, será desnecessária a desafetação do bem, visto que, como já dissemos, a mesma já ocorreu no passado, caso contrário não seria *inservível*. Pode ter sido uma desafetação jurídica ou mesmo fática.

Procedida à avaliação do bem a ser leiloadado, com o fim de se fixar um valor mínimo para os lances e, com isso, inibir a alienação do mesmo por preço vil, elaborar-se-á um edital de convocação dos interessados a participar do certame. Esse edital deverá ser publicado com 15 dias de antecedência, na forma do art. 21, § 2º, III, da Lei nº 8.666/1993. Ressalte-se, ainda, que deverá haver uma divulgação ampla, especialmente no Município onde se realizar o leilão.

Como já dissemos, será vencedor o licitante que oferecer o maior preço pelo bem a ser vendido pela Administração. Declarado encerrado o certame em razão da arrematação, o licitante vencedor deverá pagar a vista um percentual a ser estipulado no edital, que nunca será inferior a cinco por cento sobre o valor do lance. Depois de assinada a ata, o bem será entregue ao arrematante e este se obrigará a pagar o restante do preço no prazo estipulado no edital. E, se o saldo não for liquidado no prazo estipulado, perderá o vencedor o sinal que dera no momento de encerramento do leilão.

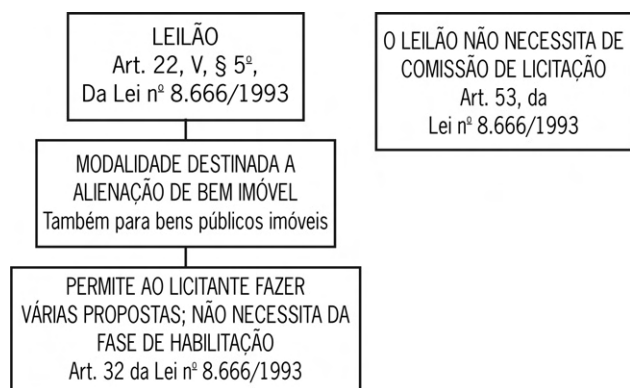
No caso de leilão internacional, o percentual que deverá ser pago à vista poderá ser feito em até 24 horas (art. 53, § 4º, da Lei nº 8.666/1993).

Antes de finalizarmos a análise da modalidade em questão, cumpre-nos voltar àquele caso dos patamares estabelecidos pelo art. 23 do Estatuto das Licitações, observando-se que o valor da contratação não só é importante na concorrência, na tomada de preços e no convite, mas também no leilão. Senão, vejamos: partindo de que o leilão é uma opção para a Administração vender, por exemplo, bens de particulares legalmente apreendidos ou penhorados, suponhamos que ela queira vender automóveis apreendidos pela Receita Federal por outra modalidade que não seja o leilão, e isso ela poderá fazer. Agora, no caso de ter havido uma apreensão de dois mil veículos da marca Audi, por exemplo, poderá a Administração vendê-los por leilão a quem oferecer o maior lance? Se tomarmos como ponto de partida que aos bens móveis legalmente apreendidos ou penhorados é aplica-

<sup>96</sup> O leilão foi muito utilizado na alienação de ações de empresas públicas e sociedades de economia mista na época de auge das privatizações.

da a pena de perdimento prevista no regulamento aduaneiro, no caso dos carros isso também ocorreria, pois eles foram legalmente apreendidos. Assim, em tese, a Administração poderia vender os carros da marca Audi por leilão, por força do art. 22, § 5º, só que o valor desses bens, se forem avaliados, é superior àquele determinado para a tomada de preços, recaindo-se na norma prevista no art. 17, § 6º. Dessa forma, na hipótese por nós aventada, caberia a concorrência, e não o leilão, o que nos leva a concluir que não é bem assim a história de que o valor da contratação só é importante para a concorrência, a tomada de preços e o convite, mas também para o leilão, pois essa modalidade só é permitida se o valor não ultrapassar o da tomada de preços, o que não seria o caso.

#### Esquema:



## 9.6. PREGÃO

### 9.6.1. Considerações

Antes de analisarmos as características dessa modalidade licitatória, convém comentar alguns aspectos pertinentes à sua criação.

Pois bem. Partindo da norma geral disposta no art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/1993, que veda a criação de

outras modalidades licitatórias ou mesmo a combinação das já contempladas no diploma legal, foi instituído o pregão como modalidade de licitação pela Medida Provisória nº 2.026, de 4/05/2000 (diversas vezes reeditada, sendo a última a de nº 2.182-18, de 23/08/2001), gerando, de pronto, discussões doutrinárias acerca de sua constitucionalidade, não só por ter o legislador utilizado medida provisória para instituir uma nova modalidade licitatória, mas também por ser voltada somente ao âmbito da União, excluindo dos entes da Federação, portanto, a prática dessa modalidade.<sup>97</sup>

O primeiro aspecto a merecer registro, e que não se pode perder de vista, é o fato de que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, da CF/1988); portanto, nada impediria que o legislador federal criasse uma nova modalidade licitatória, tanto assim que o fez. Aliás, a bem da verdade, conforme tem destacado a doutrina, tal modalidade em apreço já teria sido contemplada pela Lei nº 9.472, de 16/08/1997, ao tratar da chamada “consulta” em seu art. 54, § 1º, aplicável restritamente ao âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, a Anatel.<sup>98</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, também importante de ser registrado é o aspecto referente às *normas gerais*, cujo assunto pode ser revisto, com mais minudência, no item 3 deste trabalho. Assim, se considerarmos que norma geral somente é aplicável à União, a regra contida no § 8º do art. 22, da Lei nº 8.666/1993, com efeito, não estará dirigida ao legislador ordinário federal, e sim ao Poder Executivo, que não poderá inovar mediante decreto regulamentar, e aos demais entes da Federação, bem assim a Administração Pública, de um modo geral, que não poderão inovar a pretexto de editarem normas específicas sobre a matéria (art. 24, § 3º, da CF/1988).

<sup>97</sup> A respeito, diz o professor Marçal Justen Filho (*Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 16): “A opção de circunscrever a aplicação do pregão a contratações promovidas no âmbito federal é extremamente questionável. É inevitável a União valer-se da competência privativa para editar normas gerais acerca de licitação, cuja aplicação seja restrita à própria órbita federal. Ademais, isso importa uma espécie de discriminação entre os diversos entes federais. Essa alternativa é incompatível com o princípio da federação, do qual deriva o postulado do tratamento uniforme interfederativo. A determinação consta do art. 19, inciso III, da CF/1988. Por isso deve reputar-se inconstitucional a ressalva contida no art. 1º, admitindo-se a adoção da sistemática do pregão também por outros entes federativos. Ou seja, a interpretação conforme à constituição exige reputar-se como inexistente a ressalva contida no art. 1º da MP, reconhecendo-se ter ocorrido instituição de nova modalidade de licitação utilizável por todas as entidades federativas”.

<sup>98</sup> Referindo-se ao art. 54, parágrafo único, da Lei nº 9.472/1997, o professor Celso Antônio Bandeira De Mello (*Curso de..., op. cit.*, p. 483 e 506) considera as licitações relativas a telecomunicações inconstitucionais, um “vício”, conforme seu entendimento, uma vez que foram colocadas sob um regime próprio. Mais adiante, aclarando tal entendimento, ele acrescenta que a *consulta*, “por ter ficado restrita à órbita federal, não pode ser admitida, pois sua intrusão, limitada à esfera das agências reguladoras, evidencia que a lei que a instituiu não é ‘norma geral de licitação’, mas simples lei federal. Não sendo ‘norma geral de licitação’ – mas simples lei federal – evidentemente não poderia contrariar o disposto no art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666, que é a norma geral expedida com fulcro no art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Além do mais, até hoje não se sabe o que é a ‘consulta’, pois lei alguma lhe desenhara a figura”.

Dessa forma, em conformidade ao que vem apregoando a maioria da doutrina, o entendimento é no sentido de que as entidades “menores” podem valer-se do pregão que, no entanto, é obrigatório apenas para a União. E acompanhando essa corrente encontra-se o professor Jessé Torres Pereira Júnior, que pontualmente assinala:

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem conceber e praticar modalidade de licitação não previstas na legislação, porque disto estão proibidos por norma legal federal geral, com evidenciado amparo constitucional. Mas uma vez criada a modalidade por norma federal, os demais entes da Federação não resultam impedidos de acolhê-la. A norma federal criadora do pregão delimita o ‘âmbito da União’ como o campo de aplicação obrigatória da nova modalidade, contudo não a veda para os demais entes da Federação.<sup>99</sup>

#### 9.6.2. Serviços comuns

Com a conversão da medida provisória em questão na Lei nº 10.520/2002, o pregão foi incorporado definitivamente como modalidade licitatória aplicável a todos os âmbitos e esferas da Administração Pública, não mais se restringindo à Administração Pública Federal.

O pregão é a modalidade licitatória adequada para a aquisição de bens ou serviços comuns, independentemente do valor estimado do contrato. O problema é saber o que são bens ou serviços comuns.

O art. 1º, § 1º, da medida provisória, dava parâmetros para identificar o que são ou não bens ou serviços comuns. E o fez dizendo que serão considerados comuns os bens ou serviços “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Tais parâmetros dão ao intérprete a ideia de um bem ou serviço que possa ser facilmente descrito, sem a necessidade de especificações complexas, a partir do que se pode identificar o objeto inequivocamente e com facilidade. Afasta-se logo aquilo que não se poderia descartar como um bem ou serviço complexo na identificação.

Exemplos talvez possam ajudar: imagine a aquisição do serviço de transporte de passageiros a ser contratado por uma autarquia federal. Também é possível enquadrar nesse rol os serviços de limpeza e manutenção de equipamentos. No âmbito das compras, imagine a aquisição de um microcomputador ou mesmo de móveis para escritório, aparelhos de ar condicionado etc.

Até mesmo serviços técnicos ou a aquisição de um determinado bem a ser utilizado numa operação técnica complicada poderiam ser enquadrados no conceito de bem ou serviço comum. Bastaria que a sua especificação, entre os entendidos na especialidade, fosse simples e facilmente identificável no mercado. Naturalmente que, numa situação dessas, seria a área técnica do ente licitante que deveria dizer se o serviço ou o bem preenche aos requisitos a serem considerados para ser tido como comum. Aos olhos do lei-go, pode ser apreciado de forma equivocada.

O legislador, prevendo a complicação que poderia gerar essa abertura conceitual, delegou ao regulamento a tarefa de enumerar os bens e serviços que seriam considerados comuns para fins de utilização daquela modalidade licitatória (Medida Provisória nº 2.182/2001, art. 1º, § 2º). E essa tarefa foi cumprida quando o Presidente da República editou o Decreto nº 3.555/2000.

O trabalho, contudo, foi muito mal desempenhado, pois a lista de serviços comuns era muito vaga. Mencionava espécies de serviços e bens que poderiam ou não ser enquadrados no conceito de bens e serviços comuns, dependendo do caso. A título de exemplo, veja-se que foi listado o “serviço de assistência”. E aí se pergunta: que assistência? Assistência a quem e para fazer o quê? Hipóteses há que seriam facilmente enquadáveis no conceito em análise. Outras não!

Também foram citados os equipamentos em geral, excetuando-se os bens de informática, muito embora tenham sido incluídos os microcomputadores de mesa, monitores de vídeo ou impressora. Assim, estaria fora, por exemplo, a aquisição de cartuchos de tinta para impressora, certo? Também não se poderia adquirir pelo pregão um estabilizador. Mas seria possível, pela dicção regulamentar, a aquisição de qualquer outro equipamento, fosse ou não de simples identificação, de modo a atender aos parâmetros fixados pelo legislador.

Ao nosso ver, a enumeração dos bens e serviços comuns pelo Decreto nº 3.555/2000 não vincula a Administração, pois nada diz sobre a complexidade na identificação de cada um dos objetos contemplados. Mais seguro se balizar pela definição, com todas as críticas que a ela possam ser feitas, utilizada pelo legislador. Aliás, ao nosso sentir, foi muito inteligente a supressão do § 2º do art. 1º da MP em questão, quando da sua conversão em lei, o que resultou numa revogação a reboque do anexo do regulamento em que se encontrava a lista de bens e serviços comuns.

<sup>99</sup> PEREIRA JÚNIOR *apud* MANTOVANI, Cláudia Fernandes. Licitação. In: MOTTA, *op. cit.*, p. 427, em nota de rodapé.

Hoje, parece inegável que o conceito de que tratamos é um conceito jurídico indeterminado e que, por isso, caberá apenas à Administração Pública a tarefa de avaliar se esse ou aquele objeto se enquadra em seus parâmetros, salvo quando se tratar de uma inequívoca situação que apontar para conclusão diversa (casos teratológicos).

No que tange ao procedimento a ser adotado no pregão, é de se ver que o legislador quis combinar eficiência e simplicidade, tendo logrado êxito na tarefa. Em primeiro lugar, foi invertida a ordem de alguns acontecimentos. A fase de habilitação, que geralmente é anterior ao julgamento das propostas, aqui passa a ser posterior, de modo que só será avaliada a habilitação do vencedor. Poupa-se bastante tempo com essa medida, já que se deixa de analisar a documentação de todos os licitantes para analisar a de um só.

O outro ponto interessante refere-se aos lances. Declarada aberta a sessão, o pregoeiro – aqui não existe uma comissão de licitação – arrecadará os envelopes das propostas e da habilitação, abrindo somente os primeiros e classificando-os de acordo com os valores das propostas. Serão selecionadas a proposta contendo o menor preço e as que se seguirem até que se chegue a uma que não ultrapasse a melhor proposta em dez por cento. Mas serão selecionadas no mínimo três propostas, mesmo que para isso se tenha que abandonar o critério dos dez por cento.

Feita a seleção, poderão os classificados dar lances verbais, que serão sucessivos, distintos e decrescentes, até que se atinja o menor valor possível. Encerrada essa fase, o pregoeiro avaliará a aceitabilidade da melhor proposta e, se for o caso, abrirá o envelope de habilitação, como dissemos anteriormente.

Registre-se aqui que o pregoeiro terá a possibilidade de negociar com o vencedor a adequação de seu preço aos critérios de aceitabilidade da proposta fixados pela Administração previamente (no edital).

Quanto à habilitação, esta será feita de acordo com o sistema de cadastramento de cada uma das unidades federativas, podendo, contudo, o licitante, no caso de haver alguma irregularidade apontada no cadastro, apresentar na própria sessão a documentação comprobatória da regularização de sua situação.

Verificada a regularidade habilitatória, será declarado vencedor o licitante e a ele será adjudicado o objeto do certame. Do contrário, se não houver essa regularidade na habilitação, partir-se-á para o licitante classificado em segundo lugar, a fim de verificar a sua documentação de

habilitação. Estando tudo em condições a ele será adjudicado o contrato.

Registre-se, aqui, que também será possível aquela negociação entre o pregoeiro e o segundo colocado, se a sua habilitação estiver em condições, mas mesmo assim o seu preço estiver fugindo aos critérios de aceitabilidade previamente fixados pela Administração.

Essas as principais características do procedimento do pregão. Entretanto, não se poderia deixar de mencionar um questionamento que deu ensejo a muitas controvérsias no âmbito da Administração Pública federal. O questionamento é o seguinte: poderia ser licitado pela modalidade pregão bens e serviços de informática?

A pergunta se impõe pelo fato de o art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 exigir que o tipo da licitação seja, nesses casos, o de técnica e preço, ao passo que a Lei nº 10.520/2002, que trata do pregão, exige que o tipo de licitação seja sempre o menor preço.

A Procuradoria Federal em exercício na Comissão Nacional de Energia Nuclear – Cnen exarou parecer no sentido de ser possível a licitação de bens e serviços de informática pela modalidade de pregão, desde que o objeto seja enquadrável no conceito de “bens ou serviços comuns”. Isso porque não faz sentido incluir a análise de melhor técnica, ainda que conjugada com o menor preço, quando a descrição do objeto, que só pode ser bem ou serviço comum, não abrir margem para diversidades daquela natureza. Ademais, isso obedece à lógica do art. 46 da Lei nº 8.666/1993, que diz ser utilizável o tipo técnica e preço quando o serviço for de caráter predominantemente intelectual, permitindo variações técnicas entre os licitantes.

É verdade que o Decreto nº 3.555/2000, em seu anexo, mencionou a impossibilidade de adquirir bens e serviços de informática pela modalidade pregão. Entretanto, excluiu dessa proibição os computadores de mesa, monitores de vídeo e impressoras. Ademais, com a supressão do § 2º do art. 1º na Lei nº 10.520/2002, que resultou da conversão, com alterações, da Medida Provisória nº 2.182/2002, perdeu seu fundamento de validade o referido anexo, não sendo possível extrair-se dali nenhuma conclusão acerca do pregão no atual estágio.

Portanto, é plenamente possível a aquisição de bens e serviços de informática pela modalidade de pregão, desde que se enquadrem no conceito de bens ou serviços comuns. Isso é que vai balizar a atuação da Administração no sentido de eleger ou não o pregão como modalidade cabível e adequada nesse ou naquele caso.

Registre-se, por fim, que já foi regulamentado pelo Decreto nº 3.697/2000 o chamado pregão eletrônico, referido na Lei nº 10.520/2002.

Nessa espécie de pregão, os trabalhos são realizados pela internet, com os participantes *ou Une* oferecendo os seus lances. Essa modalidade também já caiu nas graças da Administração Pública, tendo sido bastante utilizada, especialmente no âmbito federal.

### 9.6.3. Da subsidiariedade do regime da Lei nº 8.666/1993 ao pregão

A própria Lei nº 10.520 dispõe, em seu art. 9º, que se aplicam subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666/1993. O que significa que o pregão estará sujeito a todas as normas da Lei nº 8.666/1993 que se mostrem necessárias para a sua exequibilidade e aplicação, nos momentos em que a Lei do Pregão tratou insuficientemente ou mesmo nada falou. Consequentemente, onde a Lei do Pregão foi expressa, suas normas excluirão as normas da lei que lhe sejam eventualmente contrárias, devendo prevalecer o princípio da especialização.

Cabe ressaltar que, mesmo nos casos em que a Lei do Pregão for omissa, ao utilizar a legislação subsidiária, deve-se manter prudência no sentido de não afrontar os princípios que regem o pregão. Essa é a proposta desse trabalho. Quando, no momento em que a Lei do Pregão for omissa, será aplicado subsidiariamente a Lei nº 8.666/1993 sem desconsiderar os avanços alcançados com a instituição da nova modalidade.

### 9.6.4. As principais características do pregão

No art. 2º do Decreto nº 3.555 estão dispostas as principais características do pregão, com exceção da inversão das fases. O art. 2º dispõe que é “a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feito por sessão pública, por meio de propostas escritas e lances verbais”. O pregão envolve inovações procedimentais, inclusive, como visto anteriormente, com a consagração de uma proposta doutrinária muito discutida e esperada. A característica mais relevante consiste na inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas. No pregão, somente se abre o envelope de documentação do licitante cuja proposta foi classificada (provisoriamente, como se verá) como vencedora. Essa é a peculiaridade mais evidente do pregão, mas não é a única. Pode referir-se ao objeto (bem ou serviço comum), à sumariada dos requisitos de habilitação e a outros dados, tipicamen-

te relacionados ao procedimento. Assim, por exemplo, será obrigatória a presença pessoal dos licitantes (ou de seus representantes) para acompanhar o certame. O procedimento recursal também é específico. E outras questões poderiam ser apontadas, tal como se extrairá da exposição seguinte.

Mas a característica essencial do pregão relaciona-se com uma sistemática peculiar de obtenção da proposta mais vantajosa numa licitação de tipo *menor preço*. Nas hipóteses de concorrência, tomada de preços e convite, a seleção da melhor proposta de menor preço por parte da Administração possui cunho declaratório, no sentido de que o particular elabora sua proposta definitiva antes do início do certame. A tarefa da comissão de licitação consiste apenas em avaliar as propostas, sem qualquer inovação subsequente. Já no pregão, a sistemática é diversa, eis que a etapa de lances destina-se à obtenção do menor valor possível.

Embora seja parecido, o pregão não é igual ao leilão. Pode-se dizer que o leilão é para venda, o pregão para compra. O leilão pode ser conduzido por um leiloeiro oficial ou por um senador público, enquanto o pregão só pode ser conduzido por um senador. O leilão é para venda, a princípio de qualquer bem, o pregão é modalidade para compra ou contratação de *bens e serviços comuns*. E o que é *bem ou serviço comum*?

### 9.6.5. Limitação do uso a compras e serviços comuns

A norma é bastante clara ao dispor sobre a restrição: só para bens e serviços comuns é facultado o uso de pregão; para os demais, não comuns, o uso do pregão está implicitamente vedado.

Quando se fala em comprar uma mesa, todos sabem de que se trata. Quando a compra é de tijolos, telhas ou tubos para conexão, todos sabem a que se refere ainda que não seja um engenheiro. Essa é a ideia que a lei quis passar quando fala em bens comuns. São aqueles bens que se conhece e identifica pelo simples nome, pois é assim sabido no mercado.

Um exemplo permite compreender melhor a distinção. Um programa de computador pode ser um bem comum, quando se tratar do chamado software de prateleira. Suponha-se que a Administração resolva adquirir um aplicativo para processamento de texto, reconhecendo a ausência de necessidade de qualquer especificação determinada. Existem diversos produtos no mercado, que podem ser fornecidos à Administração sem qualquer inovação ou modificação. A hipótese configura um bem comum.

Imagine-se, no entanto, que a Administração necessite do desenvolvimento de um programa destinado a fins especiais, tal como um gerenciador de banco de dados para aposentados. Deverá produzir-se a contratação de serviços especializados, cujo resultado poderá não ser único – mas que envolverá uma prestação sob medida para a Administração. Esse não será um serviço licitável por meio de pregão.

A mesma coisa em relação a serviços – os de limpeza, de vigilância, de manutenção são serviços que, quando mencionados, todos identificam, não necessitando de descrição com muitos detalhes, pois, uma vez precisando de maior detalhamento, deixaria de ser comum.

Se ainda houver dúvida se alguma coisa é ou não bem comum, pode-se recorrer ao Anexo II do Decreto nº 3.555, em que há uma listagem exemplificativa, uma vez que pode-se ter outros bens e serviços que não estão ali, mas que podem ser considerados comuns.

O pregão não pode ser utilizado para obras e serviços de engenharia, para locações, vendas e alienações, sendo a razão disto a vedação do art. 5º do regulamento.

No caso de obras e serviços de engenharia, a vedação se dá porque toda edificação imobiliária envolve avaliação de circunstâncias específicas, variáveis segundo as peculiaridades de local e necessidade, tornando-se muito problemático cogitar de objeto padronizado.

Não se aplica às locações imobiliárias e alienações em geral porque é quando a Administração Pública quer transferir o domínio de algum bem, querendo assim receber o maior lance. Daí a incompatibilidade dessas contratações com o sistema do pregão.

Uma grande dificuldade teórica conceitual surgiu quando sobrevinham casos limítrofes, em que pairava a dúvida se aquele serviço seria qualquer ou atrairia uma regência especial do Serviço de Engenharia. O serviço de manutenção preventiva e corretiva é um desses casos limítrofes. Ele poderia ser caracterizado como um serviço de qualquer natureza, passível de licitação mediante pregão, ou a presença de características específicas exigentes da presença de profissionais de engenharia levá-lo-ia a ser considerado de engenharia e, por conseguinte, insuscetível de licitação mediante pregão? A matéria suscitou dúvidas por toda parte.

Recentemente, chegou ao Tribunal de Contas da União uma representação formulada pelo Crea do Distrito Federal acerca de um pregão que estava sendo promovido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. O objeto era a contratação de um serviço de manutenção corretiva e preventiva com o fornecimento de material de consumo, peças e mão de obra corres-

pondente, em relação a 17 aparelhos de raios x de inspeção de volumes e 17 espectrômetros de massa para detecção de drogas e bombas. A ECT entendeu que era um serviço de qualquer natureza. O Crea entendia que era serviço de engenharia, só podendo ser conduzido por profissionais de engenharia, logo impossibilitando o uso de pregão. A matéria foi apreciada pelo TCU, e sua orientação foi a seguinte:

A medida provisória nº 2026, art. 1º e 81, conceitua bens e serviços comuns da seguinte forma: Consideram-se bens e serviços comuns, para fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Sendo o serviço de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos aqueles estabelecidos pelos fabricantes destes produtos, sem dúvida que todos que venham a adquirir esses equipamentos realizarão esta manutenção de acordo com as especificações do fabricante que são iguais para o mesmo tipo e modelo do produto. Desta forma, os padrões de desempenho do serviço de manutenção de equipamentos podem ser objetivamente definidos pelo edital, pois as especificações desses serviços são as detalhadas nos manuais de manutenção fornecido pelo produtor a todos os adquirentes, sendo então usuais neste seguimento de mercado.

Com este raciocínio, o TCU dizia que comuns são estes serviços, porém, isto não afasta a dúvida. Falta dizer se é *comum* de qualquer natureza ou *comum* de engenharia.

Junte-se a isso o fato de que os *Serviços de Manutenção de Bens Imóveis* e os *Serviços de Manutenção de Bens Móveis* estão presentes no Anexo II do Decreto nº 3.555, anexo este que enumera quais são, para efeito da MP nº 2.026/2000 os bens e serviços comuns passíveis de serem licitados por meio de pregão. Temos, então, numa mesma norma jurídica, o Decreto nº 3.555/2000, dois dispositivos conflitantes. O Anexo I, art. 5º que impede o uso do pregão para aquisição de obras e serviços de engenharia, e o Anexo II, que autoriza a serem licitados na modalidade pregão os serviços de manutenção de bens móveis e imóveis. Ensina a boa técnica de interpretação que, em normas de mesmo valor hierárquico, o específico deve prevalecer sobre o geral. Consequentemente, a proibição do art. 5º sucumbe diante da clara manifestação do Anexo II. Isto é, os serviços de manutenção de bens móveis e imóveis, mesmo sendo serviços de engenharia, podem ser licitados na modalidade pregão. Os serviços licitados pela ECT por meio do pregão nº 27/2001 – CPL/AC são serviços de manutenção de equipamentos, equipamentos estes necessariamente classificados como bens móveis ou imóveis, de acordo

com suas peculiaridades. Por isso, não há impedimento para serem adquiridos por meio de pregão, pois estão expressamente arrolados no Anexo II do Decreto nº 3.555. Isto posto, não há porque considerar-se ilegal a adoção dessa modalidade no pregão nº 27/2004 – CPL/AC, não devendo prosperar a pretensão do Crea do DF.

A Administração Pública está diante de um primeiro passo dado pelo TCU que, ao decidir questões relacionadas com a Administração Federal, o faz de modo a sugerir uma primeira linha de entendimento da legislação em matéria de licitações e contratações.

Para que se chegue a conclusão de que o serviço é de engenharia e insuscetível de pregão, é necessário que não haja dúvida, ou seja, tem que ser indubitável que se trata de serviço de engenharia. Se houver uma dúvida razoável, parece válido extrair dessa decisão do TCU que a solução será a possibilidade de adoção do pregão.

Os serviços de duração continuada também foram alvo de dúvidas. Serviços contínuos são aqueles que não podem ser suspensos ou interrompidos. A interrupção ou suspensão poderia causar dano ou prejuízo, sendo imprescindível a continuação de sua execução. O inciso II, do art. 57, da Lei nº 8.666/1993 impõe, porém, certas restrições que não podem ser esquecidas. Essa prorrogação somente poderá ser feita se os preços dos serviços e as condições forem vantajosos. Portanto, poderá a administração utilizar-se do pregão, em se tratando de serviços de duração continuada? Acredita-se que, tendo em vista a filosofia que norteou o legislador (presteza, desburocratização, melhor preço e condições) e a redação do inciso II do art. 57 da citada Lei Geral nº 8.666/1993, que autoriza a prorrogação do contrato de prestação de serviços a serem executados de forma continuada por iguais e sucessivos períodos, desde que os preços e as condições sejam as melhores e mais proveitosas, seria viável sua utilização.

#### 9.6.6. Da fase interna do pregão

O pregão também é composto de uma etapa interna e outra externa, como em qualquer modalidade de licitação.

São passos próprios à etapa preparatória do pregão: a) a justificativa da autoridade competente quanto à real necessidade da desejada contratação; b) requisição do objeto, significando a descrição da obra, bem ou serviço que se deseja adquirir; c) estimativa do valor, que permitirá a adequação da despesa à previsão orçamentária, assim como a disponibilidade do recurso; d) a elaboração do edital de pregão, contendo os itens necessários dispostos no art. 40 da Lei nº 8.666/1993; e) análise/

opinamento do órgão jurídico; f) a designação do pregoeiro, servidor que conduzirá o certame; g) encaminhamento do edital para publicação;

A subsidiariedade da Lei nº 8.666/1993 faz-se bastante presente nessa fase. Como dito anteriormente, itens necessários, conforme o caso do art. 40 da referida lei estarão presentes na elaboração do edital de pregão. As exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento, as cláusulas contratuais fixando as condições ou os prazos para fornecimento são alguns dos dispositivos essenciais e imprescindíveis na sequência lógica dos fatos próprios da modalidade pregão.

Por expressa determinação do art. 15 do Decreto nº 3.555/2000, continua não sendo obrigatória a compra do edital como condição de participação no certame; não poderão ser cobradas dos licitantes quaisquer taxas ou emolumentos, disposição esta que já encontrava previsão no art. 32, § 5º, da Lei nº 8.666/1993. Assim, caso não estivesse expressa no decreto, seria também aplicada subsidiariamente.

O inciso III do art. 31 da Lei de Licitações prevê a exigência de garantia da proposta, o que dificultava o acesso ao certame e não traz nenhuma vantagem à Administração. A apresentação de tal garantia acaba por ser uma questão apenas formal, acabando por vezes a inabilitar ou desclassificar propostas vantajosas. Como prova de que essa exigência não traz benefício para o interesse público, a Lei nº 10.520, em seu inciso I do art. 5 vedou sua exigência no pregão. Já se percebe um princípio norteador do pregão imperando sobre o Lei nº 8.666/1993, o da competitividade, pois visa a não ocasionar uma restrição ao conjunto de competidores.

#### 9.6.7. O pregoeiro e a equipe de apoio

É de verificar-se que a equipe de apoio não possui, no pregão, qualquer poder de decisão, sendo sua atuação meramente auxiliar ao pregoeiro, que delibera de forma singular, não estando adstrita à opinião de seus auxiliares. Na verdade, a equipe de apoio deveria ser composta por especialistas no objeto da licitação. Se o objeto for um bem de informática, devem ser especialistas em informática. Se for um material de expediente, especialistas nessa área. Se for a contratação de um serviço de vigilância, igualmente. A equipe de apoio vai estar ao lado do pregoeiro, auxiliando-o especialmente na análise das condições constantes de cada proposta, de forma que se verifique a perfeita compatibilidade com as disposições do ato convocatório. Dessa forma, não há por que acompanhar os preceitos do § 4º do art. 51



da Lei nº 8.666/1993, que estabelece que a investidura dos membros da comissão permanente de licitação não excederá um ano. Não faz sentido estabelecer um mandato para a equipe de apoio. Ela é escolhida para cada licitação específica, atuando nela e se desfazendo ao final. Se, em seguida, houver nova licitação para objeto semelhante, nada impede que a mesma equipe seja formada. E assim sucessivamente. Se a investidura não excedesse um ano, seria necessária uma equipe de centenas de pessoas, que fossem capazes de, no conjunto, ter especialidade em todas as áreas que estão sujeitas à licitações da Administração Pública, situação absolutamente inviável. Como foi dito anteriormente, a equipe de apoio tem poder decisório, daí, não há razão, também, para a vedação da recondução de sua totalidade.

Quanto ao número de membros que devem compor a equipe de apoio, nada foi dito nas normas sobre pregão, igualmente a Lei de Licitações, que não se pronunciou quanto à quantidade de pessoas que integram a comissão de licitação. Assim, definiu-se a prática de três, sempre que possível, utilizando-se aí o costume (adquirido pela prática contumaz) da Lei Federal nº 8.666/1993.

Assinale, ainda, que o pregoeiro deve, juntamente com a equipe de apoio, registrar todos os incidentes à medida que vão acontecendo; portanto, é importante ter uma equipe de apoio para elaboração da ata.

A figura do pregoeiro é uma das principais particularidades do pregão, em confronto com o procedimento ordinário previsto na Lei nº 8.666/1993. As comissões de licitação são órgãos colegiados responsáveis pela condução dos certames realizados sob as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993 e pela deliberação conjunta de todos os atos praticados durante o procedimento licitatório. Assim, por expressa disposição no art. 51, § 3º, da Lei de Licitações, regra geral, todos os membros respondem solidariamente por todos os atos praticados pela comissão. Já no pregão, a situação é diversa. O pregoeiro é a única autoridade com poderes para conduzir o certame e deliberar sobre os atos a serem praticados, o que nos leva a concluir que todos os atos praticados durante o pregão são, em princípio, de responsabilidade exclusiva do pregoeiro.

Na fase interna, a autoridade competente deve designar, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio.

O pregoeiro poderá ser um servidor do órgão ou da entidade que promove a licitação. Dúvidas surgiram quanto ao fato do pregoeiro ser ocupante apenas de cargo em comissão. O professor Jessé Torres Pereira

Júnior entende que aquele que ocupa cargo em comissão ocupa cargo permanente, apesar do seu exercício ser transitório. Enquanto estiver no exercício do cargo será considerado servidor público, submetendo-se ao regime jurídico único.

A atividade de pregoeiro exige algumas habilidades próprias e específicas. As medidas provisórias que regularam o pregão, antes da conversão em lei, chegaram a dispor que somente poderia ser designado pregoeiro servidor que tivesse recebido curso de capacitação específica. Essa determinação consta ainda do decreto que regulamentou aquelas medidas provisórias, mas não foi colocada na Lei nº 10.520/2002. Independentemente de exigência legal, o agente a ser designado deve receber qualificação adequada, mediante a submissão a curso de treinamento, que pode inclusive ser desenvolvido pela própria unidade administrativa. Para justificar juridicamente essa diretriz, utiliza-se a regra da Lei nº 8.666/1993 subsidiariamente, pois os membros da comissão devem ser senadores *qualificados*, conforme *caut* do art. 51 da referida lei.

#### 9.6.8. Exigências de habilitação

As exigências de habilitação devem seguir o disposto na Lei nº 8.666/1993, levando-se em conta a necessária simplificação derivada da ausência de especificação do objeto licitado. Dúvidas poderão surgir quanto à exigibilidade de um ou outro documento, como é o caso da exigência de comprovação, como requisito de habilitação, de que o licitante atende à legislação de proteção ao trabalho de menores, à vista do disposto no art. 4º, XIII. O referido inciso enumera todas as categorias de exigência de habilitação inscritas no art. 27 da Lei nº 8.666/1993, exceto aquela que foi acrescida pela Lei nº 9.854/1999 – acatamento às normas de proteção ao trabalho de menores.

Pode-se considerar, também, que a Lei do Pregão foi omissa. Nesse caso, caberia a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993, o que, pensa-se, seria mais adequado.

#### 9.6.9. Parecer da assessoria jurídica

Indispensável configura-se o parecer da assessoria jurídica, inclusive acerca da minuta do contrato. Essa solução foi explicitamente referida no art. 21, inciso VII, do Regulamento federal, o que reforça o entendimento de que as regras acerca da fase interna contidas na Lei nº 8.666/1993 devem reputar-se plenamente aplicáveis ao pregão.

### 9.7. Fase externa do pregão

A fase externa do pregão tem início com a convocação dos interessados por meio de publicidade adequada. O *caput* do art. 4º da Lei nº 10.520 dispõe *que a fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras*. A interpretação do referido artigo deve ser feita seguindo-se as regras e princípios da Lei nº 8.666/1993, significando dizer que as normas gerais ali contidas acerca de procedimento licitatório deverão ser aplicadas subsidiariamente.

A publicidade acerca da instauração do certame e das condições de disputa possui as mesmas finalidades daquelas previstas na Lei de Licitações.

Quanto ao meio de divulgação, as normas contidas na nova modalidade são mais flexíveis que as da Lei nº 8.666/1993. A Lei de Licitações não admite como válida a publicação de edital no Diário Oficial do Município, impondo a todos que veiculem seus editais no Diário Oficial do Estado. O pregão exige, em seu inciso I do art. 4º da Lei, a publicação no Diário Oficial do respectivo ente da federação, possibilitando aos que não possuem utilizarem-se do jornal de circulação local. Pela Lei nº 10.420/2002, excetuando os casos em que o grande vulto da licitação impuser, nem o qualitativo *grande circulação*, expresso no inciso III, do art. 21, da Lei de Licitações, foi exigido.

Em relação ao período de oito dias úteis entre a publicação e o recebimento das propostas também deverá usar a aplicação subsidiária do § 3º, do art. 21, da Lei nº 8.666/1993, para se determinar a partir de quando o prazo deverá ser contado. Como a Lei nº 10.520/2002 e o Decreto nº 3.555/2000 nada disseram, considerar-se-á a data da primeira publicação na imprensa escrita. Não se deve levar em conta o prazo de divulgação na internet, pois torna-se problemático determinar com precisão a data em que uma certa notícia foi inserida em um *site*.

Há uma discussão sobre se o pregoeiro estaria ou não autorizado pela lei a permitir que participasse da licitação o licitante não credenciado. Há quem entenda que só pode participar do pregão licitante que estiver presente a sessão, o representante legal, ou ainda a pessoa que receba desse uma procuração que o autorize a fazer lances, desistir ou recorrer em nome da empresa.

A ausência de representação das licitantes no pregão não combina com a sua natureza. O fato de existirem lances verbais dos participantes, que obrigatoriamente deverão estar presentes, sob pena de ficarem excluídos dos lances, torna, indiscutivelmente, inútil o procedimento, tanto para os licitantes ausentes quando para a

Administração, já que seus preços poderão ser vencidos por lances melhores apresentados pelos seus concorrentes. No entanto, no caso de não ocorrerem lances verbais, poderá a proposta escrita ofertada pelo licitante ausente ser a mais vantajosa, consagrando-o vencedor do certame se esta for a de menor preço, o que sustenta a viabilidade de apreciar as propostas dos licitantes que não estejam presentes na sessão pública.

O Tribunal de Contas da União examinou a questão do licitante que não quer fazer lance, entendendo que não há irregularidade em abdicar desse direito. Ora, se o licitante presente tem o direito de não dar lances verbais, mantendo assim sua proposta escrita, por que não aceitar as propostas escritas dos que não estão presentes? E por que não aceitar as encaminhadas via postal? Por isso, deve-se admitir a participação de empresas que encaminham as propostas pelo correio, ressaltando que o referido licitante estará abdicando do direito de fazer lance como do direito de recorrer, pois estará fisicamente ausente.

#### 9.7.1. Momento da abertura da sessão

O que poderá ocorrer se na hora da abertura da sessão nenhum licitante comparecer? Este é um caso de licitação deserta, onde se deverá aplicar a Lei nº 8.666/1993 subsidiariamente. O inciso V do art. 24 do referido diploma legal dispõe que a licitação é dispensável, isto é, será permitida a contratação direta sem licitação quando: a) a Administração Pública tiver realizado um procedimento licitatório; b) o procedimento tenha alcançado a fase externa com a realização da sessão de licitação; c) à sessão não tenham comparecido licitantes; d) haja prejuízo à Administração, na repetição do certame, conforme motivação a ser inserida nos autos; e) o escolhido pela administração, na forma do inciso II, parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, satisfaça todas as condições exigidas no edital.

Uma vez que a Administração cumpriu com o dever de garantir a isonomia, poderá iniciar o procedimento da contratação direta sem licitação.

E quando apenas um licitante comparece? Deve o pregoeiro aceitar a participação desse único licitante? destaca-se que na Lei nº 10.520/2002 não existe nenhum dispositivo que impeça a continuidade do certame com um ou dois interessados. Portanto, desde que o ato convocatório do pregão não apresente cláusulas restritivas da competição ou que direcionem o procedimento a determinado interessado e, além disso, desde que a Administração tenha cumprido todas as exigências legais, em relação as fases interna e externa, em conformidade com

o disposto nos arts. 3º e 4º da Lei nº 10.520, nada impede o prosseguimento do certame.

Já houve quem pretendesse, na ocorrência do caso em tela, a revogação do pregão, sob o argumento de que não foi satisfeito o princípio da competitividade, ou que é da essência do pregão a fase de lances, sendo que com apenas um participante essa seria frustrada. Esse pensamento, como foi demonstrado, mostra-se equivocado, pois não há na lei qualquer determinação nesse sentido, violando o princípio da legalidade. Também se constitui num verdadeiro desprestígio ao licitante que elaborou proposta, preparou documentos para a habilitação e veio contribuir com a Administração Pública.

Concluindo, desde que o preço apresentado pelo licitante não seja superfaturado ou inexecutável, e restem atendidas todas as exigências legais insertas na Lei nº 10.520/2002, nada impede a continuidade do certame e, se for o caso, a adjudicação do objeto ao único participante do pregão.

#### 9.8. Da entrega dos envelopes de documentação

Após o credenciamento, os licitantes, presentes, deverão entregar ao pregoeiro a declaração de conformidade e os envelopes contendo proposta e documentação. Essa declaração exigida pela Lei do Pregão consiste na manifestação de vontade do interessado declarando que o envelope que está apresentando contém os documentos exigidos pelo edital e propostas conformes as exigências impostas no edital.

O exame formal dos envelopes e a abertura daqueles contendo as propostas seguem as mesmas formalidades da Lei nº 8.666/1993 do pregão: exige que os licitantes apresentem uma declaração de que preenchem os requisitos exigidos para a habilitação. Como no procedimento do pregão analisa-se primeiro os envelopes com a proposta de preço, para, somente após conhecido o vencedor proceder-se ao exame dos documentos de habilitação, surgiu a dúvida de qual seria o momento em que o pregoeiro deveria receber os envelopes de habilitação, se no momento da abertura da sessão, ou no momento oportuno. Mais uma vez as normas que regulamentam o pregão são omissas com relação a esse aspecto procedimental. O mais adequado seria que, no ato de instauração da sessão pública, todos os licitantes entregassem os dois envelopes, assim como ocorre nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/1993. Os envelopes contendo a documentação das licitantes ficarão sob custódia do pregoeiro até que chegue o momento oportuno para a verificação da habilitação da licitante dona

da melhor proposta em termos de preço. Mas por quê? Em princípio, o pregão foi concebido para iniciar-se e terminar no mesmo dia, porém essa não é uma regra geral. Alguns incidentes procedimentais poderão fazer com que o pregoeiro suspenda a sessão para retomá-la numa outra data e, em sendo assim, é de suma importância que os envelopes contendo os documentos permaneçam lacrados até sua efetiva abertura. Note-se que o inciso XII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002, estipula que, encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para atendimento das condições fixadas no edital. Ora, se a norma prevê que o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo os documentos, supõe-se que estes já estejam em seu poder, pois, caso contrário, a norma deveria ter dito que o pregoeiro passaria a receber os envelopes de habilitação para em seguida abri-los.

Como dito anteriormente, como as normas são omissas sobre este aspecto, cabe a aplicação subsidiária do art. 43 da Lei de Licitações. Assim, no ato de instauração da sessão pública, devem todos os licitantes entregar os dois envelopes (proposta e habilitação) ao pregoeiro.

Passa-se, então, antes da verificação dos preços, ao exame de conformidade da proposta com os requisitos do edital, que nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/1993 se faz no momento da abertura da proposta, não sendo diferente na nova modalidade.

É necessário que se aprecie se a proposta contém tudo o que o edital pediu, sendo verificadas todas as características do objeto, conforme o inciso IV, art. 43, do citado diploma legal.

O conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, demonstra situações especiais que poderão ocorrer no ato do exame de conformidade:

1. só há um licitante. (...) Não há nenhum impedimento à continuidade do certame quando só comparece um licitante. Deve se passar ao exame de conformidade da proposta, verificar a habilitação e a compatibilidade dos preços e, finalmente, proceder à negociação do valor da proposta;
2. somente um licitante supera a fase do exame de conformidade, e todos os demais apresentam substancial diferença entre o que apresenta a proposta e o que exige o edital. Pelos mesmos argumentos referidos na alínea anterior, deve o pregoeiro dar continuidade ao certame. A diferença dessa situação para a indicada na alínea anterior é que haverá a fase de recurso, mesmo que o licitante

atenda a todas as condições do certame, pois houve interesse dos que não ultrapassam a fase. Pode ocorrer que os que tiveram a proposta rejeitada se conformem com a decisão do pregoeiro e, na fase própria, não manifestem interesse em recorrer, permitindo a adjudicação do objeto e homologação imediata da licitação;

3. todos os licitantes têm a proposta rejeitada no exame de conformidade. A Lei nº 10.520/2002 não prevê solução para o caso, podendo ser aplicadas duas e distintas hipóteses. Pela primeira, adotando-se o princípio da legalidade estrita – o administrador só pode fazer o que a lei autoriza –, o certame será encerrado, lavrando-se ata a respeito. Em fase posterior, o ordenador de despesas poderá decidir pela aplicação do art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/1993. Esse dispositivo permite a contratação direta sem licitação quando, entre outros requisitos, não acudirem interessados à licitação, chamada licitação fracassada; interessado é quem comparece ao certame e oferece proposta válida. A outra hipótese é entender possível, no caso, a aplicação subsidiária ao procedimento do pregão, da Lei Geral de licitações, e determinar aos licitantes que reapresentem suas propostas sem as falhas apontadas pelo pregoeiro, na forma prevista pelo § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993. Nesse caso, embora a lei preveja o prazo de oito dias úteis, é possível prever no edital prazo menor, e, no silêncio desse, o pregoeiro negociar a redução de prazo se todos os licitantes estiverem presentes. Após o exame de conformidade da proposta, deve-se verificar a habilitação e a compatibilidade de preços e finalmente proceder à negociação do valor da proposta.

Após a definição dos licitantes que apresentaram propostas em conformidade com os requisitos do edital, é chegado o momento de definir quem pode participar da fase de lances.

#### 9.8.1. Seleção dos que participarão dos lances verbais

Primeiramente, o pregoeiro fará leitura dos envelopes com o preço ofertado de cada participante, de forma que assegure visualização e acompanhamento por todos os presentes, procedendo a uma triagem, identificando, de imediato, a proposta de menor preço.

Nessa etapa é realizada a classificação das propostas cujos licitantes poderão participar da etapa de apresentação de lances verbais. A participação só é permitida para aqueles ofertantes cujas propostas por escrito apresentem valor situado dentro de um intervalo entre o menor preço oferecido e os demais. O objetivo é estimular os participantes a apresentarem propostas compatíveis com a realidade do mercado, punindo a tentativa de inflacionar preços.

Assim, o pregoeiro anunciará a proposta por escrito de menor preço e em seguida aquelas cujos preços se situem dentro do intervalo de 10% acima da primeira. Somente estes ofertantes poderão fazer lances verbais adicionalmente às propostas escritas que tenham apresentado.

Quanto ao critério utilizado para a definição das propostas que passarão para a fase de lances verbais, existem pontos polêmicos.

A redação dos incisos VIII e IX, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002, determina:

*VIII – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;*

*IX – não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos.*

E a dos incisos VI e VII do art. 11 do Decreto dispõe:

*VI – o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço;*

*VII – quando não forem verificadas, no mínimo, três propostas escritas de preço nas condições definidas no inciso anterior, o pregoeiro classificará as melhores propostas subsequentes, até o máximo de três, para que seus autores participem dos lances verbais, quaisquer que sejam os preços oferecidos nas propostas escritas.*

Na prática, esse dispositivo vem gerando dúvidas de interpretação, especificamente no que tange à expressão *até o máximo de três*.

Com o intuito de facilitar a compreensão, suponhamos serem as propostas de R\$ 1.000,00, R\$ 1.500,00, R\$ 1.200,00 e R\$ 1.250,00.

Pela regra do inciso VI do art. 11, o pregoeiro deve selecionar a menor proposta e todas que forem superiores a esta em até 10%, ou seja, de acordo com o citado exemplo, o pregoeiro selecionará somente a proposta de R\$ 1.000,00 e a de R\$ 1.100,00. Note-se que as demais estão acima do limite de 10%. Assim, configura-se a situação prevista no inciso VII, do citado art. 11; isto é, não se tem no mínimo três propostas nas condições definidas pelo inciso VI; na realidade, tem-se apenas duas (R\$ 1.000,00 e R\$ 1.100,00).

É nesse momento que surge a dúvida da interpretação anteriormente citada: deve o pregoeiro classificar somente mais uma proposta (a de R\$ 1.150,00) para inteirar o número mínimo de três? Ou deverá classificar mais três propostas (R\$ 1.150,00, R\$ 1.200,00 e R\$ 1.250,00), que são as subsequentes àquelas que já estão classificadas?

Note-se que, na primeira hipótese, o pregoeiro terá classificado três propostas (R\$ 1.100,00, R\$ 1.100,00 e R\$ 1.150,00), aptas a prosseguir para a fase de lances verbais. Na segunda hipótese, serão classificadas cinco propostas para a etapa dos lances verbais (R\$ 1.000,00, R\$ 1.100,00, R\$ 1.150,00 e R\$ 1.250,00) e, com isto, terá o pregoeiro selecionado um leque maior de competidores para a real disputa, prestigiando-se assim o princípio básico de todo certame licitatório, que é a ampliação da competitividade.

Um importante artigo do Decreto nº 3.555/2000 vem fundamentar esse entendimento. O parágrafo único do art. 4º do citado regulamento afirma:

*[...] as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.*

Na verdade, uma leitura mais atenta do conteúdo do inciso VII (propostas subsequentes, até o máximo de três), em conjunto com as regras do inciso anterior (VI). Extraí-se dos dois incisos que, caso o pregoeiro não atinja o número mínimo de três propostas na classificação preliminar, classificará as propostas subsequentes, até o máximo de três. Ora, subsequentes a quê? É óbvio, àquelas que já possui. Portanto, se na classificação preliminar o pregoeiro classificou, por exemplo, duas propostas, classificará mais três, totalizando cinco empresas que passarão para a etapa dos lances verbais. Tal medida será de todo mais benéfica para a própria Administração que, diante de um número maior de licitantes competindo nos lances verbais, terá maiores chances de obter um preço mais vantajoso (finalidade última da licitação), tendo em vista a acirrada concorrência que poderá ser estabelecida.

Seguindo-se a linha de raciocínio da maioria, no caso em que não se tenham obtido três propostas na condição de 10%, mas há vários licitantes com propostas empatadas, por exemplo, 1 (uma) de R\$ 1.000,00, 1 (uma) de R\$ 1.500,00 e 9 (nove) de R\$ 1.400,00, seria correto convocar todos os que estão com o mesmo preço. O sorteio utilizado como regra na Lei de Licitações e Contratos não seria útil nesse caso, tornando-se um critério

discriminador. Deve-se impor limites à subsidiariedade. Como se viu ao longo do presente estudo, o princípio da competitividade, característica marcante do pregão, deve sempre se sobrepor à norma.

#### 9.8.2. Da instauração da fase de lances verbais

Após a primeira classificação provisória, passa-se à fase de lances, que consiste no núcleo propriamente dito do pregão. Uma vez instaurada a referida fase, cada licitante é livre para formular verbalmente sucessivas ofertas, sempre com valor mais reduzido, até que se obtenha o menor valor possível.

Com o intuito de evitar desgastes e desperdício de tempo é conveniente, apesar de não haver amparo legal, que o edital estabeleça limites mínimos para os lances. Caso o edital não discipline acerca dessa dimensão, a redução em lance superveniente poderia ser irrisória, com uma variação de centavos.

São inadmissíveis lances de valor idêntico ao já formulado por outro licitante. Ou seja, se um licitante oferece certo valor, somente serão considerados válidos lances sucessivos se o valor for mais reduzido. A adoção de tal procedimento evita que ocorra empates na fase de lances verbais. Cabe dizer que, se o empate nessa fase fosse admitido, um licitante que já estivesse no limite de seu preço, para aumentar suas chances de vencer o certame, poderia dar um lance idêntico àquele que o pregoeiro já possui, visando a forçar um empate para quem sabe beneficiar-se de eventual sorteio, que é o que ocorre nas outras modalidades quando há empate nas propostas (§ 2º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993). Portanto, a única possibilidade de haver empate no pregão, sendo aplicado subsidiariamente o referido artigo da Lei nº 8.666/1993, é a seguinte: as duas melhores propostas apresentadas por escrito ao pregoeiro são idênticas e posteriormente as licitantes não formulam nenhum lance verbal. Nesse caso, se as propostas estiverem dentro de uma realidade de mercado, de acordo com a pesquisa de preços da Administração, poderá o pregoeiro valer-se da aplicação subsidiária do sorteio previsto na Lei nº 8.666/1993.

#### 9.8.3. Do lance com preço inexequível

Em toda a licitação, a Administração corre o risco de o licitante formular propostas de valor irrisório, com a esperança de superar as dificuldades por meio de modificações supervenientes. No caso específico do pregão, a competição inerente à fase de lance pode levar o licitante a formular ofertas impensadas, produto

do impulso em vencer a disputa, provocando sérios riscos à execução.

Caso alguém, nos lances verbais, lance 60% abaixo do valor estimado, aceita-se ou não esse preço? E se o vencedor depois não executar?

Um pregoeiro deve se acautelar não apenas como servidor, mas também como profissional, uma vez que este, assim como qualquer agente da Administração que tome decisões, tem que dar um motivo para tais. E quais seriam os motivos para que o pregoeiro aceite um valor 60% abaixo do valor de mercado, correndo o risco de não ser executado ou de vir a administração a sofrer um prejuízo?

Jessé Torres só vê uma maneira de o pregoeiro responder a esse dever funcional de enunciar motivos para a sua decisão: lançar em ata algumas providências que ele terá que tomar. A primeira será a de indagar a este proponente, na frente dos demais, na sessão pública do pregão, para que conste em ata, a sua explicação para conseguir cotar o preço tão abaixo do valor estimado de mercado, e tão inferior ao preço que os demais cotaram. Se a explicação for do tipo *possuía estoque antigo, adquirido quando o dólar estava em baixa*, lança-se em ata, e aí está o motivo que pareceu ao pregoeiro aceitável e de interesse da Administração, uma vez que compraria por um preço menor, não havendo má-fé que desabonasse essa conduta.

Mas se a explicação do proponente não for tão clara? Para o administrativista caberia a concessão de um prazo de 48 horas para que o proponente apresentasse planilha demonstrativa. Assim, poder-se-á provar a exequibilidade da execução.

Assim, Jessé Torres está acompanhando os que entendem que o pregoeiro tem que tomar decisões fundadas em motivos, razões de fato e de direito concretos, demonstrados (diferentemente daqueles que entendem que o pregoeiro não pode inquirir preço cotado no pregão). É lógico que o prazo exige prestação por parte do pregoeiro (24h, 48h). Caso seja uma documentação que continue a deixar o pregoeiro em dúvida? Não poderá decidir de qualquer maneira, pois é servidor público, concursado, com a fé de ofício de seu cargo, no exercício de função relevante para a administração e que importa despesa. Se a explicação verbal lançada em ata nada lhe disse de seguro, se o documento exigido não lhe dá segurança para decidir, Jessé Torres aconselha a aplicação subsidiária do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993, prevendo que o pregoeiro ainda poderia converter esse julgamento em diligência fazen-

do uso de regra geral das licitações, que admite a conversão do julgamento em diligência, a qualquer tempo do procedimento licitatório. Com isso, poderá colher o parecer de órgãos da própria Administração que sejam especializados naquela matéria. O pregoeiro decidirá à vista desses pareceres. Talvez perca uns cinco dias, mas, para o jurista, vale diante da segurança de uma decisão que envolve recursos públicos. Será mais segura e mais prudente, não sendo garantido que foi essa certeza que pôs a salvo a Administração de qualquer aborrecimento, mas permitindo ao pregoeiro rebater qualquer tipo de insinuação em relação a sua conduta funcional, pois terá em ata e nos autos do processo os motivos concretos que o levaram a decidir desse ou daquele modo.

No art. 48 da Lei nº 8.666/1993 verifica-se que o motivo da desclassificação da proposta em razão de preço inexequível está qualificado pelo advérbio *manifestamente inexequível*. A lei está exigindo de quem conduz e julga a proposta que tenha uma razoável certeza. Este “manifestamente inexequível” quer dizer fundado em prova, em demonstração, em evidências efetivas de que com aquele preço não se cumprirá o objeto alvo da licitação. Caso se fique apenas em dúvida, poder-se-á estar desperdiçando a oportunidade da Administração contratar em condições muito vantajosas só por um preconceito ou premissa que não se conseguiu demonstrar manifestamente. Nem mesmo a impugnação dos outros licitantes basta para caracterizar este manifestamente.

O autor acredita que se deveria ignorar o problema da inexequibilidade na etapa das propostas e remeter o exame da matéria a momento posterior ao encerramento dos lances verbais, uma vez que a natureza do pregão impõe que todas as questões sejam solucionadas rapidamente.

Assim, concluiu que a avaliação da inexequibilidade no pregão deverá se dar da seguinte forma (destacaram-se as mais importantes):

Para sumariar o entendimento adotado acerca de inexequibilidade no âmbito do pregão, apresentam-se as seguintes propostas doutrinárias, adotadas para a hipótese de se reputar cabível desclassificar propostas sob fundamento de inexequibilidade:

a) o fenômeno da inexequibilidade não é peculiar e exclusivo das licitações processadas segundo a Lei nº 8.666 e pode ocorrer também no âmbito de propostas e lances apresentados em licitação na modalidade de pregão;

[...]

b) em face da natureza específica do pregão, é impossível promover avaliação precisa da inexequibilidade antes do término da fase de lances;

c) se o lance vencedor do pregão apresentar-se como significativamente mais reduzido do que o valor do orçamento, incumbirá ao pregoeiro exigir do ofertante, antes de encerrar a etapa competitiva, comprovação de que sua oferta é exequível;

d) no pregão, a comprovação da exequibilidade da oferta deverá fazer-se documentalmente, através de planilhas de custos e demonstrativos que evidenciem que o valor ofertado é suficiente para cobrir as despesas referidas no art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666;

e) se o licitante não dispuser de informações concretas e confiáveis, deverá reputar-se sua proposta como inexequível, eis que é irrelevante para a Lei e para a Administração que o sujeito atue com dolo ou com culpa: quem não dispuser de informações acerca dos custos necessários a executar uma prestação não poderá assegurar que sua proposta será exequível;

f) o ato convocatório deverá prever de o licitante (ou seu representante) portar informações acerca dos custos em que incorrerá para executar a prestação, apta e satisfatória para justificar a proposta ou o lance que formular.

Concluindo-se, o pregoeiro, observando que os preços ofertados estão se aproximando da inexequibilidade, poderá apenas alertar os presentes, não tendo poderes para parar lances. Como se pode notar, o momento ideal para a avaliação da exequibilidade não é o dos lances verbais, não cabendo a aplicação de prazos para a realização de diligências, isto é, não sendo possível a aplicação subsidiária do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993, devido às características dessa nova modalidade de licitação.

### 9.9. Da abertura do envelope de habilitação

Uma vez definida que a melhor proposta é aceitável, o pregoeiro registrará a decisão em ata e procederá à abertura do envelope contendo os documentos de habilitação do licitante dono da referida proposta.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, no ato de julgamento da habilitação, caso todas as empresas sejam inabilitadas, poderá a Administração optar pela aplicação subsidiária do § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993, dando *prazo* para que todos reapresentem as devidas

habilitações, ou então, declarar o encerramento do pregão para fins de reconhecimento da licitação fracassada (inciso VII, do art. 24, da Lei nº 8.666/1993).

Mas o jurista Marcai Justen Filho não vislumbra essa possibilidade, declarando:

Pode-se imaginar hipótese em que se verifique a inabilitação de todos os licitantes, ainda que tal se configure como bastante improvável. Nesse caso, a Administração deverá encerrar o certame e iniciar outro. Não seria possível aplicar o disposto no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666, tendo em vista a disparidade de situações dos diferentes licitantes. A reabertura da oportunidade de apresentação de documentos se destina a permitir a continuidade da competição. No caso, isso não aconteceria. Apenas se promove o exame dos documentos apresentados pelo mais bem classificado na etapa de lances e assim por diante. Conceder nova oportunidade para apresentação de documentos equivaleria a outorgar ao melhor classificado esse benefício.

Tenha-se presente que, caso a fase de julgamento da habilitação obtenha sucesso, será declarado vencedor o licitante habilitado, iniciando-se a fase recursal.

### 9.10. Da fase recursal

A fase recursal no pregão é bastante diferente da licitação convencional. Na licitação convencional existem pelo menos duas fases recursais, onerando a atividade administrativa e reduzindo a celeridade. No pregão, há apenas uma fase de recurso, que se dá ao final do certame, logo após a declaração do licitante vencedor.<sup>100</sup>

Nota-se que as principais características do pregão estão relacionadas com as etapas licitatórias que causavam mais morosidade aos processos de licitação tradicionalmente conhecidos. Entende-se que a Lei nº 10.520 atingiu os pontos nevrálgicos e obsoletos da Lei nº 8.666/1993.

Conforme o inciso XVIII do art. 4º, declarado o vencedor do certame, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer sobre qualquer ato praticado durante as etapas do pregão, devendo registrar verbalmente na sessão quais são os atos de que discorda, bem como o motivo pelo qual discorda. Essas manifestações deverão ser consignadas em ata e ao recorrente deverá ser concedido o prazo de

<sup>100</sup> A respeito, temos a decisão do STJ, REsp nº 817422/RJ; Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma: "Administrativo Licitação. Pregão. Recurso Administrativo. Tempestividade. 1. O recurso administrativo no procedimento licitatório na modalidade pregão deve ser interposto na própria sessão. O prazo de três dias é assegurado apenas para oferecimento das razões. Dessarte, se manejado *a posteriori*, ainda que dentro do prazo de contrarrazões, revela-se intempestivo. Inteligência do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002. 2. Recurso especial provido."

três dias corridos, conforme previsto no art. 110 da Lei nº 8.666/1993 (não dias úteis como prevê o decreto) para que, se desejar, apresente por escrito as razões de recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados a apresentar as contrarrazões (impugnações aos recursos) em igual número de dias, que começam a fluir do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata aos autos. Cabe ressaltar que durante a sessão o pregoeiro detém amplos poderes para fazer um juízo de admissibilidade do recurso, avaliando se de fato as alegações verbais levantadas por algum licitante são substanciais ou se são meramente protelatórias. Os pressupostos de recorribilidade são semelhantes aos consagrados na Lei nº 8.666/1993.

A decisão sobre recurso será instruída por parecer do pregoeiro e homologada pela autoridade competente responsável pela licitação. O acolhimento do recurso implica tão somente a invalidação daqueles atos que não sejam passíveis de aproveitamento.

Outra característica da nova modalidade reside na especialidade do recurso, pois a impugnação também se faz ao final do procedimento, devendo o interessado anotar todas as irregularidades que achar eventual e aguardar o momento terminal.

#### 9.11. Da adjudicação e homologação

Em princípio, a adjudicação não apresentaria maiores peculiaridades. O conteúdo, a natureza jurídica e os efeitos da adjudicação, no âmbito do pregão, não se mostram diferentes do que se passa no âmbito de qualquer licitação regida pela Lei nº 8.666. A adjudicação do licitante vencedor será realizada pelo pregoeiro, ao final da sessão do pregão, sempre que não houver manifestação dos participantes no sentido de apresentar recurso. Por esse motivo, a adjudicação tem cunho meramente declaratório. É ato administrativo em que se declara a conclusão do processo competitivo, com a vitória de um licitante, pura e simplesmente, gerando consequências no estrito âmbito do certame. Como o pregoeiro tem a função de apenas conduzir o pregão, não se configurando na autoridade investida de poderes para representar o ente ou a entidade administrativa que licita, a adjudicação nunca poderá ter efeito constitutivo, que gera vinculação jurídica da Administração Pública perante o vencedor da licitação.

Se houver redução no valor da proposta escrita inicialmente apresentada, o licitante vencedor será solicitado a apresentar nova proposta escrita referente ao valor fechado, inclusive com a adequação da respectiva planilha de custo. Esse compromisso, inclusive com de-

terminação de prazo e local para encaminhamento do envelope, deverá estar registrado na ata do pregão.

Ocorrendo a interposição de recurso, a adjudicação, ou o acatamento do recurso, será realizada pela autoridade competente, depois de transcorridos os prazos devidos e decididos os recursos.

A homologação no pregão também não difere do instituto disciplinado pela Lei nº 8.666. Esta é de responsabilidade da autoridade competente e só pode ser realizada depois de decididos os recursos e confirmada a regularidade de todos os procedimentos adotados. Aplica-se subsidiariamente, nesse caso, o disposto no art. 49 da Lei de Licitações, inclusive no tocante ao requisito de eventos supervenientes para fundamentarem a revogação.

Após a homologação, o adjudicatário será convocado a assinar o contrato no prazo definido no edital. O comparecimento é obrigação do licitante vencedor e a falta pode implicar em severa penalidade. No caso do adjudicatário recusar-se a realizar a contratação ou a retirar o instrumento equivalente, a Administração deverá efetuar o exame das ofertas subsequentes. Mas, nesse momento, caberia a aplicação subsidiária do § 2º do art. 64 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece que o segundo classificado seria convocado para contratação nos exatos termos da proposta classificada como vencedora? O pregão adotou solução diversa. Por absoluta falta de previsão legal, não se poderia dar a mesma solução. A Lei nº 10.520 estabelece, em seu art. 4º, inciso XXIII, que, se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o previsto no seu inciso XVI, que, por sua vez, prevê a possibilidade de o pregoeiro examinar as ofertas subsequentes à oferta classificada em primeiro lugar, observada a ordem de classificação, para fins de declaração do licitante vencedor. Observa-se também que o Decreto nº 3.555/2000, no art. 11, inciso XXIII, de seu Anexo I, preceitua que, se o licitante vencedor recusar-se a assinar o contrato, injustificadamente, será aplicada a regra estabelecida no seu inciso XXII, que se refere à convocação dos demais licitantes, observada a ordem de classificação.

Note-se que nem a citada lei nem o decreto previram a obrigatoriedade de o segundo classificado submeter-se às mesmas condições ofertadas pelo primeiro, inclusive quanto ao preço (caso este se recuse a assinar o contrato), o que permite concluir que não se pode aplicar de modo absoluto a regra do art. 64, § 2º, da Lei de Licitações. Nessas circunstâncias, simplesmente há possibilidade de a Administração promotora do pregão negociar



com o segundo colocado, a fim de tornar sua proposta ainda mais vantajosa para o Poder Público, com base no art. 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/2002 e art. 11, inciso XVI, do decreto citado.

Como foi visto em inúmeras situações anteriormente expostas, as peculiaridades do pregão impedem a aplicação de algumas regras da Lei nº 8.666/1993. O mesmo ocorre acerca da devolução de envelopes e documentos ao licitante. O fato de um envelope de habilitação não ter sido aberto não significa que isso não possa ocorrer supervenientemente. Portanto, prudente age a Administração que mantém em seu poder todos os documentos e envelopes ainda não abertos, eliminando-os apenas depois de decorrido o prazo de validade das propostas ou depois de assinado o contrato.

Finalizando, uma vez que a contratação se encerra com a respectiva assinatura do termo contratual, verifica-se que a este instrumento aplicam-se as disposições constantes do Capítulo III da Lei Federal nº 8.666/1993.

Ressalta-se que as prerrogativas da Administração Pública, previstas no art. 58 da Lei de Licitações são também exercitáveis nos contratos decorrentes de pregão, inclusive quanto à sua modificação por ato unilateral da Administração, pois o regime jurídico dos contratos administrativos é aquele previsto na Lei nº 8.666/1993, qualquer que seja a modalidade de licitação e até nos casos de contratação direta.

## 10. Tipos de licitação

As expressões *tipo* e *modalidade de licitação*, pela semelhança gramatical que guardam entre si, causam confusão entre os que ainda não se iniciaram no estudo das licitações. Desse modo, faz-se necessário distinguir uma coisa da outra, antes de qualquer colocação acerca dos diferentes tipos licitatórios que iremos estudar neste item do trabalho.

Como vimos, as modalidades de licitação distinguem-se umas das outras em razão do procedimento que cada uma delas adota. Na concorrência, o item a ser observado pela Administração é o mais tormentoso e possui determinadas características que a destaca das demais modalidades conhecidas. Na tomada de preços, como vimos, a habilitação é prévia, enquanto no pregão, além de ser cabível somente em situações específicas, inverte a ordem dos acontecimentos tradicio-

nais, colocando a fase de habilitação depois da fase de julgamento das propostas. E assim por diante. Trata-se de diferentes procedimentos na condução dos trabalhos referentes à seleção da proposta mais vantajosa.

Quando falamos em tipos de licitação, contudo, nada temos a considerar sobre esses procedimentos. Aqui, estaremos tratando de *critérios para a avaliação das propostas*.

É de todos conhecido que um dos objetivos da licitação é justamente a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração que pretende celebrar determinado contrato. Mas, afinal, o que seria a proposta mais vantajosa? Será que daria para dizer, em uma frase, o que seria a proposta mais vantajosa para qualquer situação? Será que existiria uma fórmula genérica aplicável a todos os casos, sem distinção, para se chegar a essa conclusão? Obviamente que não.

Então, de acordo com o tipo de contrato que a Administração Pública pretende celebrar será determinada a proposta mais vantajosa. Sendo assim, é de se considerar que serão diversos os critérios de julgamento das propostas conforme sejam diferentes os objetos a serem licitados. E é justamente por isso que distinguimos os diferentes *tipos de licitação*, os quais são enunciados no art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Vejamos:

- **Menor preço.** Como o próprio nome já diz, quando a licitação for pelo tipo “menor preço”, será considerada a mais vantajosa para a Administração Pública a proposta que contiver o menor preço. Esse tipo licitatório é adequado para as hipóteses em que a Administração está adquirindo bens ou serviços que não demandem maiores discussões acerca de aspectos técnicos.

Há de se destacar, porém, que a lei não trata o menor preço como se o preço esgotasse o tipo. O que se busca é a seleção da proposta mais vantajosa. E o que é a proposta mais vantajosa? É aquela que se apresenta de acordo com as especificações do ato convocatório, seja ele edital ou convite. Então, a proposta mais vantajosa não é necessária e exclusivamente aquela que oferta o menor preço como um complemento, e sim aquela que atende às especificações, posto que, não sendo atendidas, mesmo que fosse a proposta portadora do menor preço, terá de ser desclassificada (art. 48, I, da Lei nº 8.666/1993).<sup>101</sup>

<sup>101</sup> Note-se a jurisprudência: “Contrato Administrativo. Licitação. Critério do Menor Preço. Julgamento das Propostas. Descumprimento de Cláusula do Edital. Desclassificação de Concorrente. 1. Na licitação, o julgamento das propostas deve pautar-se exclusivamente nos critérios objetivos definidos no edital, a menos que, devidamente impugnado, venha a ser refeito pela Administração. A Administração não pode descumprir as normas e exigências do edital – arts. 41 e 44, Lei nº 8.666/1993. 2. Se uma licitante impugna o edital e a sua crítica não é aceita, não lhe é dado, sem sequenciar a irrisignação, com o manejo dos recursos devidos, na prática, o seu próprio edital. 3. O menor preço, como critério qualificador de uma licitação, não opera isoladamente. Além da oferta mais vantajosa (menor preço), o pretenso vencedor deve apresentar proposta de acordo com as especificações do edital, como lei da licitação (art. 45, § 1º, I – idem). 4. Se o licitante,

- **Melhor técnica.** Quando o critério de julgamento for a “melhor técnica”, a Administração fixará, de antemão, já no edital, o preço máximo que se dispõe a pagar pelo serviço. Mesmo assim, além da proposta técnica, deverá o licitante apresentar a sua proposta de preço. E, então, procede-se da seguinte forma:
  - a) no primeiro momento, serão abertas as propostas técnicas e, depois de julgadas, classificadas da melhor à pior;
  - b) em seguida, serão abertos os envelopes contendo as propostas de preço, mas apenas dos licitantes que atingirem o grau mínimo de suficiência na etapa anterior;
  - c) a terceira etapa consiste em negociar com o vencedor das propostas técnicas o ajustamento de seu preço às condições oferecidas pelo que, embora perdedor nesse aspecto, apresentar melhor preço, desde que tenha sido qualificado minimamente para disputar essa etapa. Sendo possível o ajuste, será esse o licitante vencedor;
  - d) não sendo frutífera a negociação, a comissão de licitação se dirigirá ao segundo colocado no aspecto técnico com o mesmo objetivo, e assim sucessivamente, até que se viabilize a contratação.

Percebe-se, claramente, inclusive nas licitações pelo tipo “melhor técnica”, que o aspecto econômico foi mais prestigiado do que o técnico, embora da fase das negociações só participem os minimamente qualificados do ponto de vista da técnica.

Daqui se retira que, quando a licitação for pelo tipo “melhor técnica”, não se deve investir demais na técnica e sim buscar uma qualidade mediana, de modo que se consiga uma avaliação positiva na primeira etapa do julgamento. Depois, na etapa do preço, este deve ser muito bom aos olhos da Administração, pois é isso o que definirá o fechamento do contrato: uma proposta boa do ponto de vista econômico e, pelo menos, razoável do ponto de vista técnico.

- **Técnica e preço.** Quando a licitação for do tipo “técnica e preço”, haverá uma avaliação técnica e outra econômica das propostas, ganhando cada uma a sua pontuação. Depois, procede-se a uma média ponderada das duas propostas de acordo com os pesos previamente estipulados no instrumento convocatório.

Diferentemente do que acontece com a “melhor técnica”, aqui o licitante deverá se pautar na expectativa da Administração de valorizar mais a técnica ou o preço. Em outras palavras, será o edital que determinará o melhor caminho a ser seguido pelo licitante. Se estiver prestigiando mais a técnica do que o preço, a proposta deverá ser no mesmo sentido; e vice-versa.

- **Maior lance ou oferta.** Sem dificuldades de compreensão, que até é intuitiva, nesse tipo de licitação, a melhor proposta será aquela que apresentará o maior preço. Isto porque é a modalidade adequada para a alienação de bens da Administração Pública ou a concessão por esta do direito real de uso de seus bens.

Essa modalidade será muito utilizada quando se tratar de leilões, como a lógica demonstra. Entretanto, quando os bens da Administração forem alienados mediante licitação na modalidade de concorrência, também será esse o tipo de licitação adequado para a hipótese.

Assim, não há a possibilidade de se estabelecer um paralelo muito preciso entre as modalidades e os tipos de licitação, embora seja possível extrair das normas algumas assertivas, a saber:

- a) os tipos de “melhor técnica” e de “técnica e preço” só serão utilizadas quando o objeto da licitação for de natureza predominantemente intelectual (art. 46 da Lei nº 8.666/1993);
- b) na licitação de bens e serviços de informática será obrigatoriamente utilizado o tipo “técnica e preço” (art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/1993), salvo quando a modalidade adotada for o pregão;
- c) quando a modalidade adequada for o pregão, somente será utilizado o tipo “menor preço” (Lei nº 10.520/2002).

A propósito, já que estamos tratando de critérios de seleção da melhor proposta, é de se ver que, em caso de empate, se se considerar revogado o § 2º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993 ou se não for o caso de aplicá-lo, um sorteio decidirá o certame. Por outro lado, para o caso de se considerar válido e ainda vigente o dispositivo legal antes mencionado e se for o caso de aplicá-lo, primeiro se observará a preferência lá estabelecida.

## 11. Dispensa de licitação

A exigência constitucional da licitação é decorrência direta da adoção do princípio republicano, que trabalha

---

ao apresentar oferta, descumpra cláusula expressa do edital, impõe-se-lhe a desclassificação, não agindo a Administração, ao retirá-lo do certame, em desconformidade com a lei (art. 48, I – idem). 5. Provento da apelação e da remessa” (TRF – Primeira Região – MS nº 96.01.45810-7 – Terceira Turma; Rel. Juiz Olindo Menezes).

com a ideia de que os bens públicos, amplamente considerados, não são de propriedade de quem os administra, mas sim de todo o povo. *Ipsa facto*, o usufruto dos mesmos deve caber a todos na medida do possível. E se isso não for possível, deve-se dar igualdade de oportunidades a quem demonstrar interesse em usufruí-los de maneira exclusiva.

A seleção deverá ser pautada, então, não só pelo princípio da isonomia, mas também pelo princípio da economicidade, pois todo o trabalho que se desenvolve com uma licitação também tem como finalidade precípua a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Assim, a lei federal das licitações e administrativas prevê, como regra, a obrigatoriedade da licitação para todas as entidades da Administração Pública direta (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), indireta (fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista) e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Excepcionalmente, porém, há casos em que a Administração pode dispensar ou inexigir a licitação, se assim lhe convier, os quais devemos ter em mente em razão de ser muito comum colocarem em concurso questões relativas às hipóteses de dispensabilidade e inexigibilidade de licitação, daí a importância de saber distinguir ambos os institutos. Passemos, então, a analisá-los.

A *dispensa de licitação* ou *licitação dispensável* encontra suas regras expressas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, em que se verificam situações em que, embora haja viabilidade em realizar o certame, este se torna inconveniente, por razões de interesse público, uma vez que o procedimento licitatório demanda uma série de gastos que, por sua vez, devem trazer benefícios que os compensem. Às vezes, os custos que advêm de um certame são maiores do que o resultado pretendido, levando a um desequilíbrio indesejado na relação custo-benefício, trazendo prejuízos para a Administração.<sup>102</sup>

Em tais casos, é óbvio que a realização da licitação apenas sacrificaria o interesse público, razão por que o legislador permite ao administrador, nos casos expressamente previstos em lei, a saber, no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, a faculdade de dispensar a licitação.

Assim, verifica-se o quão importante é a exigência constitucional da licitação (art. 37, XXI, da CF/1988), que acaba por figurar como elemento de concretização e densificação do princípio republicano e do princípio da isonomia.

Ocorre que o legislador constitucional, sabedor de que, em determinadas situações, não é possível e, em outras, não é aconselhável o estabelecimento da competição como condição para a celebração de contratos pela Administração Pública, fixou as possibilidades de a Lei enumerar os casos em que a licitação será dispensável ou inexigível.

Antes, porém, convém relembrar aquilo que já se sabe, mas que não custa nada reportar, ou seja, que as normas gerais que a Lei das Licitações estabelece não podem disciplinar todos os comportamentos possíveis que o administrador deverá adotar quando se deparar com casos concretos. Quando se observar tal situação, concede a lei certa margem de liberdade ao administrador, que lhe permite interpretar a vontade do legislador em determinados casos, em que sua simples leitura não seja suficiente para tanto. É a discricionariedade administrativa.

A discricionariedade, pois, consiste na vontade do administrador de executar, da melhor maneira possível, as atribuições que lhe foram confiadas, de forma a atender ao interesse geral, sem perder de vista os limites legais à sua atuação.

Com efeito, a Administração não é livre para agir; ela só age *secundum legis*, com o conteúdo e sob a forma previstas em lei, uma legalidade que se desdobra em dois momentos distintos: o da submissão do agir à lei e o do controle dessa submissão.

A limitação a esse poder é justamente a lei e o administrador está vinculado a ela. Dessa forma, para que se verifique se a liberdade concedida ao administrador foi exercida dentro dos limites legais, pode-se submeter seus atos à apreciação do Poder Judiciário.

No primeiro momento, precede a *natureza* derivada da atuação da Administração Pública ao complementar, quer com preceitos normativos secundários, quer com comandos concretos, a normatividade legal. No segundo, o que importa é o controle dessa submissão, seja por parte dela própria, seja por parte de órgão competente

<sup>102</sup> Esse é o entendimento de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo (*Dispensa e inexigibilidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 34), quando afirmam que há "[...] *dispensabilidade* quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, previstas em lei, que *facultam* a não realização da licitação, que era em princípio imprescindível. É dizer, incorrentes que fossem tais circunstâncias especiais, inafastável seria a obrigação de licitar. Mas, mesmo na existência delas, *poderá* a Administração proceder à licitação, desde que dessa forma mais aptamente se dê resposta ao interesse público".

para exercê-lo nos demais poderes do Estado, manifestado *ex officio* ou provocado por quem a lei reconheça legitimidade para fazê-lo.<sup>103</sup>

No caso da licitação, elucidativas são as ponderações do professor Marçal Justen Filho a respeito do princípio da legalidade, ao dizer:

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de consecução, das condições de pagamento etc. A liberdade de escolha da Administração se efetiva em um momento preparatório e inicial da licitação.

Uma vez exercida essa liberdade, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação.<sup>104</sup>

Daí, todas as preferências em relação ao objeto, desde que não consistam em direcionamento, devem estar discriminadas no instrumento convocatório, no edital, que é a lei interna da licitação. Depois disso, somente estão os agentes administrativos autorizados a desempenhar seu papel em conformidade com aquele instrumento.

Existem, porém, exceções ao dever geral de licitar, que são os casos de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade de licitação. No caso da inexigibilidade, isto é, na hipótese de ser observada a inviabilidade de competição, como se verificará adiante, deve-se proceder à contratação direta.

Em se tratando de dispensabilidade de licitação, que é tema central desta parte do trabalho, há de se observar uma grande incidência de discricionariedade, já que a decisão de efetuar ou não uma contratação direta está imbuída de uma forte carga de subjetividade. Melhor dizendo, quando o administrador se defronta com uma situação que se enquadra em uma determinada hipótese de dispensabilidade, ele deve aferir se o interesse público será mais bem atendido por meio da licitação ou da não licitação. Em contrapartida, há o risco de, caso seja tomada uma decisão ilegal, sujeitar-se o agente público às penalidades do art. 89 da Lei nº 8.666/1993, que define o ato de dispensar ou exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar suas formalidades como crime, apenado com três a cinco anos de detenção e multa.

Por outro lado, há casos que o administrador não pode ignorar os ditames da Lei de Licitações e, ao seu

arbítrio, submetê-los ao certame licitatório. São as hipóteses consubstanciadas no art. 17, incisos I e II, por exemplo, casos em que a *licitação é dispensada* – afastamento que não se deve confundir com *licitação dispensável* ou *dispensa de licitação* – e para o qual abrimos parêntese para analisar.

Cuida o referido art. 17 dos casos de alienação de bens da Administração Pública, ou seja, da transferência (venda) de domínio (propriedade) de bens públicos a terceiros quando devidamente justificada, cuja licitação só poderá ocorrer depois de procedida as avaliações desses bens.

Dispõe o inciso I do art. 17 sobre os bens imóveis, cuja modalidade de licitação para a alienação dos mesmos é a concorrência, mas sendo “dispensada esta” (daí o nome *licitação dispensada*) nos seguintes casos expressos em suas alíneas:

- a) *Dação em pagamento*, que ocorre quando a Administração Pública deve alguma coisa ao credor e este aceita receber um bem em troca.

Nesse caso, pergunta-se: existiria possibilidade de competição? Seria viável a licitação? Ou não haveria possibilidade ante o prévio ajuste das partes de receber aquele bem?

Grande parte da doutrina afirma que a dação em pagamento, apesar de estar elencada nos casos de licitação dispensada, é caso de inexigibilidade, pois é certo que não existe competição, daí enquadrá-la nos casos de licitação inexigível.

- b) *Doação*, que é permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, cujo STF reconheceu ser este um caso somente obrigatório para União, uma vez que é uma norma específica de licitação. Como vimos no item 3 deste capítulo, quando falamos sobre as normas gerais, é o ente federativo que vai decidir como vai avaliar seus bens; a União não tem nada a ver com isso, mesmo porque, quando se faz uma doação, já existe a destinação do bem para uma determinada entidade. Então, segundo entendimento doutrinário, isto não é caso de licitação dispensada, e sim de inexigibilidade de licitação.

A doação é definida no Direito pátrio como sendo o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere o seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita. É o que prescreve o art. 538 do novo Có-

<sup>103</sup> MOREIRA NETO. Princípios da licitação. In: *Boletim de Licitações e Contratos*. set. 1995. São Paulo: NDJ, 2005, p. 432.

<sup>104</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, op. cit., p. 63.

digo Civil. Infere-se desse conceito que a doação é uma espécie do gênero alienação, isto é, há transferência de domínio, seja de bens ou vantagens patrimoniais. Não há, atualmente, na mais abalizada doutrina, discussão acerca do caráter contratual da doação, considerando-se que é necessária a convergência de duas vontades para que o negócio jurídico se aperfeiçoe.

- c) *Permuta*, por outro imóvel que atenda às finalidades precípua da Administração, desde que o preço seja compatível com o valor do mercado, segundo avaliação prévia.

A permuta, como sabemos, é como se fosse uma compra e venda. Só que existe um fator condicionante para isso: que o bem a ser recebido pela Administração seja aquele indispensável por fatores de localização. Portanto, não é qualquer bem que pode ser permutado. A Administração, para fazer permuta, deve receber algum bem que atenda aos seus interesses e finalidades (o que é analisado discricionariamente), cabendo ainda realçar que os bens já devem ser de propriedade do devedor, não sendo cabível, no contrato, definição genérica dos bens ou cláusula em que o devedor se obrigue a ainda adquiri-los; do contrário, estar-se-ia burlando a licitação, que procederia a aquisição pela Administração de tais bens, além de criar nova fórmula de vinculação de receita a órgão.<sup>105</sup>

No caso de permuta, observemos que, na verdade, são dois bens cujas características intrínsecas os tornam únicos para o devedor e para o credor. Então, indaga-se: há alguma possibilidade de competição? Licitação para permuta de bens? É indiscutível que isso não existe, daí considerarmos a permuta também um caso de inexigibilidade de licitação, o que não significa dizer, contudo, que todas as hipóteses do art. 17, I, sejam de inexigibilidade, como veremos a seguir.

Porém, há de se admitir que, nessas três primeiras hipóteses, o destinatário é certo, não havendo razão para instaurar-se o processo seletivo, pelo que a própria lei encarregou-se de dispensá-lo, sem que haja, aí, qualquer violação aos princípios da moralidade ou da isonomia. Na licitação dispensada não se exige ratificação da justificação pela autoridade superior.

- d) *Investidura*, cuja definição expressa no § 3º do art. 17, com redação dada pela Lei nº 9.648/1998, nos

remete ao entendimento de que, nas hipóteses deixadas pelo legislador nos incisos I e II, realmente, a licitação é dispensada, mesmo porque existe a possibilidade de competição; senão, vejamos:

Art. 17. [...]

[...]

§ 3º. Entende-se por *investidura*, para os fins desta lei:

*I – a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea a do inciso II do art. 23 desta lei;*<sup>106</sup>

*II – a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.*

No inciso I, a licitação fica condicionada a cinco pontos: primeiro, que a área a ser alienada seja remanescente ou resultante de obra pública; segundo, que se torne inaproveitável isoladamente; terceiro, que seja alienada ao proprietário vizinho; quarto, que o preço nunca seja inferior ao da avaliação; e quinto, que esse valor não ultrapasse a 50% do valor estimado para a contratação de compras e serviços, sob a modalidade convite, até oitenta mil reais, conforme o constante da alínea a do inciso II, do art. 23 da Lei nº 8.666/1993.<sup>107</sup>

Melhor explicando: suponhamos que se tenha que fazer uma obra pública, como o TRT de São Paulo, por exemplo. Para tanto, desapropriamos, e temos a propriedade de João. Entre essas duas áreas existe outra que ficou inaproveitável para Administração, que não tem interesse em ficar com ela. Permite a lei que se aliene, com dispensa de licitação, a parte que se tornou inaproveitável, desde que o preço esteja compreendido dentro do estabelecido na lei. Nesse caso, parece-nos que é dispensa de licitação porque eu poderia alienar a área para Maria, hipoteticamente. Mas a lei permite que João a adquira com dispensa de licitação. Nesse caso, seria possível a competição? Acreditamos que sim, mas a lei dispensa a licitação, sendo esta uma das hipóteses de *investidura*.

<sup>105</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 142-45.

<sup>106</sup> Este valor é o da modalidade de convite.

<sup>107</sup> A propósito, os valores que aqui são transcritos são aqueles que a Lei nº 8.666/1993 fixou, mas que, para os dias atuais, não mais se adaptam. Vale dizer, portanto, que tais valores irão flutuar de acordo com o momento, mesmo porque, de acordo com o art. 120 dessa Lei, com nova redação dada pela Lei nº 9.648/1998, os valores poderão ser revistos periodicamente pelo Poder Executivo Federal.

Para a hipótese prevista no inciso II, imaginemos que foi concedida, para Furnas, uma usina hidrelétrica. Perito da barragem moram seus funcionários. Então, diz a lei que, nesse caso, especificamente, a licitação é dispensada. Poderia ser realizada uma licitação para a venda dos imóveis? Poderia, mas a legislação dispensou.

e) *Venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo*, hipótese esta incluída pela Lei nº 8.883/1994.

Como exemplo, suponhamos que a União tenha um prédio e quer vendê-lo para o Município. O que pode ser feito com dispensa de licitação, mesmo porque a dispensa da lei não é obrigatória e a Administração pode, se quiser, realizar a licitação. Ela poderá, se tiver interesse de comparar os preços, vender o imóvel mediante licitação.

f) *Alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública especificamente criados para esse fim* (incluído pela Lei nº 8.883/1994).

Dentre entidades que têm por objetivo desenvolver programas habitacionais, além de empresas de construção e de habitação, podem ser incluídas as instituições financeiras ou agências públicas de fomento, que têm uma vinculação direta com os objetivos do Poder Público. Portanto, cabe frisar que essas não são meras financiadoras, mas sim agentes financeiros da política social de habitação do Estado.<sup>108</sup>

Assim, pode a Administração construir casas populares e dar em permissão de uso, ou vendê-las, com dispensa de licitação, para os populares que já as ocupam. Mas, nesse caso, caberia fazer isso com licitação? Sim, poderia, mas a lei prevê a dispensa para a alienação em programas habitacionais por questões sociais relevantes.

g) *Procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição* (incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

Tal dispositivo recém incluído no art. 17 da Lei nº 8.666/1993 trata da dispensabilidade de licitação no caso de alienação de terras públicas, cujo ocupante possui, legitimamente, Licença de Ocupação de área contínua de até cem hectares, quando este não for proprietá-

rio de imóvel rural, comprovar sua moradia pelo prazo de, no mínimo, um ano e que, por seu trabalho e o de sua família, tenha tornado aquelas terras produtivas.

Satisfeitos esses requisitos e findo o prazo de quatro anos dessa Licença, o portador desta terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, e o que exceder aquele limite, pelo valor atual da terra nua, cabendo salientar que a Licença de Ocupação será intransferível *inter vivos* e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.

Desse modo, com o advento da Lei nº 11.196/2005, assim ficou estabelecido no § 2º do art. 17, que prevê a licitação dispensada quando a Administração conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, cujo uso se destina a:

Art. 17. [...]

I – a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;

II – a pessoa física que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura e moradia sobre área rural situada na região da Amazônia Legal, definida no art. 2º da Lei nº 5.173, de 27 de outubro de 1966, superior à legalmente passível de legitimação de posse referida na alínea g do inciso I do caput deste artigo, atendidos os limites de área definidos por ato normativo do Poder Executivo.

§ 2º-A. As hipóteses da alínea g do inciso I do caput e do inciso II do § 2º deste artigo ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos:

I – aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004;

II – submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas;

III – vedação de concessões para hipóteses de exploração não contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e

IV – previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social.

§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo:

I – só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias;

II – fica limitada a áreas de até 500 (quinhentos) hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; e

<sup>108</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 142-45.

*III – pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo.*

Cabe aqui uma crítica: houve, mais uma vez, o infeliz emprego da expressão *alienação para contratação de um órgão com o outro*, como se o órgão, no Direito Administrativo, tivesse alguma personalidade jurídica. A hipótese é de mera cessão de uso, salvo melhor juízo, e não de um contrato, porque a condição essencial para que haja um contrato (na Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, hoje expressamente incorporada ao texto da lei) é que haja capacidade de contratar, e só tem capacidade para isso quem tem personalidade jurídica; órgão não tem personalidade jurídica.

Quanto ao inciso II, do art. 17, da Lei nº 8.666/1993, este trata dos bens móveis, seguindo, basicamente, os mesmos moldes anteriormente analisados, sem grandes novidades, mas cabendo observar que será por meio de leilão que a Administração Pública se desfaz de bens móveis de pequeno valor, ainda que não sejam esses bens inservíveis ou decorrentes de apreensão.<sup>109</sup>

Difícil, muitas vezes, é caracterizar o que é bem inservível e o que é bem decorrente das finalidades da entidade, podendo-se dar como exemplo as entidades de pesquisa e as financeiras. A Embrapa, por exemplo, destina-se a desenvolver tecnologia agrícola – a tecnologia é o bem produzido em razão de sua finalidade. No entanto, para chegar a esse bem, ela produz vinhos, sementes etc., que podem ser inseridos na mesma categoria. O mesmo ocorre quando o BNDES, por motivos de interesse social, adquire ações de empresas para preservá-las, saneá-las e depois vendê-las. É fundamental, pois, a correlação de temas na justificação.

Destarte, as peculiaridades do caso concreto devem ser analisadas pelo administrador no compasso do princípio da legalidade, que lhe vigia a liberdade, e sem o qual ele não poderia atuar. Somente pode haver exercício de poder discricionário dentro dos limites legais.

Assim expostas essas considerações, passemos ao estudo das hipóteses de dispensa de licitação, observando, em primeiro lugar, que, ao mencionar a dispensabilidade do procedimento licitatório como condição para a

regular celebração de contratos pela Administração Pública, considerou o legislador ordinário ser possível a realização do certame.

Com efeito, quando o legislador enumera as hipóteses em que a licitação é *dispensável* no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, ele não ignorou que seria possível a utilização do procedimento de seleção da melhor proposta. Apenas entendeu que, dada as condições especiais então consideradas, talvez fosse mais vantajosa a dispensa naqueles casos.

Dessa forma, se o administrador quiser realizar o certame, de modo que se a selecione a melhor proposta, ele poderá fazê-lo, mesmo que esteja diante de qualquer das situações previstas nos incisos do art. 24 da lei.

Analisemos, então, os casos de dispensa de licitação elencados pelo legislador, embora não necessariamente na ordem em que figuram na lei, sendo de se considerar que, por se tratar de hipóteses excepcionais, o elenco legal, que é taxativo, deve ser restritivamente interpretado, valendo repetir que, apesar de especificarmos os valores máximos ou mínimos referidos na lei, estes são periodicamente revistos pelo Poder Executivo.

### 11.1. Pelo valor do contrato

Há três dispositivos legais que tratam da dispensa de licitação em razão do valor do contrato, a saber:

*Art. 24. [...]*

*I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea a do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648/1998)*

A referência contida nesse dispositivo legal aponta para a dispensabilidade da licitação nas obras e serviços de engenharia de valor não superior a 15 mil reais. E a razão é simples: nesses casos, os custos da licitação superariam as vantagens econômicas que ela traria.<sup>110</sup> Daí se exigir que, mesmo nesses casos, demonstre o administrador que os preços contratados são compatíveis com os do mercado.

<sup>109</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 142-45.

<sup>110</sup> Nesse sentido, o professor Américo Servídio (*Dispensa de licitação pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 93) ensina: “A fixação de um limite de valor, abaixo do qual a lei faculta a dispensa de licitação, é medida salutar, porque o bem visado pela Administração, por ser de valor irrisório ou insignificante pode, muitas vezes, não compensar o ônus imposto ao procedimento licitatório, além de maior celeridade da operação exigida nesses casos. Assim sendo, fundada em razão de conveniência da Administração, para cada caso ocorrente na prática, poderá a autoridade efetuar ou não a dispensa de licitação, a seu livre critério, desde que o valor do objeto a ser licitado seja inferior ao limite estabelecido em lei.”

Não se pode ignorar a ressalva feita no dispositivo legal, referente às parcelas de uma mesma obra. Sabemos que as obras e serviços de engenharia podem ser parcelados ou fracionados, realizando-se um certame distinto para cada parcela ou fração. E sabemos, também, que o valor a ser considerado para a eleição da modalidade licitatória é o global e não de cada uma das partes.

Pois bem. O raciocínio aqui não é muito diferente, pois o legislador limitou a dispensabilidade em questão para os casos em que o valor global – e não da cada uma das parcelas ou frações – da obra ou serviço de engenharia for igual ou inferior a 15 mil reais.

Registre-se, contudo, que, se as parcelas de uma obra exigirem a atuação de empresas de naturezas diversas, poderá ser considerado o valor da parcela dissonante para fins de fixar a modalidade e a possibilidade de dispensar a Administração do procedimento licitatório.

Questão interessante, levantada pelo professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, é a referente à alteração do projeto e, conseqüentemente, da obra depois de realizada a licitação. A legislação admite essa alteração, desde que respeitados os limites fixados no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Nesse caso, se o valor superar os 15 mil reais, em razão da alteração do projeto, como fica a questão da dispensa?

Na opinião desse doutrinador:

[...] as alterações posteriores ou supervenientes ao ajuste não operam retroativamente para interferir na definição da modalidade ou dispensa determinada pela Administração.<sup>111</sup>

Desse modo, o valor considerado no momento da dispensa, mesmo que alterado posteriormente, com base no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, é que prevalecerá para esse fim.

Não se pode ignorar também que essa possibilidade legal pode vir a ser utilizada como subterfúgio para a burla ao princípio da licitação, mediante a previsão de um projeto que ficaria guardado na gaveta até a efetivação da contratação com dispensa de licitação, quando o projeto inicial seria substituído por outro – o engavetado – que não estivesse contido nessa limitação de valor mencionada no art. 24, I, da Lei nº 8.666/1993. Diz, então, o professor Jacoby Fernandes que o direito protege a Administração Pública nesse caso, estabelecendo que essa conduta constitui crime, sendo ainda tipificada como ato de improbidade administrativa.

Art. 24. [...]

[...]

II – para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea a, do inciso II do artigo anterior; e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648/1998)

A contratação de compras e serviços não enquadráveis no conceito de “serviços de engenharia” poderá ser dispensada da licitação quando o valor estimado não superar 8 mil reais, valendo os comentários anteriormente feitos para esse caso.

Interessante, nesse caso, é a contratação de serviços de caráter continuado, que motivam pagamentos periódicos pela Administração, podendo, ainda, ser prorrogados por termos aditivos. Nesses casos, o valor considerado não é o de cada parcela, mas sim o de todas elas somadas, incluindo-se a possibilidade de prorrogações pelo prazo máximo de sessenta meses (art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993).

Art. 24. [...]

[...]

*Parágrafo único. Os percentuais previstos nos incisos I e II deste artigo, serão de 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedades de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 21 de novembro de 2005)*

O legislador destacou as empresas paraestatais e, ainda, as autarquias e fundações qualificadas como agências executivas, reservando a elas disciplina especial na questão da dispensa em razão do valor do contrato. O que temos aqui é uma majoração de percentual, que permite a dispensa nas obras e serviços de engenharia de valor até 30 mil reais e, nas compras e serviços, outros de valor até 17 mil reais.

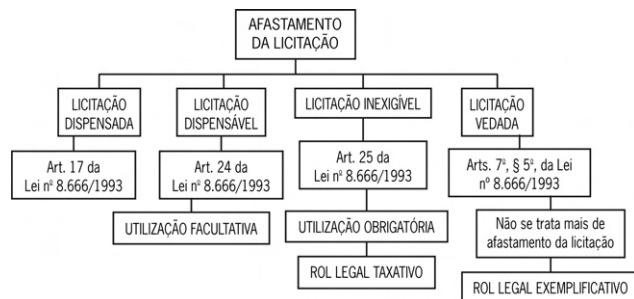
Justifica-se a regra diferenciada em favor das empresas públicas e sociedades de economia mista, já que atuam, via de regra, em concorrência com as empresas privadas no mercado e, em razão disto, precisam de uma agilidade maior na condução de seus negócios. No entanto, nada justifica a exceção estabelecida em favor das autarquias qualificadas como agências executivas. Estas são autarquias em regime especial, mas não atuam em concorrência, de modo que o mais adequado seria, ao nosso sentir, a inaplicabilidade dessa regra diferenciada.

<sup>111</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.



## 11.2. Exceção à regra da licitação obrigatória

Esquema:



## 11.3. Pela urgência na contratação

Há seis hipóteses em que a dispensa da licitação é possível em razão da urgência que se tem em obter o bem, a obra ou o serviço, de engenharia ou outros, como “nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem”, conforme previsto no inciso III do art. 24, da Lei nº 8.666/1993.

Ambas as hipóteses consideradas pelo legislador são de anormalidade institucional. A guerra será caracterizada pela declaração desse estado pelo Presidente da República, na forma do art. 84, XIX, da CF/1988, desde que autorizada ou referendada pelo Congresso Nacional (art. 49, II, da CF/1988). Basta imaginar a invasão desautorizada do território brasileiro por forças estrangeiras a fim de obter a água doce e potável encontrada em nosso País, um bem de extrema necessidade e escassez no mundo. Uma afronta dessas à soberania nacional deveria ser prontamente combatida e, no caso de se tornar necessária a contratação de serviços, obras ou compras de produtos bélicos ou outros que se mostrem necessários à defesa da pátria, não poderia a Administração ficar à mercê do regular processamento de uma licitação.

Mais complicada, no entanto, é a análise da segunda hipótese prevista na lei, que é a do grave comprometimento da ordem, que não está objetivamente definida em qualquer dispositivo legal. Trata-se de situação extraordinária, a exemplo de uma comoção interna generalizada ou circunscrita à determinada região, provocada por atos humanos, tais como revolução, motim, greve que atinja atividades ou serviços essenciais à comunidade, que deverá ser avaliada pelo legislador, sendo certo que o reexame da mesma ficaria, em princípio, vedado ao Judiciário, por se tratar de uma atividade de natureza essencialmente política, faltando legitimidade a este último para proceder de tal maneira.

Seria possível enquadrar, nessa hipótese, a eventual manifestação do crime organizado no Estado do Rio de Janeiro, no sentido de tomar o poder, de forma anár-

quica, com o desprestígio das autoridades oficiais. Aliás, trata-se de hipótese não difícil de imaginar nos dias de hoje.

Nesse caso, indiscutivelmente, estaríamos diante de uma grave perturbação da ordem. E, se o combate à referida manifestação de desgoverno indicasse a necessidade de proceder a contratações urgentes, estas poderiam ser feitas diretamente, com base no art. 24, III, da Lei nº 8.666/1993.

Por outro lado, indaga-se: não se poderia enquadrar nesse conceito jurídico indeterminado a hipótese de uma guerra entre “camelôs” e guardas municipais no Centro da Cidade? Tratar-se-ia de uma perturbação da ordem? Sim! Mas não de uma grave perturbação da ordem, de modo que se autorize a realização de contratações urgentes e, por isso, sem licitação. Nesse caso, o Judiciário poderia pronunciar o descompasso da avaliação da Administração com a hipótese legal.

Art. 24. [...]

[...]

*IV – nos casos de emergência e de calamidade pública, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;*

Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como as chuvas torrenciais que provocam inundações devastadoras, deixando centenas de desabrigados, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes, que afetam profundamente a segurança ou a saúde públicas, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral.

O imprescindível para a caracterização dessas hipóteses, contudo, é a *imprevisibilidade* da necessidade que, no primeiro momento, já se mostra premente. Os casos urgentes que são motivados por desídia do administrador são tidos pela doutrina como casos de ilegalidade, devendo resultar em responsabilidade funcional do servidor.

Exemplo para isso seria um contrato administrativo de segurança de museu, por hipótese, que termina dia 30 de agosto. Assim, faltando três meses para o término do contrato, a Administração deve providenciar nova li-

citação para operar a segurança do museu. Mas, se ao final do contrato a Administração não houver realizado nova licitação, não há como se configurar a situação de imprevisibilidade que justifique a situação emergencial para realizar a dispensa de licitação.

Nesses casos, no entanto, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que há uma situação emergencial, uma vez que o museu não pode ficar sem segurança. Como essa situação de emergência resultou numa falta de planejamento pela Administração, haverá a contratação direta da empresa de segurança, mas também um processo administrativo para apurar a responsabilidade do servidor que deu causa à situação, posto que a omissão do servidor causou prejuízo à Administração de não fomentar a competição.

Também menciona Fernando Antônio Corrêa de Araújo que a compra de oxigênio para um hospital, no caso de o estoque já estar finalizando, caracteriza urgência e autoriza a contratação direta, com dispensa de licitação. No entanto, dada a previsibilidade da situação, deverá ser responsabilizado o administrador pela desídia e providenciar a contratação dessa compra em tempo oportuno, de modo que cause a contratação direta, com prejuízo para o princípio da isonomia e da economicidade.

Além disso, tem destacado o Tribunal de Contas da União que é necessária a existência de algum risco de dano iminente para que se proceda à contratação direta nesse caso, o que está, em verdade, implícito na ideia de urgência.<sup>112</sup> Valer dizer, só haverá urgência se a não contratação de um determinado serviço, obra ou compra puder motivar a ocorrência de um mal que se pretenda afastar.

Assim, o que motiva a dispensabilidade é a urgência em restabelecer as condições mínimas para suportar o período de transitória anormalidade. Mas, nesse caso, cabe ressaltar que a anormalidade é diferente da mencionada no inciso anterior, que trata da ordem ameaçada por instabilidade das instituições públicas e democráticas, bem assim de risco à soberania nacional.

Interessante é notar que o legislador fez questão de evidenciar o que o princípio da moralidade, por si só, já aponta como sendo a melhor interpretação: somente as contratações necessárias ao atendimento da situação de anormalidade é que poderão ser dispensadas da licitação e não qualquer contratação que se venha a solicitar no período em questão.

Desse modo, em razão de um dilúvio ocorrido em uma cidade, não pode a Administração pretender dispensar a licitação para a contratação de uma obra tendente a construir uma ponte que atravessa um determinado rio. Porém, ela poderá contratar diretamente uma empresa para a compra de cobertores, colchões, alimentos etc., para saciar a necessidade dos desabrigados que tenham sido acolhidos numa escola pública, por exemplo. Só que esse contrato deve limitar-se a apenas isso, não podendo ir além. O objeto contratual só pode ser para resolver o problema de emergência, ou de calamidade, apenas.

Não obstante seja óbvia essa conclusão, é conveniente a previsão legal dessa ressalva, já que alguns administradores inescrupulosos tentam se valer dessas circunstâncias para ganhar dinheiro à custa do erário e de forma indevida. Aham que são muito inteligentes e que os encarregados da fiscalização dos atos da Administração são cegos ou indiferentes a essas burlas descaradas à legislação.

Tal prática passou a ser percebida quando começaram a surgir editais de licitação mal elaborados, completamente irregulares, com erros grosseiros, gerando impugnações de editais, mandados de segurança, recursos com efeito suspensivo na habilitação, levando, inevitavelmente, ao cancelamento da licitação por diversos motivos. Assim, com aquele “jeitinho brasileiro” já conhecido, livrava-se do processo administrativo o servidor que produziu a emergência por omissão.

A propósito, um remédio contra essa prática foi criado pelas procuradorias do Município do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro. Com editais padrões, publicados em Diário Oficial, os órgãos do Estado e do Município são obrigados a adotá-los, evitando essas irregularidades, que acabariam fomentando a contratação emergencial.

Com relação ao prazo de 180 dias mencionado pelo dispositivo legal em tela, tem destacado a doutrina que, apesar de a lei mencionar expressamente a sua peremptoriedade, não se poderia ignorar casos em que a necessidade viesse a contraditar a lógica adotada pela lei, que é a de pressupor que dentro daquele período seria possível a realização de uma licitação, recomendando a prorrogação do contrato.<sup>113</sup> A propósito, o Tribunal de Contas da União adota esse entendimento, desde que

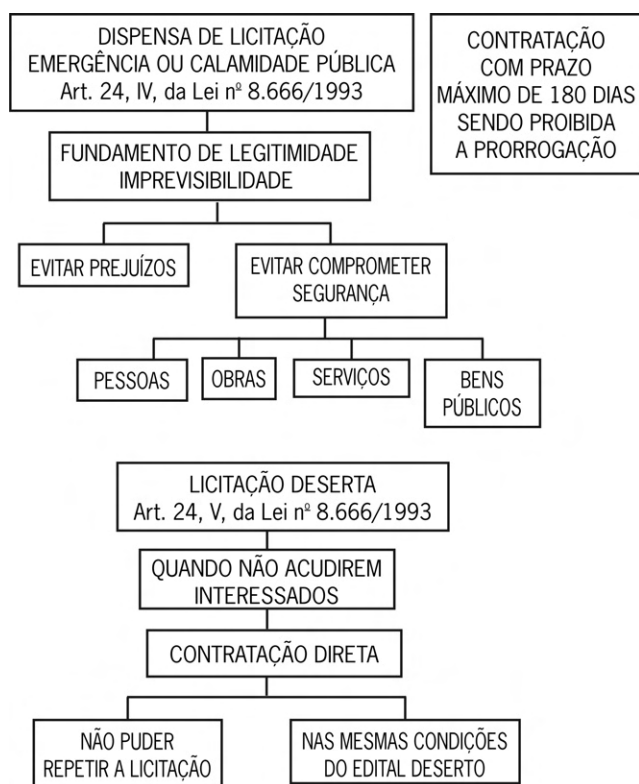
<sup>112</sup> TC nº 009.248/1994.

<sup>113</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *ILC*, Editora Zênite, nº 36, fev 2005, p. 100.

fique caracterizada a superveniência de fatos imprevisíveis que levem a essa necessidade.<sup>114</sup>

Também no inciso V do mesmo art. 24 temos um caso de urgência na celebração do contrato, ao dispor que é dispensável a licitação “quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”. E isso se justifica por uma razão simples: para que a Administração possa, desde já, usufruir da obra, serviço ou bens a serem comprados, independentemente de se esperar a conclusão de uma licitação que já foi tentada, mas que não se efetivou por falta de competidores.

#### Esquemas:



Há de ser observado, no entanto, que dispensa por *licitação deserta*, isto é, aquela em que não aparece nenhum interessado e, de regra, faz-se necessária nova licitação, *não é sinônimo de licitação fracassada* ou *frustrada*, caracterizada por ser aquela em que, ao contrário, todos os licitantes comparecem, mas não sobrevivem ao procedimento em virtude de serem todos inabilitados ou, depois da fase de habilitação, suas propostas terem sido desclassificadas porque os preços eram superfatura-

dos ou porque estavam subfaturados, ou seja, colocaram o preço lá embaixo para ganhar (mas o órgão licitante sabe que eles não vão sustentar aqueles preços). Abre-se, então, a possibilidade de serem apresentadas novas documentações ou novas propostas. Uma vez apresentada a documentação, ou nova proposta, e, se mesmo assim, persistir a situação, aí sim temos a licitação fracassada, e não deserta, pois os licitantes compareceram, mas fracassaram. E, nessa hipótese, como regra, realiza-se nova licitação obrigatoriamente.

Tal fundamento encontra-se no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, que diz:

*Art. 48. Serão desclassificadas:*

*[...]*

*§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)*

Alguns consideram inconstitucional esta norma, dizendo que não poderia ser reaberto o prazo, embora seja este um entendimento minoritário. Na verdade, o que tem prevalecido é que a norma está vigente e que nunca foi arguida sua inconstitucionalidade perante o STF.

Ora, a norma pretende que a licitação não funcione como um obstáculo à boa atuação da Administração na execução dos serviços públicos. Assim, colocado o edital, convocando os possíveis interessados, se ninguém apresentar suas propostas, será viabilizada a contratação direta, sem licitação, desde que se revele impossível a espera ou a realização de novas despesas com a licitação sem a existência de verba orçamentária para cobri-las.

Repare que duas hipóteses podem justificar a urgência na contratação: em primeiro lugar, a impossibilidade de espera pela conclusão de um novo procedimento licitatório, já que a demora importaria à Administração um prejuízo superior ao que seria possivelmente suportado pela realização do certame; em segundo lugar, pode ser que não haja verba orçamentária suficiente para fazer frente às despesas com uma nova licitação. Mas essa última hipótese não caracteriza a dispensa em razão da urgência, mas sim em nome da própria economicidade. Não obstante foi aqui tratada por estar prevista no mesmo inciso I, que pode ser analisado nesse tópico.

<sup>114</sup> TCU. Decisão nº 820/1996, plenário; Rel. Min. Bento José Bugarin.

Esclareça-se, contudo, que a licitação somente poderá ser legitimamente dispensada se a contratação direta for realizada nas mesmas condições previstas no edital da convocação para a licitação. Isso para que não sejam elaborados editais sem qualquer possibilidade de chamar a atenção de contratados em potencial, de modo que, mudando as condições para melhor, realize-se uma contratação direta em desprestígio do princípio da licitação.

Art. 24. [...]

[...]

*VII – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;*

Essa hipótese também justifica a contratação com dispensa de licitação, desde que a Administração não possa prescindir do objeto licitado. Daí se incluir o inciso VII do art. 24 no rol de situações motivadas pela urgência na contratação.<sup>115</sup>

Repare que o legislador impôs, em primeiro lugar, como medida adequada e prévia à contratação direta, a reabertura do prazo de oito dias para que os licitantes reapresentem propostas compatíveis com os preços praticados no mercado nacional. Somente se não adiantar essa medida, em razão de manutenção do descompasso anteriormente notado, é que poderá a Administração adjudicar o contrato sem a licitação.

No entanto, colocou o legislador um limite à Administração: a contratação direta deverá ser realizada pelo preço-limite constante do cadastro de fornecedores, sob pena de restar violada a regra legal. E, no caso de não haver quem concorde com tais preços, não poderá a Administração contratar.<sup>116</sup>

Fazemos aqui uma observação. Esse inciso do art. 24 da lei em análise está intimamente ligado à licitação fracassada, pois dispensada é a licitação, permitindo a contratação direta com base no preço de mercado, sem superfaturamento. Notemos que, no caso de subfaturamento na proposta, hipótese em que a licitação é fracassada porque todo mundo jogou o preço lá embaixo, como diz o art. 48, § 1º – “preços manifestamente inexequíveis” –, não tem jeito, realiza-se nova licitação.

Então, como ocorre a adjudicação nesses casos? Quando a licitação encerra, decretando-a fracassada, contratando a Administração com dispensa de licitação, cabendo salientar que para essa dispensa tem que se observar as formalidades do art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

A propósito, em matéria de licitação, esse inciso é o maior mecanismo legal para atacar o superfaturamento, embora a Administração Pública, infelizmente, dele não faça uso, uma vez que, se todos os preços estão superfaturados, a Administração devolve as propostas aos licitantes para que novas sejam apresentadas (aí, até quem não apresentou proposta poderá fazê-lo); se o superfaturamento persistir, a contratação, então, será feita diretamente com o primeiro que aparecer, com preços de mercado. Como se vê, a Administração Pública tem essa arma na mão, que é o inciso VII do art. 24, caso os licitantes não apresentem propostas viáveis.

Forçoso é admitir, no entanto, que o Poder Público não utiliza esse mecanismo porque poucos são os fornecedores que querem contratar com a Administração Pública, visto que ela não paga pontualmente, demorando três, quatro, cinco ou mais meses, gerando enormes prejuízos para a empresa, razão pela qual embute na proposta essa expectativa de atraso, fato que já se tornou rotineiro em matéria de Administração. E isso é fácil constatar: as empresas têm preços diferenciados: um para vender para o particular e outro para a Administração. O Rio de Janeiro, por exemplo, dentre os entes da Federação, é o Estado que apresenta o maior atraso no pagamento, em matéria de licitação. Os empresários, por sua vez, embora tenham mecanismos para compelir a Administração a pagá-los, não rompem com o governo com o receio de serem prejudicados, eventualmente, numa futura licitação. Só que isso não ocorre: o particular não pode sofrer nenhuma sanção, pois seria altamente irregular e ilegal, tendo o Poder Judiciário competência para avaliar tal comportamento da Administração Pública, no caso de o particular sofrer alguma sanção, o qual pode, inclusive, cobrar judicialmente os atrasados.

Outro ponto a se chamar a atenção é o seguinte: a prestação de serviço público é diferente do contrato de fornecimento de mercadorias, de construção, de obras. Então, cuidado! A Administração Pública não está obrigada a dar nova oportunidade para que novas propostas sejam apresentadas naquele caso. Trata-se de uma faculdade da Administração, podendo ela desclassificar todos os candidatos que exorbitaram do preço previsto

<sup>115</sup> Nesse sentido é a lição do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *op. cit.*, p. 337.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 341.

no edital para aquele fim, cabendo a contratação direta sem precisar fazer uma nova licitação. Sem dúvida, este é o mecanismo mais eficaz para evitar a formação de cartéis ou o superfaturamento.

Portanto, quanto ao preço superfaturado, permite a lei contratação direta, desde que os preços não sejam superiores àqueles fixados no sistema de registro de preços, já que é dada publicidade ampla ao registro de preços.

Registre-se, por fim, que são duas as possíveis *motivações* para essa contratação direta: a incompatibilidade dos preços apresentados com os praticados no mercado ou com os constantes dos referidos registros. Se for compatível com um e não o for com outro, não poderá a Administração prosseguir com o procedimento e adjudicar o contrato a quem tenha oferecido a proposta menos desvantajosa. Deverá conceder o prazo de oito dias para o ajuste e, em se mantendo a situação, efetivar a contratação direta, observada a condição antes mencionada.

No inciso XII do art. 24 da lei em comento, o legislador também condicionou a dispensa de licitação à impossibilidade de espera da conclusão de procedimento licitatório regular, ao dispor que “nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia” (com nova redação dada pela Lei nº 8.883/1994). Nesses casos, como se trata da compra de produtos perecíveis, pressupõe-se que ocorreriam várias aquisições sucessivas pelo preço do dia, com a dispensa de licitação, até que o procedimento devido seja concluído.

Art. 24. [...]

[...]

*XVIII – nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda o limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)*

Essa é a última hipótese prevista na legislação de dispensa de licitação em razão da urgência em adquirir bens ou serviços pela Administração Pública. Nesse caso, a aquisição também se torna urgente, sem a possibilidade de se esperar a conclusão de um procedimento

licitatório, pelo fato de que a estada da tropa, do navio (ou outra embarcação) ou da aeronave no local em que se encontra será curta e eventual.

Quando a lei fala em eventualidade, diz com a imprevisibilidade de que precisaria estar naquele local com esta ou aquela necessidade de satisfação inadiável. Do contrário, deveria se agir com diligência e previamente prover meios de evitar a necessidade premente que justifica a dispensa.

Exemplo que podemos dar é o caso de vazamento de combustível de um navio que faria apenas uma rápida escala num determinado país. Tal fato justificaria a dispensa de licitação para a aquisição daquele bem, quando houvesse prazo determinado para que o navio chegasse ao local de destino e a espera pela conclusão do procedimento licitatório inviabilizasse o cumprimento desse prazo. Outra hipótese possível de imaginar é o perecimento precoce dos alimentos destinados à tripulação de um navio que passaria meses viajando. Nesse caso, justificada está a aquisição sem licitação de gêneros alimentícios para saciar a fome dos tripulantes, que não podem ficar debilitados.

Ressalve-se que a aquisição direta dos bens ou serviços é apenas para aqueles que se prestam a satisfazer às necessidades prementes, não abrangendo outras aquisições que não guardem relação direta com essas necessidades.

Por fim, observa-se que o legislador estipulou um limite de valor para a aquisição direta nesse caso que, salvo ter sido atualizado, era de 80 mil reais.

#### 11.4. Por outros motivos convenientes

Reunidas estão neste tópico as demais hipóteses legais de licitação dispensável não enquadradas nos critérios anteriores, que são de naturezas variadas, como segurança nacional, regulação da economia etc.

Assim, está previsto no inciso VI, do art. 24, da Lei nº 8.666/1993, que a licitação é dispensada “quando a União tiver de intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento”.

Aqui, deve-se ter em mente que a menção exclusivamente à União decorre do fato de que a Constituição reservou à esfera federal a intervenção na economia, facultando fosse feita, de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio de regulação de preços e também para normalizar o abastecimento.

A licitação nesses casos não faria qualquer sentido, visto que a Administração, nessa situação, não está objetivando a aquisição ou a alienação de bens para satisfazer a uma necessidade institucional. Essa atuação não

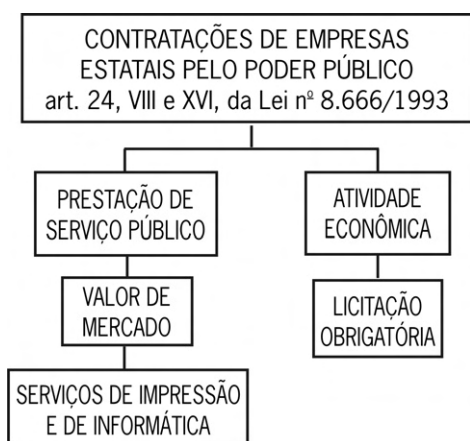
está preocupada com a economicidade de que tratamos no início dessa parte do trabalho, mas sim com um aumento na oferta de produtos escassos, por exemplo, para diminuir, com base na lei da oferta e da demanda, os preços praticados abusivamente no mercado.<sup>117</sup>

Art. 24. [...]

[...]

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Esquema:



No que respeita ao inciso anteriormente transcrito, registre-se, em primeiro lugar, que somente a Administração direta, as autarquias e fundações públicas de Direito Público estão abrangidas por esse dispositivo legal, visto que as outras espécies integrantes da Administração Pública, empresas públicas e sociedades de economia mista (inclusive as fundações públicas legítimas), têm personalidade jurídica de Direito Privado.

Em segundo lugar, devemos notar que os bens ou serviços a serem adquiridos podem ser fornecidos ou prestados por qualquer espécie de pessoa jurídica, seja de Direito Público ou Privado, desde que integre a Administração Pública e tenha sido criada antes da promulgação da Lei nº 8.666, em 21/06/1993, para esse fim específico.

Não se pode esquecer, entretanto, que esse dispositivo só será aplicado para casos em que o produto ou serviço puder ser prestado por entes da Administração Pública em concorrência com outros da mesma natu-

reza ou empresas privadas. Não se aplicará o caso de dispensa de licitação em análise quando o serviço, por exemplo, for monopólio da União, visto que, nessa situação, há a impossibilidade de competição e, em sendo assim, o caso será de inexigibilidade de licitação, e não de dispensa (art. 25 da Lei nº 8.666/1993).

As publicações oficiais, por exemplo, são constantemente contratadas com a Imprensa Nacional com base neste dispositivo legal. Mas, dado o fato de que só podem ser prestados esses serviços por aquela pessoa administrativa, não há possibilidade de competição; portanto, o mais correto seria a contratação direta em razão da inexigibilidade.

Para exemplificar, suponhamos que o Estado do Rio de Janeiro queira contratar um serviço para o qual tem uma estatal que presta tal serviço, como, por exemplo, a produção de formulários padronizados para a Polícia Militar na aplicação de multas. Então, tendo o Estado do Rio criado uma empresa pública para fins de impressão no *Diário Oficial*, quando ele necessitar de serviços gráficos poderá contratar diretamente com aquela estatal, sem se submeter à licitação junto com as demais empresas do ramo? Sim, porque essa estatal foi criada com essa finalidade, ou seja, para impressões oficiais. E essa resposta se encontra não só no inciso VIII do art. 24, que permite que as pessoas de Direito Público possam contratar diretamente com uma empresa estatal cujo fim seja específico, mas também no inciso XVI do mesmo artigo, como observaremos mais adiante.

Note-se, assim, que a estatal, nesse caso, está como *contratada* e não como *contratante*, pois, como tal, ela estaria obrigada a licitar na atividade-meio; mas, na atividade-fim, não é obrigatória a licitação.

Importante é destacar, também, que a empresa estatal tem que ser criada pelo próprio ente da Federação. Assim, o Município do Rio de Janeiro, por exemplo, não poderá contratar diretamente com a empresa estatal criada pelo Estado do Rio de Janeiro. A licitação, portanto, será obrigatória para o Município, podendo dela participar empresas públicas federais, estaduais e demais particulares.

Nesse passo, há de se salientar que além de possuímos empresas estatais que prestam serviços públicos, temos também as que exercem atividades econômicas. Estas, diferentemente daquelas, terão o mesmo tratamento dado às empresas privadas, conforme preconiza o art. 173, § 1º, da Constituição da República. Desse

<sup>117</sup> Nesse sentido é a lição do professor Marçal JUSTEN FILHO. *Comentários...*, op. cit., p. 244.

modo, a licitação será obrigatória no caso de a estatal desempenhar atividade econômica.

Aspecto a ser notado é que a Lei nº 8.666/1993 não faz essa distinção, qual seja, se a estatal presta ou não serviço público, sendo o mesmo aplicado genericamente.

Fato é que a *licitação será dispensada* nos casos em que houver *prestação de serviço público*. Do contrário, haverá ilegalidade e, para melhor ilustrar, damos como exemplo o caso do Estado de São Paulo que, para colocar sua frota de veículos no seguro, contratou diretamente com a Banespa-Seguradora (subsidiária do Banespa). Nesse caso, o administrador deveria ter aberto licitação para que todas as empresas privadas do gênero participassem do certame, inclusive a própria Banespa-Seguradora, posto que o serviço de seguros é uma atividade econômica como outra qualquer. Afrontou, assim, os ditames constitucionais.

Registre-se, por fim, que os preços praticados deverão ser compatíveis com os do mercado, sob pena de inviabilizar-se a contratação. Aliás, isso só reforça o que dissemos antes, pois que, ao nos referirmos a mercado, consideramos necessariamente a possibilidade de competição, o que afasta as hipóteses anteriormente referidas dessa disciplina ora analisada.

Continuando a análise das hipóteses de dispensabilidade, também a previu o legislador “quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional” (art. 24, IX). Isto porque a aquisição de material bélico, por exemplo, ou outros bens ou serviços que se revelem importantes para o Ministério da Defesa, que cuida da segurança nacional por meio da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, não deve ser conhecida do público. Trata-se de exceção ao princípio da publicidade, bastante justificável, por sinal.

Nesse contexto, como se poderia falar em licitação, se é vedada a publicidade dos atos da Administração que, a juízo da autoridade maior, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional, interessam à segurança do País?

A dispensa de licitação, na verdade, será definida de acordo com os critérios fixados em decreto presidencial, dotado de generalidade e abstração. Falamos de um decreto regulamentar, de modo que não haverá a análise da Presidência da República em casos concretos, para cada aquisição que puder interessar à segurança nacional.<sup>118</sup>

A propósito, essa hipótese de licitação dispensável ficou famosa com o Projeto Sivam (Sistema de Vigilância da Amazônia), um programa criado no final da década de 1990 cujo objetivo seria, na prática, monitorar as áreas do estado do Amazonas, além de vigiar suas fronteiras com países vizinhos, utilizando-se do que há de mais avançado no campo da tecnologia da informação, com satélites, aviões e todo um aparato informacional. Para tanto, equipamentos seriam instalados mediante a compra de um pacote fechado de tecnologia, incluindo, por exemplo, tecnologias de sensoriamento remoto e de monitoramento ambiental, já disponíveis e desenvolvidas no Brasil.

Assim, do ponto de vista do Direito Administrativo, esse projeto representaria a aquisição de um conjunto de bens – radares e equipamentos correlatos – e prestação de serviços técnico-profissionais, de instalação e funcionamento na Amazônia Legal, a fim de rastrear voos comerciais e militares, sobretudo em razão da zona fronteira com a Colômbia – quentíssima, por sinal –, por onde traficantes de armas, de entorpecentes, garimpeiros ilegais, têm fácil acesso ao País. Daí, o então Presidente da República, José Sarney, emitiu decreto determinando que a licitação para aquelas aquisições é dispensável, quando previamente aprovado pelo Conselho de Segurança Nacional.

Fácil é, portanto, chegar à conclusão do motivo de tal proceder, pois, afinal, se houver a publicação do edital para a compra de radares a serem instalados em tal lugar, de tal tamanho, com potência tal que possam detectar objetos no solo e no ar, evidentemente estar-se-ia avisando publicamente não só aos fabricantes e fornecedores, mas também aos traficantes, que tentariam escapar desse controle. Então, nesse caso, a publicidade é um mau negócio; por isso, a licitação foi dispensada.

Há de se ressaltar, entretanto, que em todos os casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, instaura-se um processo de controle da legalidade e da economicidade da decisão adotada. E isso não é feito por pura vontade da autoridade competente, mas pelo que expressa o art. 26 da Lei nº 8.666/1993, que vale para ambos os institutos.

Refere-se o *caput* do art. 26 da Lei de Licitações, com nova redação dada pela Lei nº 11.107/2005, às hipóteses previstas no inciso III e seguintes do art. 24, aos casos de dispensa de licitação expressos nos §§ 2º, 2º-A e 4º do art. 17, bem como às situações de inexigibilidade re-

<sup>118</sup> PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 276.

feridas no art. 25 e no caso de retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º dessa lei,<sup>119</sup> quando houver insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, devendo todos os casos ser devidamente justificados em despacho circunstanciado da autoridade competente.

Isso significa, portanto, que tem que ser instaurado processo legislativo de controle quando a disputa é possível, provando a situação que levou à licitação dispensável à autoridade competente. Esta, por sua vez, colherá propostas, não em licitação pública, mas as colherá para demonstrar a aquisição de bem e do serviço a preço de mercado. No caso do Projeto Sivam, foi o que a União fez. Houve delegação de competência do Presidente da República a determinado ministro que, reservadamente, oficiou os pedidos para o mundo inteiro, a empresas europeias e americanas, que fizeram suas propostas.

Apenas a título conclusivo, há de se registrar que tal procedimento gerou um problema: por serem as aquisições para tal projeto consideradas caso raro no Brasil, o contrato foi firmado com uma empresa americana, notadamente reconhecida como mais desenvolvida tecnologicamente para o fornecimento daqueles equipamentos, e cuja proposta se encaixava dentro daquilo que as autoridades competentes pretendiam. Porém, um grupo de empresas europeias contestou a decisão, indo ao Congresso Nacional questionar a quebra do princípio da isonomia, alegando ter sido beneficiada indevidamente, pelas características, aquela empresa americana, privilegiando-a. E muito rapidamente, por decreto legislativo, o Congresso Nacional sustou a execução do contrato administrativo, já firmado pela União, para aquisição desses equipamentos com a empresa americana.

Art. 24. [...]

[...]

*X – para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades preçpuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

Nesse caso, não é qualquer compra ou locação de imóvel que justificaria a dispensa da licitação. Na ver-

dade, somente quando se revelar conveniente à qualidade do serviço é que se poderá dispensar a locação ou compra de imóvel do procedimento licitatório. O importante é que a localização do imóvel, na dicção do texto legal, condicione a sua escolha para abrigar esse ou aquele serviço público.

Na feliz síntese do professor Jessé Torres Pereira Júnior, “o que a lei declara neste inciso, restritivamente, é a dispensabilidade da licitação quando o serviço demandar necessidades especiais de instalação e localização”.<sup>120</sup>

Desse modo, a aquisição de um prédio para funcionar a procuradoria de determinada entidade federativa, por exemplo, ao nosso sentir, poderia ser contratada nesses moldes, já que é muito bom que ela esteja localizada próximo ao foro onde os profissionais desempenharam suas funções. Poder-se-ia, então, questionar no sentido de que existiriam muitos imóveis localizados próximo ao foro central da Cidade. Então, o que justificaria a escolha de um dentre tantos? E aí se responde com outra pergunta: e as características do imóvel não são importantes? Será que todos os imóveis que possuem características semelhantes e adequadas para o caso estão disponíveis?

São esses questionamentos que o administrador deverá enfrentar para proceder à correta e adequada contratação, com ou sem licitação. E só no caso concreto deverá encontrar a resposta. Em tese, não dá para formular mais do que já foi dito pelo legislador.

Imaginemos, por outro lado, a aquisição de um terreno para a construção de um aeroporto. Seria adequada a aquisição do bem em qualquer localidade? Um terreno envolvido por prédios enormes seria adequado para esse serviço? E num local extremamente afastado do centro da cidade, se seria um aeroporto comercial para voos internos, interligando cidades importantes do País? E o tamanho, o relevo...?

Para o caso de inexistir imóvel com características satisfatórias, a Administração deverá recorrer ao procedimento expropriatório, de acordo com as regras fixadas no Decreto-lei nº 3.365/1941.

Note-se, assim, que alguns dispositivos do art. 24 contemplam hipóteses de inexigibilidade oculta, sendo esta, sobre a compra e alienação de imóvel, o maior

<sup>119</sup> Com as alterações feitas pela Lei nº 11.107/2005, o retardamento previsto nesse dispositivo deverá ser comunicado, dentro de três dias, para ser ratificado e publicado na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, assim prevê o parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.666/1993: Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

<sup>120</sup> PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 277.



flagrante disto, embora esteja no rol de dispensa. E isso é complicado, sobretudo em prova de múltipla escolha. Se essa hipótese se apresentar como única viável de inexigibilidade, deve-se marcá-la, pois, em tese, é hipótese de inexigibilidade. Portanto, deve-se ter muito cuidado para marcar a alternativa correta.

Art. 24. [...]

[...]

*XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.*

A situação aventada pelo legislador diz respeito à rescisão de um contrato cuja execução já tenha se iniciado. Para que não se tenha prejuízo para a continuidade do serviço público, autoriza-se a contratação direta para que o competidor que tenha ficado na ordem de classificação imediatamente atrás do vencedor tenha a oportunidade de assumir a obra, o serviço ou o fornecimento.

Repare que, no caso da compra, pressupõe-se o fornecimento, por um determinado período, dos bens contratados. Não se aplica essa regra àquelas aquisições estanques, que se encerram logo na oportunidade da primeira e única entrega do objeto à Administração. Isso pelo fato de não se poder falar em continuidade do cumprimento do contrato nessa outra hipótese.

A condição imposta pela lei para que se proceda de tal maneira, na hipótese de rescisão do contrato com o primeiro colocado no certame, é que o segundo, o terceiro ou aquele que vier a substituí-lo, sempre observada a ordem de classificação, aceite as mesmas condições ofertadas pelo que se desvinculou da obrigação. O preço deverá ser o mesmo, mas admitindo-se a correção do mesmo para o caso de ter havido corrosão do valor aquisitivo da moeda pela inflação.

Destaque-se que não importa o motivo da rescisão contratual. Poderá ser ela consensual, litigiosa, por culpa da Administração ou do contratado.<sup>121</sup> Isso se afirma pelo fato de a Lei não distinguir e, ainda, por não fazer diferença, já que o que não se pretende é a solução de continuidade no atendimento das necessidades da Administração Pública. A *ratio legis* pode ser atendida de qualquer forma.

Art. 24. [...]

[...]

*XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou*

*do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

Iniciemos a análise desse dispositivo pelo final. Somente poderá ser contratada com dispensa de licitação uma fundação ou uma associação, nunca uma sociedade, que, seja civil ou comercial, sempre vai em busca da obtenção de lucros.

No que se refere aos objetivos da pessoa jurídica, há duas hipóteses consideradas pelo legislador: a primeira refere-se à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, caso em que se exige seja a instituição de nacionalidade brasileira. No segundo caso, foram contempladas as pessoas jurídicas dedicadas à recuperação de presos, admitindo-se sejam contratadas pessoas jurídicas de qualquer nacionalidade.

Quanto à questão da recuperação e reinclusão social do preso, não há muita margem para dúvidas. No entanto, é muito vaga a menção a uma instituição dedicada à pesquisa ao ensino ou desenvolvimento institucional. Afinal, que tipo de pesquisa? Haveria uma especificação ou algum outro critério de restrição? Por outro lado, que tipo de ensino seria o referido no dispositivo legal em apreço? Qualquer um? Pior: desenvolvimento institucional?!

Para facilitar um pouco, imaginemos a contratação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC para a formação política dos diretores de uma autarquia federal que, em sua maioria, detêm formação técnica simplesmente. Trata-se de uma pessoa jurídica que não persegue o lucro e que se dedica à pesquisa, ao desenvolvimento institucional na área do Direito Constitucional, da ciência política e do Direito Internacional Público. É de notória e inquestionável reputação ético-profissional. Enfim, preenche todos os requisitos. Nesse caso, não haveria a necessidade de se proceder a uma licitação, podendo a Administração contratar os mencionados serviços com dispensa do certame.

Art. 24. [...]

[...]

*XIV – para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

<sup>121</sup> FERNANDES, *op. cit.*, p. 214.

Interessante é observar o que dispõe o inciso XIV, visto que parece ter desconhecido um entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal acerca dos tratados internacionais, que os equipara às leis ordinárias federais,<sup>122</sup> podendo, nesse ou naquele caso, o administrador contratar diretamente sem a realização do certame licitatório, independentemente de previsão em lei. Com base nessa compreensão é que o professor Marçal Justen Filho destaca a desnecessidade do dispositivo legal em comento.<sup>123</sup>

De qualquer forma, essa possibilidade só se justificará se for manifestamente vantajosa para a Administração essa contratação direta, o que nem precisaria estar escrito, já que se pressupõe em razão do princípio da economicidade.

Ao prever a Lei nº 8.666/1993, no inciso XV do art. 24, a hipótese de dispensa de licitação “para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade”, esta tem sido enquadrada por alguns autores como verdadeiro caso de inexigibilidade, uma vez que, na dicção do art. 13, VII, da lei, trata-se de serviço técnico-profissional especializado, sendo de se recordar que o art. 25, II, do mesmo diploma legal, diz não ser inexigível a licitação para a contratação dos mesmos.<sup>124</sup> E nesse sentido é a lição do professor Marçal Justen Filho.<sup>125</sup>

Isso se justifica, pois há a possibilidade de haver outros restauradores e, nesse caso, viabilizada estaria a realização da licitação. Nesse sentido é a observação do professor Jessé Torres Pereira Júnior, que asseverou: “Havendo mais de um profissional com idênticas qualificações para o serviço, a competição, ao menos no referente ao preço, atrai o dever de licitar.”<sup>126</sup>

Nesse caso, o Estado pode, para promover o patrimônio histórico, artístico e cultural do País, simplesmente decretar o tombamento da obra, na forma do Decreto-lei nº 25/1937. E, nessa hipótese, fica o seu proprietário, mesmo que seja particular, obrigado a manter as condi-

ções originais do bem. Se lhe for insuportável a despesa, a Administração pode desapropriar o bem e providenciar a conservação.

Nesse contexto é que se nota a possibilidade de, por exemplo, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan promover contratações para restaurar obras de arte e objetos históricos, com o fim de efetivar o comando contido no art. 216 da Constituição.

Outrossim, note-se que o legislador exigiu que, para dispensar a licitação, deve o administrador demonstrar que existe uma conexão entre a aquisição ou restauração do bem e as finalidades da entidade ou órgão adquirente, sem o quê não haverá essa possibilidade.

Art. 24. [...]

[...]

XVI – para a impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

A primeira observação a ser feita sobre esse dispositivo anteriormente é a referente à impressão de diários oficiais, o que não significa a publicação de editais, extratos de contratos ou outros expedientes da Administração Pública. Refere-se esse dispositivo legal à impressão de diários oficiais em si, por empresas, quando a Administração não dispuser desse serviço.<sup>127</sup>

Assim, quando uma autarquia federal quiser publicar editais ou quaisquer outros expedientes na imprensa oficial, contratará a Imprensa Nacional com inexigibilidade de licitação, posto que não pode fazê-lo em outro periódico. Um Município, entretanto, que não dispuser desse serviço em sua estrutura administrativa poderá contratar com a mesma Imprensa Nacional com dispensa de lici-

<sup>122</sup> STF, RE nº 80.004.

<sup>123</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>124</sup> A respeito, note-se a seguinte ementa: “Licitação – Dispensa. Contratação de firma de serviço especializado. Viabilidade. Notória especialização que não se confunde com conhecimento exclusivo do serviço técnico contratado. Ação popular. Lesividade ao erário e desnecessidade da contratação em questão. Ausência de demonstração. Impossibilidade, ademais, de discussão pelo Judiciário de matéria reservada à conveniência, oportunidade e interesse da Administração Pública. Ação improcedente. Recurso provido para este fim” (TJ-BA – ApCív nº 77.699-1 – Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Márcio Bonilha; *BLC* – jan. 2006).

<sup>125</sup> O professor Marçal Justen Filho (*op. cit.*, p. 257) observa: “A hipótese se enquadra, teoricamente, como impossibilidade de competição e seria mais apropriado enquadrar a hipótese como de inexigibilidade de licitação.”

<sup>126</sup> PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 283.

<sup>127</sup> Em sentido contrário, diz o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (*op. cit.*, p. 457) que inclui no dispositivo “[...] tanto a impressão dos diários oficiais, quanto a publicação das edições técnicas oficiais [...]”.

tação, nos moldes aqui expostos, a edição de seu Diário Oficial. Como se vê, a situação é bem diferente.

Inclui-se na hipótese de dispensa da licitação a impressão de formulários padronizados bem como a de edições técnicas oficiais. Mas essas não apresentam grandes possibilidades de dúvida. Só para ilustrar, imaginemos a impressão de um formulário de inscrição no cadastro tributário da Secretaria de Estado de Fazenda, desses que são vendidos em papelaria.

A lei facultou, ainda, a contratação direta de serviços de informática. Nesse caso, se um determinado Estado criou uma empresa pública para tais serviços, pode-se ir diretamente a ela, sem licitação, haja vista ter sido criada para esse fim.

Em qualquer situação, porém, não se pode ignorar que o contratante só pode ser pessoa jurídica de Direito Público. Por outro lado, o contratado deverá ser integrante da Administração Pública federal, estadual, municipal ou distrital. E a razão dessa distinção é explicada pelo professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, com base na necessidade de guardar sigilo de certas informações (no caso dos serviços de informática) ou a correta oportunidade para a divulgação dos atos da Administração (no caso da impressão dos diários oficiais), de modo que não privilegie esse ou aquele particular.<sup>128</sup>

Imaginemos se uma empresa privada tivesse a oportunidade de conhecer a íntegra de um ato normativo a ser publicado no Diário Oficial antes de outras pessoas da mesma natureza. Essa questão desnivelaria odiosamente a contratada, que obteria informações privilegiadas em detrimento do princípio da isonomia. A apreensão dos recursos financeiros depositados nos bancos, por exemplo, como ocorreu durante o governo Collor no Brasil, não atingiria essa empresa, que tomaria providências para se livrar desse prejuízo.

Art. 24. [...]

[...]

XVII – para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

É muito comum que as empresas fabricantes de determinados equipamentos condicionem a garantia técnica oferecida aos clientes à utilização de suas peças no

caso de necessária reposição, isso por razões de compatibilidade. A empresa só confia no seu material de substituição, não podendo garantir que o equipamento adquirido vá funcionar em idênticas condições se for mantido fora dos padrões projetados por seus técnicos.

A Administração também pode adquirir bens nessas condições. Um carro, por exemplo, que só terá preservada a sua garantia se, durante o período ajustado, forem utilizadas as peças do fabricante.

Nesses casos, tendo em vista que a aquisição desses acessórios será eventual, não podendo ser incluída no contrato de compra e venda, deverá haver a formulação de um novo ajuste para a sua aquisição. E, mesmo que o valor da aquisição esteja enquadrado no limite referido no inciso II do art. 24, mais adequada será a dispensa com base no dispositivo ora comentado.

Para que se legitime a dispensa, contudo, será exigível que a exclusividade seja condição para a manutenção da garantia e que o produto acessório seja de fabricação da mesma empresa que produziu o bem principal.

Art. 24. [...]

[...]

XIX – para a compra de materiais de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver a necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Apesar de ser muito parecida a presente situação com a estudada no inciso IX desse mesmo art. 24, percebe-se, com alguma clareza, que o motivo aqui não é a manutenção da segurança nacional, mas sim a *manutenção da padronização*, por todas as vantagens que ela traz.

A particularidade da situação em relação a outras padronizações está em que se exige, aqui, que a necessidade da padronização seja reconhecida por uma comissão de agentes instituída por decreto.

A exclusão dos materiais de uso pessoal e administrativos fica estabelecida por não serem os mesmos vinculados à atividade-fim das Forças Armadas, como ressalta o professor Jessé Torres Pereira Júnior.<sup>129</sup>

Por fim, diga-se que o professor Marçal Justen Filho entende que tal hipótese não necessitaria estar incluída nesse inciso do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, visto que a hipótese, em sua opinião, seria de inexigibilidade, chegando a essa

<sup>128</sup> FERNANDES, *op. cit.*, p. 452.

<sup>129</sup> PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 287.

conclusão em razão do disposto no art. 25, I, combinado com o art. 15, I, ambos do mesmo diploma legal.<sup>130</sup>

Nesse passo, abre-se mais um parêntese para nos reportarmos ao art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, o qual dispõe sobre *licitação vedada*, assim prevendo:

*Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:*

*§ 5º. É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.*

Nesse dispositivo, há de se fazer uma remissão ao já anteriormente observado art. 15, I, da Lei, que fala sobre o princípio da padronização para as compras, sempre que possível. Ou seja, o art. 7º, § 5º, veda a realização de licitação quando o “objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas”, embora diga, também, na segunda parte, que a padronização é viável. E nós veremos mais tarde que isso é importante para fins de inexigibilidade.

Por ora, o que há de se destacar é que, quando se fala em *licitação vedada*, não significa que a licitação para contratação esteja sendo afastada, mesmo porque, em algumas hipóteses, a padronização de marcas é salutar. O que é vedado é a realização de uma licitação em determinada circunstância, o que pode levar o intérprete a concluir que, naquelas hipóteses, pode-se contratar sem licitação. Porém, deixa-se claro que não é bem isso: o que é vedado é a inclusão de determinadas cláusulas de privilégio na própria licitação, falando-se em licitação vedada, daí tal expressão não ser bem aceita pela doutrina, por ser meio equívoca. Cabe observar, todavia, que as hipóteses de licitação vedada, às vezes, fazem parte de questões de concurso, como assim já ocorreu na prova para Juiz Federal.

*Art. 24. [...]*

*[...]*

*XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde*

*que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)*

Em primeiro lugar, deve-se destacar que o que o legislador pretendeu com essa norma foi prestigiar a atividade de assistência às pessoas portadoras de deficiência física, em reconhecimento à deficiência do Estado no dever de prestar tal atendimento adequado às suas necessidades, que são diferenciadas.

O professor Marçal Justen Filho nota que, apesar de a norma se referir apenas à deficiência física, poder-se-ia admitir a dispensa de licitação também quando a associação fosse criada para atender e auxiliar as pessoas portadoras de outras deficiências, como a mental, incluindo-se, portanto, nesse rol, por exemplo, a Apae.<sup>131</sup> E se defende o magnífico administrativista de possíveis críticas à sua interpretação, esclarecendo que ela não é extensiva (como não se admite para regras excepcionais). Sua interpretação apenas estaria revelando o verdadeiro conteúdo da norma, que se escondeu por trás da má técnica legislativa,<sup>132</sup> até porque esta seria uma espécie da “função social do contrato administrativo”.<sup>133</sup>

O que a lei exige é que a contratada seja uma associação sem fins lucrativos. Entretanto, o que parece ser indiscutivelmente a vontade da lei é que a pessoa jurídica contratada seja filantrópica e não que adote esta ou aquela forma. De modo que, nesse diapasão, poderia valer-se a Administração dessa hipótese de dispensa para contratar com uma fundação, já que esta não busca, conceitualmente, o lucro.<sup>134, 135</sup>

Os outros requisitos legais são, de um lado, a comprovada idoneidade da associação ou fundação e, de outro, a compatibilidade do preço ajustado com o praticado no mercado. Por isso, pessoas jurídicas envolvidas em escândalos não poderão ser contratadas dessa forma. Nem se poderá pagar preço absurdo, por ser alto demais, a pretexto de se prestigiar as referidas associações ou fundações.

Por fim, diga-se que a filantropia não se descaracteriza quando a associação ou fundação aufera vantagens econômicas nas suas relações negociais. Se o preço cobrado exceder o custo da prestação do serviço ou da obra, não se tem o auferimento de lucro, mas de sobra. E para que isso não se desfigure, impede-se a sua distribuição entre associados ou dirigentes (ou

<sup>130</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, op. cit., p. 260.

<sup>131</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, op. cit., p. 261.

<sup>132</sup> *Idem*.

<sup>133</sup> *Idem, ibidem*, p. 237.

<sup>134</sup> A diferença básica entre uma fundação e uma associação é que esta tem um quadro societário, ao passo que aquela não é mais do que um grupo patrimonial ao qual o Direito resolveu conferir personalidade jurídica.

<sup>135</sup> Nesse mesmo sentido é a lição do professor Marçal Justen Filho, op. cit., p. 262.

mesmo fundadores), nem mesmo a remuneração destes, desde que não fique configurada a distribuição disfarçada de lucros, o que descaracterizaria a filantropia.

Art. 24. [...]

[...]

XXI – para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)<sup>136</sup>

O presente dispositivo legal, autorizador da dispensa de licitação, é visto pela doutrina como um mecanismo de incentivo da pesquisa científica e tecnológica e, portanto, realizador da vontade constitucional inscrita nos arts. 218 e seguintes, da Carta de 1988.<sup>137</sup>

Note-se que somente a compra de bens está abarcada nessa hipótese legal, excluindo-se, assim, os serviços e obras.

Marçal Justen Filho, nesse ponto, destaca que a regra legal se funda no fato de que não se pode pretender uma vantagem na aquisição dos bens destinados à pesquisa, até porque os mesmos são de qualidade incerta já que destinados à pesquisa. Daí se retira que, por não haver muito parâmetro para se aferir a melhor proposta, impossível estabelecer uma competição. E, se é assim, este não é o verdadeiro caso de dispensa, mas sim de inexigibilidade.<sup>138</sup>

A exigência de que o projeto de pesquisa seja financiado por uma daquelas entidades da Administração Pública ou outras credenciadas pelo CNPq se justifica na medida em que se reconhece o grau de exigência que se tem na avaliação das pretensões a elas submetidas. Isso dá uma credibilidade especial ao trabalho que será desenvolvido e calça a Administração contratante contra frustrações de expectativa.

Ainda em se tratando de ciência e tecnologia, a Lei nº 10.973, de 2/12/2004 incluiu no rol de dispensa de licitação os contratos realizados por

*Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o li-*

*cenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida (art. 24, XXV),*

com vistas à capacitação e ao alcance de autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País, nos termos dos arts. 218 e 219 da Constituição Federal.

No mesmo compasso, mais recentemente, a Lei nº 11.196, de 25/11/2005, por sua vez, incluiu o seguinte dispositivo na Lei nº 8.666/1993:

Art. 24. [...]

[...]

XXVII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

A saber, a Lei nº 11.196/2005 instituiu, dentre outras providências, programas de incentivos fiscais para a inovação tecnológica no País, inclusive o Programa de Inclusão Digital, que vem permitindo a aquisição, por exemplo, de computadores a baixo custo sem o pagamento das devidas contribuições, sendo dispensável a licitação neste caso.<sup>139</sup>

Já o que dispõe o inciso XXII do art. 24, hipótese esta incluída pela Lei nº 9.648/1998, ou seja, que é dispensável a licitação “na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”, parece-nos, à primeira vista, tratar-se de caso de inexigibilidade de licitação, uma vez que as concessões de serviço de energia elétrica são feitas por áreas, não havendo, portanto, mais de uma concessionária atuando num mesmo local. Nesse cenário, seria inviável a competição e, por isso, a própria licitação.

Por outro lado, é de se ver que, ao lado das concessionárias, as empresas podem, pela legislação específica, produzir a sua própria energia elétrica e revender as sobras. Isso sem contar com a figura dos produtores independentes de energia elétrica. Por isso, nada impediria o estabelecimento de uma competição, dependendo

<sup>136</sup> Cabe notar que, impropriamente, o legislador mencionou apenas as siglas das entidades de onde virão os recursos, sendo elas: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal e Nível Superior – Capes, que é uma fundação vinculada ao Ministério da Educação; Financiadora de Estudos e Pesquisas – Finep, empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia; e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, fundação também vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

<sup>137</sup> O professor Jessé Torres Pereira Júnior (*op. cit.*, p. 289), a esse propósito, escreveu: “Autorizar a contratação direta, porque dispensável a licitação, de bens destinados a tais propósitos é cumprir o mandamento constitucional.”

<sup>138</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, *op. cit.*, p. 262-63.

<sup>139</sup> É de se lamentar que, apesar de tão recente, já há casos de escândalo envolvendo tal programa.

do volume de energia elétrica que fosse ser consumido pela unidade administrativa contratante.<sup>140</sup>

Assim, o caso fica mais bem disciplinado no art. 24 mesmo da Lei nº 8.666/1993, que trata da dispensa de licitação, já que é possível o estabelecimento de uma competição entre as mencionadas figuras.

Art. 24. [...]

[...]

XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Esse dispositivo mereceu a crítica do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que, inclusive, pôs em dúvida a constitucionalidade da norma, por prestigiar o crescimento da estrutura estatal, com a criação de subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista, em detrimento dos princípios elencados no art. 170 da CF/1988.<sup>141</sup>

Devemos registrar, com devida vênia, que não há qualquer problema de inconstitucionalidade nesse caso, até porque é a própria Constituição que, em diversas oportunidades, faz referência expressa às subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista.<sup>142</sup>

Em segundo lugar, do ponto de vista da conveniência e da lógica, não merece crítica o dispositivo, uma vez que a criação de subsidiárias atende a necessidades de ordem operacional e, muitas vezes, financeiras, não fazendo sentido que essa descentralização de atividades funcione como obstáculo à concentração das atividades desempenhadas por essas empresas entrelaçadas nesse mesmo círculo societário.

As compras e os serviços, mas não as obras, poderão ser contratadas diretamente, com dispensa de licitação, entre as empresas públicas e as sociedades de economia

mista com as suas respectivas subsidiárias.<sup>143</sup> A condição para que isso ocorra é que os preços praticados sejam compatíveis com o mercado.

Quanto à dispensa de licitação “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão” (art. 24, XXIV), cabe registrar que as organizações sociais são pessoas jurídicas de Direito Privado não integrantes da Administração Pública, embora atuem em parceria com esta. São elas criadas para atender a determinadas atividades de interesse público, como o são as Organizações Não Governamentais (ONGs) e outras entidades sem finalidades lucrativas, devendo assumir, portanto, a forma de associação ou fundação.

Essa figura jurídica foi criada pela Lei nº 9.637/1998, que mencionou depender a qualificação de uma pessoa jurídica de Direito Privado como organização social do preenchimento de determinados requisitos (art. 2º, I) e da avaliação da autoridade competente quanto à conveniência e oportunidade de se conferir tal qualificação a esta ou aquela pessoa jurídica (art. 2º, II).

A consequência dessa qualificação é a seguinte: a organização social e o Poder Público firmarão um *contrato de gestão* a fim de que seja prestado o serviço de utilidade pública à sociedade, com o possível aporte de recursos públicos para financiamento da atividade (art. 12 da Lei nº 9.637/1998). Assim, somente as atividades contempladas nesse contrato de gestão, ainda que outras constem do estatuto da organização social, poderão ser contratadas com dispensa de licitação.

Complementando o elenco de hipóteses de dispensa de licitação, o art. 24 da Lei nº 8.666/1993 foi acrescido do inciso XXVI pela Lei nº 11.107, de 6/04/2005, que trata de *normas gerais de contratação de consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse público*. Diz o dispositivo que é dispensável a licitação:

<sup>140</sup> É o seguinte o entendimento do professor José dos Santos Carvalho Filho (*op. cit.*, p. 204-5) a respeito: “O regime de desestatização (privatização), como é sabido, procurou afastar os regimes de monopólio na prestação de serviços públicos de natureza econômica, dos quais é exemplo o serviço de geração, distribuição e fornecimento de energia elétrica. Como o novo sistema permite ampla negociação acerca do prestador do serviço, o Estatuto dispensou a licitação no caso, deixando à Administração a possibilidade de escolha daquele com quem pretende contratar.” Mais adiante, tecendo comentários sobre a crítica que o professor Marçal Justen Filho também faz a respeito do assunto, diz ainda o mestre Carvalhinho que “é procedente a crítica de que o dispositivo em foco abrange várias situações de diverso perfil. A dispensa deveria alcançar apenas as entidades com funções regulatórias no mercado de energia elétrica ou cujo objeto tenha ligações com o setor. As demais entidades administrativas, contudo, são meras consumidoras do serviço, de modo que lhes caberia, quando possível, realizar licitação para a obtenção do melhor preço e de condições mais vantajosas”.

<sup>141</sup> FERNANDES, *op. cit.*, p. 512-13.

<sup>142</sup> A propósito, veja o art. 173 da CF/1988.

<sup>143</sup> O professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (*op. cit.*, p. 515) faz essa ressalva, de que a relação só se enquadra nessa hipótese legal se as subsidiárias forem das suas contratantes. Não pode, *v. g.*, uma subsidiária de uma empresa pública contratar com base nesse dispositivo legal com outra empresa pública que não a sua criadora.

Art. 24. [...]

[...]

*XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;*

A norma vem ao encontro daquilo que o professor Marçal Justen Filho considera uma “conjugação de esforços políticos (‘convênios’)”, daí entender que:

Não é exigível a licitação quando a avença apresentar natureza de convênio, em que se conjugam esforços de diversas entidades administrativas para a satisfação de necessidades de interesse comum. Se diversos entes federativos resolvem atuar de modo conjunto para obter resultados comuns, não há obrigatoriedade de licitação, já que existe a pactuação de vínculos jurídicos com a iniciativa privada.<sup>144</sup>

## 11.5. Dispensa de licitação a entidades sem fins lucrativos

### 11.5.1. Análise do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993

Dito isto, partimos para a análise da dispensa de licitação que se aplica às entidades sem fins lucrativos. Dentre os casos de dispensa de licitação destas instituições elencados nos incisos do art. 24, trazemos à análise o inciso XIII, que assim preconiza:

Art. 24. É dispensável a licitação:

*[...] XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.*

Uma das características que mais chama a atenção neste dispositivo legal é a referência de que a instituição contratada não tenha fins lucrativos, mas sim social, além da inquestionável exigência de sua reputação ético-profissional, caso contrário não estaria ela apta a contratar com a Administração Pública nem a cumprir os princípios que norteiam seus contratos.

Não obstante toda a cautela do legislador em exigir a lisura para todas as modalidades de dispensa de licitação, através das exigências que dita a lei licitatória, ainda é comum a prática de administradores ímprobos que se valem de “brechas” na Lei para fraudar licitações, e não nos referimos apenas à dispensa que consta no inciso XIII, mas também a outros dispositivos que flexibilizam a obrigatoriedade da licitação, facilitando a ação destes maus administradores que causam grandes prejuízos ao erário público.

No que se refere especialmente ao dispositivo ora em estudo, esta fraude comumente acontece com a contratação de uma entidade sem fins lucrativos, mas com a violação do vínculo de pertinência entre os seus objetivos legais e o objeto do contrato.

Em se tratando da contratação de um serviço, por exemplo, no caso de fraude, a natureza deste destoa totalmente dos objetivos institucionais, se caracterizando num mero favorecimento pessoal daquele que se valeu da contratação direta em detrimento de se cumprir o correto processo licitatório que caberia à espécie do serviço.

A realidade é que a ocorrência de fraude em licitações públicas, que se torna cada dia mais corriqueiro, é apenas mais uma constatação deste momento extremamente crítico e vexatório que vivemos, no que se refere à ética do administrador público.<sup>145</sup>

<sup>144</sup> Conforme entendimento do professor Marçal Justen Filho (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 315), “não é exigível a licitação quando a avença apresentar natureza de convênio, em que se conjugam esforços de diversas entidades administrativas para a satisfação de necessidades de interesse comum. Se diversos entes federativos resolvem atuar de modo conjunto para obter resultados comuns, não há obrigatoriedade de licitação, [...]”.

<sup>145</sup> Conforme recente notícia publicada no globo *on line* em 02/07/08, o Tribunal de Contas do Estado (TCE) do Rio entregou, nessa mesma data, ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE) uma lista com 553 nomes de gestores públicos com ficha suja. Diz a nota: “Com 63 páginas, a lista do TCE foi enviada ao procurador geral eleitoral, Rogério Nascimento, e aos responsáveis, no Ministério Público Estadual, pela coordenação dos promotores que atuam nas zonas eleitorais. Além de prefeitos e presidentes de câmaras municipais, constam nomes de tesoureiros, ordenadores de despesas públicas, diretores de escolas e hospitais, fiscais de obras, secretários estaduais e municipais e até sócios de empreitadas”.

Conforme já vinha sendo veiculado pela imprensa, antes mesmo da entrega desta lista pelo TCE do Rio ao TRE, grande parte das condenações destes gestores públicos tem origem em fraudes à licitação pública, corroborando esta constatação de que vivemos um momento crítico no que se refere à falta de ética de muitos dos administradores públicos, que vem violando flagrantemente os princípios mais elementares da Administração Pública, como os da impessoalidade e da moralidade.

([http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/07/02/tce\\_rio\\_tem\\_553\\_maus\\_gestores\\_ja\\_condenados\\_dos\\_quais\\_81\\_prefeitos\\_ex-prefeitos-547077509.asp](http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/07/02/tce_rio_tem_553_maus_gestores_ja_condenados_dos_quais_81_prefeitos_ex-prefeitos-547077509.asp))

Com isso, com o intuito de lesar os cofres públicos e de se beneficiar financeiramente, administradores se unem a grupos criminosos e se valem de dispositivos da lei que permitem a dispensa da licitação para casos específicos, e os usam para fins diversos, em que a licitação seria exigível.

Além dos prejuízos causados ao erário, tem-se ainda o fato de que os demais concorrentes à licitação, cujos propósitos são condizentes com a lei, são injustamente prejudicados pela violação dos princípios da competitividade e da igualdade de oportunidade.

#### 11.5.2. Análise do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993

Outra hipótese na Lei nº 8.666/1993 de dispensa de licitação a entidades sem fins lucrativos é a que se encontra no inciso XXIV do art. 24, que faz alusão às organizações sociais, in verbis:

*Art. 24. XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)*

A criação das organizações sociais encontra respaldo na Lei nº 9.637/1998, sendo este o diploma legal regulador da matéria, e se apresentam sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos, e cujas atividades encerram um interesse público.

A participação social nas atividades de uma organização social é fato relevante para a transparência de suas atividades e finanças, já que são controladas diretamente pelos próprios membros das comunidades nas quais atuam e que compõem o seu conselho.

Algumas destas espécies de sociedade são associações, fundações ou sociedades civis. Sua essencial característica da ausência de caráter econômico as remete à prática de atividades de cunho social, somando-se a isso a peculiaridade de que recebem recursos orçamentários provenientes do Estado, firmando com este um contrato de gestão.

Não obstante, a composição do orçamento destas entidades pode também ter origem em doações, financiamentos ou ainda pela remuneração proveniente da prestação de seus serviços.

Registre-se que o contrato de gestão é o instrumento por meio do qual serão consignados os acordos das metas de desempenho a serem cumpridas pela organização social, necessários à efetividade e qualidade dos serviços que serão prestados à sociedade.

O contrato de gestão encontra sua definição na Lei nº 9.637/1998, em seu art. 5º, que passamos a descrever:

*Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.*

Podemos então afirmar que o *contrato de gestão* é o instrumento legal por meio do qual se formaliza o vínculo jurídico que nasce entre a entidade e o Estado, e onde serão definidos os critérios que regem esta espécie de parceria, tais como os direitos e obrigações de cada pactuante.

A este propósito, de fato a doutrina tende a comparar este vínculo jurídico a um *regime de parceria*, e daí a explicação para isentá-lo do processo licitatório, pois que é flagrantemente incompatível exigir licitação em contratos com regime de parceria com o Estado.

Oportuna se faz a leitura do art. 1º da Lei nº 9.637/1998, onde se faz a exata definição das organizações sociais:

*Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.*

Interessante ressaltar que as organizações sociais se dedicam a atividades específicas, mediante suas respectivas qualificações. Para que esta se formalize, necessário que a entidade seja devidamente constituída, adquira a personalidade jurídica e somente após isto, busque junto ao órgão público competente a sua qualificação de organização social.

Outra observação que merece ser ressaltada é que estas entidades não integram a propriedade específica de um indivíduo ou um grupo, e que se destinam irrestritamente ao atendimento do interesse público. Em suma, conforme já dito, a sua constituição formaliza uma parceria entre Estado e Sociedade.

Insta ainda registrar que em razão de sua natureza jurídica de direito privado, não guardam nenhum vínculo de subordinação com o Estado, da mesma forma que não integram a organização estatal.

Por fim, importante também informar que os recursos financeiros provenientes do Estado e a competente habilitação para gerir os bens e equipamentos do Estado são liberados após a devida qualificação de organização social, que, conforme o caso, se dará mediante decreto.



### 11.5.3. Análise das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, criadas pela Lei nº 9.790/1999.

As Oscip's, criadas pela Lei ordinária nº 9.790/1999, constituem outra espécie de entidade sem fins lucrativos que se beneficiam da dispensa de licitação, tal qual as já citadas anteriormente, em razão da sua natureza jurídica de pessoa que se dedica a fins sociais, sem fins lucrativos.

Não obstante não estarem estas entidades abarcadas pelo Estatuto Licitatório, Lei nº 8.666/1993, em especial entre os incisos do art. 24, que elenca as excepcionalidades de dispensa de licitação, não há que se questionar quanto a esta dispensa, dadas as suas características de pessoa voltada a fins sociais e sem fins lucrativos.

Conforme exigência do art. 4º da Lei sob análise, e atendido o disposto do seu art. 3º,<sup>146</sup> as pessoas jurídicas que queiram se qualificar na categoria de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip's) devem ser regidas por estatutos cujas normas disponham expressamente sobre as condições elencadas nos incisos deste mesmo art. 4º, dentre eles a “observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência”, descritos em seu inciso I.

Importante registrar que de acordo com as finalidades dos objetivos sociais a que se refere o art. 3º, (subscritos em nota de rodapé), e os quais são exigidos, pelo menos um, para que as pessoas jurídicas de direito privado e sem fins lucrativos adquiram a qualificação de Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), o texto do inciso XI demonstra expressamente que este rol não é taxativo, senão vejamos:

Art. 3º [...]

[...]

*XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;*  
(grifamos o texto original).

Conclusivo que as pessoas jurídicas habilitadas que desejarem se qualificar como Oscip, e que demonstrem as finalidades de seus objetivos sociais que expressem outros valores universais, que não os elencados no inciso XI, estarão aptas a essa classificação.

Isto demonstra que o legislador ordinário não se ateve somente aos valores que hoje julgamos importantes e que predominam universalmente, mas deixou em aberto esta qualificação para novos valores universais, se coadunando com o dinamismo que deve reger as normas jurídicas, pelo fato de que tanto a sociedade quanto os seus valores sociais são submetidos a frequentes inovações, e que a legislação não deve engessar valores e taxar o rol dos que “hoje” são julgados universalmente louváveis.

Uma novidade introduzida na Lei das Oscip's, com a inclusão do parágrafo único do art. 4º, incluído pela Lei nº 10.539, de 2002, é a que estabelece a permissão da participação de servidores públicos em seu Conselho de Organização, conforme se lê:

Art. 4º

*Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título. (Incluído pela Lei nº 10.539, de 2002).*

<sup>146</sup> Reza o art. 3º da Lei nº 9790/1999 que: “A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I – promoção da assistência social;

II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V – promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII – promoção do voluntariado;

VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo;

Parágrafo único: [...]”.

Por fim, é de relevância informar que o instrumento através do qual será firmado o vínculo de cooperação entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Oscip, é o denominado Termo de Parceria, conforme preceitua o art. 9º e seguintes da Lei:

*Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.*

*Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.*

Há que se lembrar a condição que impõe o Estatuto Licitatório para que as organizações sociais façam jus à dispensa de licitação, e que é extensivo, por analogia, às Oscip's, que é a dispensa que se aplica aos contratos de prestação de serviço que tenham como partes integrantes a própria organização social e o ente público ao qual aquela se vincula, não contemplando, pois, eventuais contratos firmados com entes do Governo de esfera diversa.

## 12. Inexigibilidade de licitação

Como vimos nos primeiros parágrafos do item anterior, o procedimento de seleção é uma exigência constitucional que, entretanto, poderá não ser observado quando, de acordo com previsões legais, não for conveniente para a Administração ou, por outro lado, quando não for possível estabelecer uma competição.

Os casos de conveniência caracterizadores da dispensa de licitação já foram analisados anteriormente, restando, então, a análise das hipóteses de inexigibilidade, que serão comentadas a seguir.

Registre-se, de início, que a inexigibilidade de licitação se caracteriza quando, na prática, é impossível estabelecer uma competição entre possíveis interessados, por razões que serão adiante pormenorizadas. É diferente, pois, das hipóteses de dispensa, em que a competição é possível; porém, a juízo da Administração, inconveniente.

Como consequência dessa primeira distinção, diz a doutrina que as hipóteses de dispensa de licitação são enumeradas taxativamente pelo legislador, ao passo que o que pode a lei fazer com relação às hipóteses de inexigibilidade é indicar critérios para o seu reconhecimento,

sendo seu rol *numerus clausus*, ou seja, de caráter meramente exemplificativo, ditado normativamente, tendo em vista o *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, que dispõe: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]”.

Desse modo, quando o legislador fala em *especial*, significa que seria impossível prever todos os casos de inexigibilidade de licitação e, sendo assim, traçou em três incisos os paradigmas para servirem de base à determinação dos casos de inexigibilidade de licitação.

Temos, pois, que prestar atenção para os casos que a lei elencou, em vista que a inexigibilidade de licitação pode se dar em razão de: todos os bens pertencerem a uma só pessoa ou, com relação a produtos, de só existir um fornecedor exclusivo; a contratação for de natureza singular; e a contratação exigir profissional do setor artístico de consagrada notoriedade. Assim, por não haver critérios objetivos e aceitáveis para aferir tais casos e escolher a melhor proposta dentre aquelas que, porventura, fossem apresentadas, não é possível a realização de um certame licitatório por ser impossível fazer um julgamento objetivo ou, simplesmente, comparar propostas em razão daquelas previsões especiais.

Com base no que se afirmou, façamos uma análise de cada uma das hipóteses exemplificativas contempladas pelo legislador no art. 25 da Lei nº 8.666/1993 para, depois, verificarmos outros casos, já ocorridos, que não se enquadram nessas hipóteses e, portanto, são consideradas inexigíveis em razão do disposto, simplesmente, no *caput* do mencionado diploma legal.

O primeiro caso de inexigibilidade de licitação é prevista no inciso I do art. 25, que diz:

*Art. 25. [...]*

*I – para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido por órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes;*

É intuitivo que, havendo uma só pessoa que possa fornecer o produto ou serviço que a Administração pretende adquirir, estará caracterizada a impossibilidade de competição e, portanto, será inexigível a licitação. Ressalte-se que, mesmo que só haja um produtor, só estará caracterizada a inexigibilidade da licitação se também for único

o fornecedor. Havendo mais de um vendedor do produto de fabricação única, será exigível a licitação.<sup>147</sup>

Interessante é a questão, já anteriormente comentada, da vedação de exigência de marca contida no dispositivo legal em apreço. A norma proibitiva se impõe diante da inconveniência de utilizar exigências inúteis para se frustrar, com aparência de legitimidade, o princípio da licitação. Entretanto, tem-se um contraponto, que é aquele referente à recomendação de padronização de compras.

Assim, só se mostra violadora da norma em questão a exigência de marca quando não for para concretizar o princípio da padronização, posto que este é desejado e imposto pelo legislador em certos casos, como já tivemos a oportunidade de estudar. Nessa hipótese, justificada estará a restrição pela exigência de uma marca específica, a menos que haja mais de um fornecedor do produto.<sup>148</sup>

Para que se comprove a exclusividade do fornecedor, deverá a Administração, na dicção da lei, juntar aos autos do procedimento licitatório declaração de Juntas Comerciais, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, sindicatos e associações nesse sentido. Mas é possível que essa exclusividade, no caso da padronização especialmente, decorra de contrato entre o fabricante e o fornecedor, não existindo qualquer registro público desse ajuste. Nesse caso, como afirma o professor Marcos Juruena Villela Souto,<sup>149</sup> poderá a Administração juntar o instrumento do contrato que dispõe neste sentido.

É conveniente observarmos, porém, que a doutrina admite a preferência de marca em três hipóteses. A primeira é justamente a necessidade de padronização. Nós vimos que o art. 15, I, da Lei nº 8.666/1993 fala que as compras deverão observar a necessidade de padronização. Então, podemos ter uma licitação inexigível se aquele fornecedor for o único que venda aquela marca, pela necessidade de padronização. Isso é muito comum se dar quando é comprado, por meio de licitação um número significativo de veículos de uma determinada marca para a Polícia Militar, por exemplo, e, por conta disto, um milhão de peças para reposição. Porém, com a deteriorização dos automóveis, outros novos tiveram

que ser comprados e, aí, nesse caso, a padronização da frota é viável para que se tenha uma frota igual.

Essa, então, é segunda hipótese admitida pela doutrina: a preferência de marca, que pode conduzir a uma inexigibilidade de licitação. Seria a continuidade do uso da marca anterior, quando tal for necessário. Suponhamos que tenha sido construído, por meio de licitação, um tremendo prédio para a instalação de uma repartição pública qualquer e, neste prédio, foram utilizados tubos e conexões Tigre. Com o tempo, estes se desgastaram e novos tiveram que ser comprados. Ora, se a marca for alterada, provavelmente ocorrerão incompatibilidades. Portanto, para que não se tenha que comprar todos os tubos novamente, e para que se respeite o imperativo da economicidade, é necessário que seja dada preferência na licitação àquela marca.

Outro exemplo que se pode dar é o da compra de tinta para a pintura da fachada de um prédio público, cuja cor é um amarelo específico, fabricada por uma determinada marca. Com o tempo, essa tinta vai se desgastar e para que seja feito o retoque de forma idêntica ao da pintura original a mesma marca de tinta deverá ser comprada. Mais um exemplo é quando se compram duas mil impressoras da marca tal e obviamente deverão ser comprados cartuchos que lhes sejam compatíveis, gerando uma hipótese de inexigibilidade de licitação.

A terceira hipótese de preferência de marca, e, esta sim, é a que se abre para o maior número de fraudes, é a nova marca mais conveniente. Isso é muito comum ocorrer com *softwares*, quando surgem equipamentos mais adequados e tecnologicamente avançados. Se houver um só representante da marca de *software* que se deseja adquirir no País, isso pode gerar uma inexigibilidade de licitação.

Aqui fazemos uma observação referente a “fornecedor exclusivo”. A exclusividade é aferida tendo em vista a praça da licitação. O conceito de praça varia conforme a modalidade de licitação. Na modalidade convite, *praça* é o local da futura contratação. A doutrina costuma afirmar, então, que esse conceito de exclusividade é relativo, ele varia de acordo com a modalidade de licitação.<sup>150</sup>

<sup>147</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 164.

<sup>148</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, *op. cit.*, p. 282.

<sup>149</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 165.

<sup>150</sup> Segundo o mestre Hely Lopes Meirelles (*Direito...*, *op. cit.*, p. 274), “há que distinguir, todavia, a exclusividade *industrial* da exclusividade *comercial*. Aquela é a do produtor privativo no País; esta é a dos vendedores e representantes na praça. Quando se trata de *produtor* não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de *vendedor* ou *representante comercial* já ocorre a possibilidade de existirem vários no País e, neste caso, considera-se a *exclusividade na praça de comércio* que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor”.

Suponhamos que o Município de Bom José da Boa Curva deseje comprar papel higiênico para as suas repartições, e no Município só existe um fornecedor desse material. Seria caso de inexigibilidade? Nesse caso sim, porque só existe um fornecedor desse material naquela localidade; ele é *exclusivo*. Agora, pode acontecer, por exemplo, que se queira fazer, mediante convite, uma licitação para contratar a compra desse material para as procuradorias do Estado do Rio de Janeiro e suas seccionais. Nesse caso, o conceito de exclusividade deverá ser aferido tendo em vista todo o território do Rio de Janeiro para a futura contratação. Já na modalidade de tomada de preços, a exclusividade é aferida tendo em vista o registro cadastral dos licitantes. Se no cadastro apenas houver um fornecedor do produto ou serviço, é caso de inexigibilidade de licitação. Na modalidade da concorrência, o conceito de exclusividade compreende todo o Território Nacional, cabendo ressaltar que apenas será caso de inexigibilidade na modalidade de concorrência se houver apenas um fornecedor em todo o Território Nacional.

A inexigibilidade de licitação também pode ocorrer segundo a previsão do art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, ou seja, quando a contratação se dirige àqueles serviços técnicos de natureza singular, enumerados no art. 13 da Lei, “com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”, cujo conceito de serviço técnico especializado já analisamos no item 6.3 desse capítulo, não havendo razão, portanto, para que se retorne ao tema, a não ser que o leitor não tenha dominado o assunto.

Dito lá também ficou que os serviços técnicos especializados podem ser contratados diretamente, com inexigibilidade de licitação, bastando que o contratado tenha notória especialização e o seu serviço seja singular.<sup>151</sup>

A notoriedade da especialização ficará caracterizada quando o contratado já tiver experiência na área, publicações a respeito do tema, enfim, atuações que demonstrem inequivocamente sua capacidade para desempenhar com sucesso a tarefa, e da melhor maneira possível. Por outro lado, a singularidade se caracterizará pelo destaque que o contratado tiver dentre os seus companheiros de profissão, mas cabendo observar que *singular não é o profissional, e sim o serviço*, que requer um profissional de notória especialização.<sup>152</sup>

Simples é entender o que são serviços de *natureza singular* se imaginarmos, por exemplo, a feitura do Aterro do Flamengo, cujo parque exigiu do órgão responsável pela obra não um serviço de rotina de jardineiros, que têm por hábito apenas manter praças e jardins, embora tal órgão os possuísse em seu quadro, mas sim de profissionais especializados para fazer um parque com aquela amplitude, daí ter sido Burle Max contratado para esse serviço singular.

Agora, se o serviço não é de natureza singular, não se pode contratar diretamente com o profissional, com base na inexigibilidade, porque o serviço não pede. Então, se um Município quer fazer um jardim numa área que restou de uma construção, é lógico que esse serviço não é singular, sendo exigível a licitação.

<sup>151</sup> “Licitação – Prestação de Serviço de Advocacia – Inexigibilidade. É inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos de natureza singular, prestados por profissionais de notória especialização. Serviços singulares são aqueles que apresentam características tais que inviabilizam, ou pelo menos dificultam a sua comparação com outros; notória especialização tem o profissional que, sem ser o único, destaca-se entre os demais da mesma área de atuação. Preenche tais requisitos a prestação de serviços de advocacia junto aos Tribunais Superiores prestados por profissionais de notório saber jurídico e larga experiência na área do Direito Público, na defesa de causa de grande valor patrimonial para a Administração Municipal. Não se pode perder de vista, por outro lado, que o mandato é contrato *intuitu personae* onde o elemento confiança é essencial, que o torna incompatível com a licitação” (TJ-RJ – ApCív. nº 6648/2006; Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, *apud* Adcoas nº 8154950).

<sup>152</sup> A respeito do art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, convém transcrever parte do voto proferido pelo ministro Carlos Átila Álvares da Silva, que diz: “Note-se que o adjetivo ‘singular’ não significa necessariamente ‘único’. O dicionário registra inúmeras acepções, tais como: invulgar, especial, raro, extraordinário, diferente, distinto, notável. A meu ver, quando a lei fala de serviço singular, não se refere a ‘único’, e sim a ‘invulgar, especial, notável’. Escudo essa dedução lembrando que na Lei não existem disposições inúteis. Se ‘singular’ significasse ‘único’, seria o mesmo que ‘exclusivo’, e, portanto, o dispositivo seria inútil, pois estaria redundando o inciso I imediatamente anterior”. Portanto, no meu entender, para fins de caracterizar a inviabilidade de competição e consequentemente a inexigibilidade de licitação, a notória especialização se manifesta mediante o pronunciamento do administrador sobre a adequação e suficiência da capacidade da empresa para atender ao seu caso concreto. Logo, num determinado setor de atividade, pode haver mais de uma empresa com ampla experiência na prestação de um serviço singular, e pode não obstante ocorrer que, em circunstâncias dadas, somente uma dentre elas tenha ‘notória especialização’: será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretender celebrar. Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendendo assim a tese de que se deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga” (Processo nº TC-010.578-06-1.).

Outro exemplo nos é ofertado pelo professor Marcos Juruena Villela Souto, ao tratar da situação com a contratação, pelo Estado do Rio de Janeiro, dos serviços do arquiteto Oscar Niemeyer para projetar os CIEPs, dado que, além de notória especialização comprovada pela larga experiência que tem na construção de grandes monumentos da arquitetura nacional, a qualidade de seu trabalho é diferenciada, estando dentre as melhores e mais consagradas do Brasil.<sup>153</sup>

Nesse caso, não há a possibilidade de promover uma licitação pelo fato de que, sendo de exigir a contratação de um profissional com todas as qualificações de Oscar Niemeyer, deve-se reconhecer que o mesmo não se sujeitará a participar de certames licitatórios e arriscar perder a competição, manchando seu nome no mercado. Já que esses profissionais de alto gabarito não se submetem a concursos e, por outro lado, não se pode prescindir de seu nível de atuação, fica inviabilizada a licitação, podendo ser efetuada a contratação direta na forma do art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993.

É de ver, ainda, que o julgamento desse tipo de competição não teria como ser objetivo, até pelo fato de que não se estaria julgando uma proposta mais vantajosa, de modo que se emprega a objetividade exigida pela Lei, mas a qualidade pessoal do competidor, o que necessariamente se faria de acordo com critérios subjetivos, não admitidos pelo legislador.

Por tudo isso, demonstra-se, inequivocamente, que não é viável promover uma competição nesses casos, razão pela qual o legislador as cita como hipóteses de inexigibilidade.

Ademais, o legislador fez questão de excluir da possibilidade de afastamento da licitação, com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, os serviços de publicidade e divulgação, isso em razão dos abusos que eram cometidos no passado. Mas, ainda assim, como bem ressaltou o professor Marçal Justen Filho, é criticável a solução legal, em razão da impossibilidade de selecionar o melhor competidor, visto que não há como recorrer a critérios objetivos. Pior do que promover a contratação direta em nome do princípio da impessoalidade, é licitar sem a possibilidade de estabelecer critérios objetivos de julgamento, já que, nesse contexto, gasta-se dinheiro com o certame e a sua finalidade não é atingida.

Questão que tem dado azo a várias discussões é a relativa à contratação de serviços de advocacia, com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Seria essa hipótese viável de ocorrer?

Grande parte da doutrina tem se colocado contra isso, especialmente quando o ente contratante tem um corpo de procuradores selecionados em um rigoroso concurso público, que atesta a qualidade dos mesmos. Mas, mesmo na hipótese de não haver uma Procuradoria na entidade contratante, fica difícil vislumbrar, na maioria dos casos, a impossibilidade de promover uma competição entre os profissionais do Direito.

Quem poderia negar que o ajuizamento de uma execução fiscal, por exemplo, é serviço de notória simplicidade e, portanto, não se pode enquadrar na hipótese do dispositivo legal em apreço? Mais ainda seria a contratação, por um município do Estado do Rio de Janeiro, de um escritório de advocacia para fazer o simples acompanhamento processual dos casos que tramitam em Brasília. Qualquer profissional de mediana qualidade poderia desempenhar essa função, sendo de se admitir, nesses casos, a realização de uma licitação.

Diferente seria, contudo, a contratação de um parecer sobre um caso complicado e inusitado, cuja solução está no desenvolvimento de uma doutrina dominada de forma indelével por um determinado jurista. Nesse caso, de excepcional complexidade, exigir-se-á a contratação de um profissional especializado, de notório reconhecimento e cujos serviços são destacados por sua enorme qualidade técnica e grande aceitação nos Tribunais do País. Não há dispensa nesse caso; o que há é a inexigibilidade da licitação.

A última hipótese de inexigibilidade elencada pelo legislador trata-se da “contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”, prevista no art. 25, III, da Lei nº 8.666/1993.

Isso porque nada mais difícil do que avaliar um expoente do setor artístico. O que é a boa música, em especial num País de tanta diversidade e mistura cultural como o nosso? E o teatro? Melhores são as peças clássicas ou, por outro lado, as mais populares? E dentre as clássicas ou populares, qual deve ser contratada?

Definitivamente, não há critérios que possam ser objetivamente fixados para se dizer qual o melhor artista, de modo que se viabilize a realização de uma licitação, razão pela qual a lei reconheceu, para a contratação desse gênero de serviços, a inexigibilidade do certame. Entretanto, há condições legais para que se efetive a contratação direta.

<sup>153</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 167.

Em primeiro lugar, deve haver um único empresário do artista. Se o artista tem, por exemplo, três empresários, que ganham comissão pelos seus serviços, seria viável o estabelecimento de uma competição entre os mesmos, a fim de se obter a melhor proposta com relação ao preço. Mas se, diferentemente, o artista só tem um empresário, inviabiliza-se a competição. Nesse caso, a contratação se faz com inexigibilidade de licitação.

Outro ponto exigido pelo legislador é o referente à consagração do artista junto à crítica especializada ou ao público. Vale uma coisa ou outra. Não raro o artista estar muito bem cotado perante o seu público alvo e, dada a péssima qualidade de seu trabalho, a crítica especializada o detona nas publicações do gênero. Isso não é difícil de imaginar, mormente em tempos de baixíssima qualidade e sensibilidade artística.

O importante é que, numa hipótese ou noutra, será viabilizada a contratação direta. Esta ficará vedada quando, apesar da inequívoca qualidade artística de um determinado sujeito, ninguém o reconhecer, por ainda não ter chegado à mídia ou, de alguma outra forma, ao conhecimento do público ou da crítica.

Aliás, a título ilustrativo, o inciso III do art. 25 ficou famoso depois do incidente entre artista Paulinho da Viola e o prefeito César Maia, depois da festa de réveillon, promovida pela Prefeitura, nas areias de Copacabana. O fato veio à tona porque o artista contratado declarou à imprensa que seu cachê teria sido muito aquém do que ele deveria receber. Só que o chefe do Executivo, com respaldo na lei, contrata diretamente quem ele achar conveniente, desde que seja o artista consagrado pela crítica especializada. O valor recebido pelo cantor e compositor, nesse caso, é uma outra história, mesmo porque ele aceitou a contratação naqueles termos. O que chamou a atenção foi o fato de o prefeito ter contratado, para a mesma festa, sem licitação, uma empresa de *shows*, quando havia a possibilidade de competição. E isso sim é que é ilegal.

Após verificadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993, chamamos a atenção, mais uma vez, que é muito comum deparar-se em concurso, de provas de múltipla escolha, com a seguinte questão: de todas as hipóteses, quais aquelas que não constituem inexigibilidade de licitação, questão para a qual há muitas alternativas de respostas.

No entanto, para assinalar a resposta correta, melhor que decorar todos os incisos que a Lei nº 8.666/1993 dispõe, basta entender a diferença entre os dois institutos – dispensa e inexigibilidade. Assim, a doutrina

costuma afirmar que toda a licitação tem um pressuposto lógico, sendo de se imaginar, então, que não se faria licitação para adquirir o único bem do mercado, como a espada de D. Pedro I, por exemplo, embora existirem outras espadas à venda no mercado. Porém, pela natureza histórica intrínseca àquela espada, ela é única, é um objeto singular, como diz a doutrina. Então, para que fazer a licitação? Não tem como.

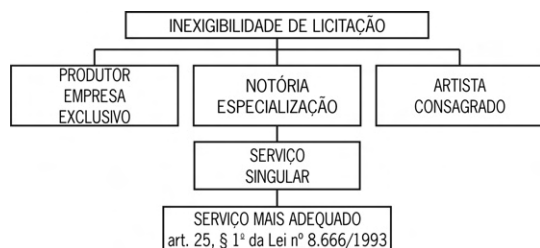
Outro caso é quando determinados bens pertençam a uma só pessoa ou a um único fornecedor. Nesses casos, também não há como fazer a licitação porque só uma pessoa possui ou fabrica e vende aquele bem. O que pode ocorrer é que essa pessoa fabrique e tenha vendedores comerciais que tenham um preço melhor e, aí sim, pode-se fazer a competição. Ou seja, onde for possível a competição é possível a licitação.

Nessas hipóteses que aqui observamos, onde todos os bens pertençam a uma pessoa ou este bem seja o único no mercado, a hipótese é de integridade da competição. Não tem por que fazer licitação nesses casos. Como só vamos dispensar aquilo que é possível, aquilo que é impossível não se dispensa, ou seja, a licitação simplesmente não se realiza. Estas hipóteses que falamos são de inexigibilidade de licitação. A dispensa ocorre nas hipóteses em que o legislador, por motivos relevantes, optou por uma faculdade do administrador. Ele realiza ou não a licitação.

Resumindo: toda licitação tem um pressuposto lógico, sendo este uma pluralidade de ofertantes e de bens, caso contrário haverá objeto singular ou fornecedor exclusivo, não havendo possibilidade de competição. Como só se dispensa o que pode acontecer, tais hipóteses correspondem a de inexigibilidade de licitação.

Tecnicamente, seria esta a diferença entre a inexigibilidade e a dispensa. Na inexigibilidade não existe possibilidade de competição, ou por todos os bens pertencerem a um indivíduo ou por haver um único bem no mercado, caso em que a licitação seria inviável.

De importância também é guardar que a dispensa e a inexigibilidade só liberam da licitação porque a contratação passa a ser direta. No entanto, não liberam da verificação de documentação pela Administração, ou seja, se a empresa está quite com as suas obrigações, se tem balanço econômico suficiente para realizar a atividade, se está em dia com o INSS, com o FGTS, e isto não pode deixar de ser cobrado. A dispensa e a inexigibilidade só liberam da competição. Então, mesmo que a Administração contrate diretamente uma empresa, esta terá que comprovar os requisitos da habilitação, sob pena de não poder contratar com o Poder Público.

**Esquema:****13. Formalidades para a contratação direta**

Embora a regra geral seja a de que os contratos administrativos devam ser precedidos de licitação, em algumas hipóteses, como vimos, a Lei nº 8.666/1993 cuida de alinhar sua desnecessidade. Assim, nem todo contrato administrativo é precedido de licitação e, quando isto ocorre, fala-se em *contratação direta*, que decorrem das situações já verificadas.

Dessa forma, mesmo que esteja a Administração Pública autorizada por lei a contratar diretamente sem a realização de licitação, quer por dispensa quer por inexigibilidade, é de se ver que sua atuação administrativa deverá estar sempre pautada, e vinculada, portanto, no sentido de realizar o interesse público. Por isso, sempre que estiver configurada a situação de dispensabilidade ou inexigibilidade, da Administração são exigidos alguns requisitos antes de formalizar o contrato sem licitação.

Em primeiro lugar, deverá a Administração abrir um processo administrativo a fim de evidenciar as razões que deram ensejo a essa opção, a razão da escolha desse ou daquele contratado, a compatibilidade do preço ajustado com as condições do mercado e, no caso de dispensa fundada no art. 24, XXI, da Lei nº 8.666/1993, a aprovação do projeto de pesquisa pela entidade competente.

Desse modo, ainda que se trate de contratação direta, esse é o entendimento do professor Marçal Justen Filho:

[...] os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. “Ausência de licitação” não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo o princípio da licitação.<sup>154</sup>

E, mais adiante, arremata o supracitado professor, dizendo:

A Administração deverá definir o objeto a ser contratado e as condições contratuais a serem observadas. A maior diferença residirá em que os atos internos conduzirão à contratação direta, em vez de propiciar prévia licitação. Na etapa externa, a Administração deverá formalizar a contratação.<sup>155</sup>

Depois disso, o processo será remetido à autoridade superior (ou a outra que tenha recebido delegação para tanto) no prazo de três dias. Essa autoridade avaliará a documentação e, concordando com as razões expostas, ratificará e fará publicar na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, um aviso da medida tomada.

Essas providências se destinam a inibir, pela publicidade, a atuação inescrupulosa de certos agentes públicos que, em detrimento da Administração, formulam contratos administrativos com particulares para auferirem vantagem pessoal. Não obstante caracterizada a indevida atuação da Administração, responderá o agente responsável pelos danos suportados pelo Estado, além das demais sanções aplicáveis, tanto na esfera administrativa quanto na penal (art. 25, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

**14. Desenvolvimento do procedimento licitatório**

Como já mencionamos outrora, como procedimento administrativo, a licitação consiste em uma série de atividades e a prática de um conjunto ordenado de atos tendentes a alcançar um único resultado: escolher a melhor proposta para um contrato de interesse da Administração, dando a oportunidade a todos os interessados que preencham os requisitos estabelecidos na lei e no instrumento convocatório.

Sendo assim, o procedimento licitatório se inicia sempre com a constatação de que há necessidade da Administração contratar para a aquisição de bens, serviços ou obras ou, ainda, vender seus bens. Enfim, inicia-se pela identificação da necessidade de celebrar um contrato. É neste momento que se define o objeto do contrato que se pretende celebrar.

Para tanto, as atividades são praticadas pela Administração, como dissemos, de maneira ordenada, cujo procedimento possui uma sequência de atos a serem observados e que a doutrina costuma agrupá-los, tradicionalmente, em duas grandes fases – interna e externa –, que passamos a conferir, em seguida.

<sup>154</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, op. cit., p. 295-96.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 297.

### 14.1. Fase interna

O primeiro passo é a formulação da necessidade de contratar num documento escrito pelo setor interessado, a fim de que seja encaminhado à autoridade competente para autorizar a instauração do procedimento licitatório. Nesse processo, o objeto já deverá estar adequadamente definido, tanto com relação a prazos, a quantidades, a qualidade do bem, serviço ou obra e tudo o mais que deva constar do edital que futuramente será publicado.

A requisição do bem, serviço ou obra deverá ser acompanhada de uma estimativa de preços, que será composta com base em pesquisa mercadológica. Além de ser importante para verificar as condições orçamentárias para fazer frente às despesas decorrentes, importa para definir, por exemplo, a modalidade de licitação a ser adotada pela Administração se for o caso de definição, levando-se em conta o valor do contrato.

Marcos Juruena Villela Souto ressalta a conveniência de se ter a atividade de aquisição de bens, serviços e obras concentrada em um determinado setor, para que se mantenha um controle das necessidades da instituição e, conseqüentemente, possa-se administrar com mais eficiência essas demandas.<sup>156</sup>

Passada essa fase, deve-se verificar se é caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, caso em que se adota o procedimento estabelecido pelo art. 26 da Lei nº 8.666/1993, tal qual mencionado no item 11 desse trabalho. Não sendo o caso, parte-se para a aprovação prévia da licitação.<sup>157</sup>

Hoje em dia, contudo, o art. 16, II, da Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, exige que haja uma expressa declaração do ordenador de despesas no sentido de que a realização das despesas tenha adequação orçamentária. Assim, essa questão não mais está implícita na aprovação da licitação.

O passo seguinte é a elaboração da minuta do edital ou carta-convite, sendo que o primeiro, como brilhantemente denominou o saudoso mestre administrativista Hely Lopes Meirelles de *lei interna da licitação*, até a sua vinculação ao procedimento licitatório, deverá conter todos os elementos mencionados no art. 40 da Lei nº 8.666/1993. É o edital um ato normativo em que a

Administração divulga as regras que deverão ser aplicadas em determinado procedimento de licitação. Quanto à carta-convite, embora a lei nada tenha especificado, é de bom-tom que, apesar de mais simples, este contenha as informações que regerão o certame, seja sobre o procedimento em si, seja sobre o contrato que se pretende celebrar ao final.

Depois de elaborado o instrumento convocatório, este deverá ser submetido à apreciação da respectiva assessoria jurídica do órgão público competente, que dará parecer sobre a sua adequação com o Direito (art. 38, parágrafo único, Lei nº 8.666/1993),<sup>158</sup> quando, então, nesse ponto, algumas informações devem ser registradas.

Cabe aqui frisar que a assessoria jurídica de que trata o dispositivo anteriormente referido não é a procuradoria do Estado ou do Município, e sim da Administração Pública. Isto se justifica, posto que alguns assessores jurídicos, geralmente nomeados para ocupar cargo em comissão, não têm o conhecimento técnico para tal tarefa (só no âmbito federal é que são servidores de carreira). Assim, atualmente, o assessor jurídico do órgão público tem que analisar e aprovar o edital, passando a ser responsável pela execução do mesmo, ficando solidário com aqueles que assinam o edital. No caso de o assessor jurídico não ter o conhecimento necessário para dar um parecer, aí, sim, ele manda para a Procuradoria do Estado, solicitando-o.

Sendo assim, o profissional da Advocacia Pública atua com independência nos procedimentos licitatórios, opinando sobre tudo o que lhe for submetido da forma que lhe pareça mais correta, podendo sugerir a alteração deste ou daquele item do edital, apontando-lhe o defeito ou a inconveniência. Enfim, tudo o que lhe pareça recomendável. Não obstante é de reconhecer que, no âmbito de algumas Administrações, há pressões fortes para que saia da Procuradoria um pronunciamento neste ou naquele sentido. Essas pressões não devem ser levadas em consideração, devendo o profissional atuar com destemor, preservando, assim, a sua respeitabilidade.

Por outro lado, há casos em que a Administração, por seguir a orientação do órgão jurídico, acaba sofrendo represálias do órgão de controle externo e este, por

<sup>156</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 77.

<sup>157</sup> Como ensina o professor Marcos Juruena Villela Souto: "A aprovação da licitação implica, automaticamente, no reconhecimento da: necessidade do objeto, em termos qualitativos, quantitativos e na oportunidade para a sua aquisição; adequada descrição do objeto do contrato a ser submetido à licitação; existência de previsão orçamentária e de recursos disponíveis para a aquisição." *Ibidem*, p. 80.

<sup>158</sup> Diz o parágrafo único do art. 38, com redação dada pela Lei nº 8.883/1994: "As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração".



sua vez, pretende impor ao profissional sanções por ter dado interpretação diversa da adotada no âmbito dos Tribunais de Contas.

Essa situação trazia uma insegurança muito grande aos profissionais da Advocacia Pública, que sempre estavam temendo punições em razão dessas desarmonias hermenêuticas. Entretanto, vale transcrever o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que deu uma grande tranquilidade aos advogados públicos nos seguintes termos:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por RUI BERFORD DIAS E OUTROS, contra ato do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, que determinou a inclusão dos impetrantes como responsáveis solidários pelas ocorrências apuradas na Inspeção TC 001.318/2004-4, cujo objeto é o exame de contrato de consultoria firmado, de forma direta, pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. Inicialmente, dizem os impetrantes que o Tribunal de Contas da União, por meio de sua Primeira Secretaria de Controle Externo, realizou inspeção na Petrobras para investigar possíveis irregularidades na contratação direta da empresa de consultoria internacional Arthur D. Little – ADL. Nesse contexto, ressaltam que a inspeção realizada pelo TCU teve como sucedâneo a impugnação da decisão dos administradores que realizaram o referido contrato e a responsabilização solidária dos impetrantes pela emissão de parecer jurídico favorável à dispensa e inexigibilidade de licitação no âmbito da contratação da empresa consultora. Sustentam, mais, em síntese, o seguinte: a) ausência de competência do Tribunal de Contas da União para julgar os atos dos impetrantes, dado que estes “não exercem qualquer função de diretoria ou execução administrativa, não ordenam despesas e não utilizam, gerenciam, arrecadam, guardam ou administram bens, dinheiros ou valores públicos. Não têm, assim, sequer o potencial de causar perdas, extravios ou outros prejuízos ao Erário no desempenho de suas atividades profissionais” (fl. 07); b) impossibilidade de responsabilização dos impetrantes por atos praticados no regular exercício de sua profissão, mormente porque, nos termos do Estatuto da Advocacia, a relação de emprego não retira do advogado a isenção técnica, nem reduz a sua independência profissional. Ademais, aduzem que, no caso, restringiram-se a verificar a presença dos pressupostos de contratação direta, tendo por base as informações prestadas pelos órgãos competentes e especializados. Pedem, ao final, seja “concedida a ordem para determinar ao Tribunal de Contas da União que exclua definitivamente os impetrantes do rol de responsáveis do processo administrativo em exame” (fl. 12). Em 12/09/2001, deferi a liminar (fls. 149/149v). Solicitadas informações (fl. 149), o Presidente do Tribunal de Contas da União as prestou (fls. 156/282), sustentando, em síntese, a inocorrência do direito líquido e certo dos impetrantes, mormente porque “a emissão de pareceres jurídicos

situa-se na esfera da responsabilidade administrativa do ocupante, no caso, de emprego público e possui implicação na apreciação da regularidade dos atos de gestão de que resulte despesa, quanto à sua legalidade, legitimidade e economicidade”. Nesse contexto, diz que “os atos praticados pelos administradores foram respaldados nos pareceres jurídicos por eles emitidos, pareceres estes que justificam a própria razão de sua existência e constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões adotadas pelos ordenadores de despesa” (fl. 162). O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Flávio Giron, em parecer aprovado pelo eminente Procurador-Geral da República, Professor Geraldo Brindeiro, opina pela concessão da segurança (fls. 286/292). Autos conclusos em 05/09/2002. É o relatório. Voto: O Tribunal de Contas da União, realizando inspeção na Petrobras, discordou das manifestações jurídicas dos impetrantes, que são advogados daquela empresa, pelo que pretende responsabilizá-los pessoalmente, ao lado dos administradores, pela contratação direta de determinada empresa de consultoria internacional. Assim, os fatos, como descritos na inicial: “(...) 6. O Tribunal de Contas da União, por sua Primeira Secretaria de Controle Externo (Secex), realizou inspeção (Inspeção TC nº 001.318/2001-4) na Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Como expressamente consignado no relatório produzido, seu objeto era a verificação de ‘possíveis irregularidades na contratação da empresa de consultoria internacional Arthur D. Little (ADL), conforme matéria veiculada no Jornal do Brasil, de 29/01/200’. Na referida inspeção foram os impetrantes apontados como corresponsáveis pela contratação questionada (doc. nº 02 – Relatório da Inspeção, especialmente p. 1, 4, 8 e 9), havendo sido o relatório referido aprovado pelo Ministro Relator no último dia 6 de julho de 2001 (doc. nº 02, última página). 7. Os impetrantes integram ou integraram os quadros da Petrobras exclusivamente na qualidade de advogados, ocupando cargos diferenciados dentro do Serviço Jurídico da empresa (Sejur). Sua participação em todos os fatos e circunstâncias investigados pelo TCU resume-se a pareceres jurídicos elaborados mediante consulta de diversos setores administrativos da empresa e baseados nas informações técnicas por eles fornecidas, opinando pela inexigibilidade de licitação para a celebração dos contratos ora examinados pelo TCU (...)” (fls. 4/5). Sustentam os impetrantes que o TCU não tem competência para apurar suas responsabilidades no exercício regular da atividade profissional com base no art. 70, parágrafo único, e art. 71, II, da Constituição Federal, e art. 5º, da Lei nº 8.443 (Lei Orgânica do TCU), dispositivos que estabelecem a competência da Corte de Contas. O TCU, alegam, é um Tribunal administrativo, órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo das contas públicas da União e das entidades da administração indireta. A ele compete a fiscalização das contas dos administradores públicos que ordenam despesas e utilizam, gerenciam, arrecadam, guardam ou administram bens, dinheiros ou valores públicos; e dos que possam causar perdas, extravios ou ou-

tros prejuízos ao Erário. Os impetrantes não são administradores públicos, acrescentam, não ordenam despesas públicas e as suas atribuições, no fato impugnado pelo TCU, limitaram-se à elaboração de parecer técnico-jurídico, pelo que é incabível o controle externo do TCU sobre essa atividade técnico-jurídica dos impetrantes. Seguem-se as razões do órgão impetrado, o TCU, assim resumidas no parecer da Procuradoria-Geral da República: “(...) O Tribunal de Contas da União, por seu turno, declara que ‘não está questionando a interpretação dada a dispositivo da Lei nº 8.666/1993 pelos advogados emitentes de pareceres jurídicos na Petrobras, mas sim a conduta dos pareceristas em não averiguar com o devido rigor nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e jurisprudência pertinentes, a observância de requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações e Contratos para a configuração, por exemplo, da inexigibilidade de licitação’ (fls. 175). A Corte de Contas Federal reconhece que o autor de parecer jurídico não desempenha função de diretoria ou execução administrativa, todavia, isto não significa a exclusão do parecerista da lista de agentes sob sua fiscalização nem que o ato de emitir parecer se situe fora do julgamento de contas dos gestores públicos. O Tribunal de Contas da União, no que concerne à emissão de pareceres jurídicos, sustenta em suas razões, a responsabilidade dos autores do parecer quando este se presta à fundamentação do ato do administrador que ordenou a despesa e em seus julgados, tem decidido no mesmo sentido, quanto à responsabilização de gestores por atos que estejam respaldados em pareceres jurídicos. (...)” (fl. 289). A questão a ser dirimida, portanto, é esta: poderia o TCU responsabilizar, solidariamente com o administrador, o advogado que, chamado a opinar, emitiu parecer técnico-jurídico sobre a questão a ser decidida, no caso, pela contratação direta pela estatal, de determinada empresa de consultoria internacional. Examinemos a questão. O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei. Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou: “Pareceres – Pareceres administrativo são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.” (Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª ed., Malheiros, p. 185). Celso Antônio Bandeira de Mello não obstante classificar os pareceres como atos administrativos de administração consultiva, deixa expresso, entretanto, que visam eles “a informar, elucidar, sugerir providências administra-

tivas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa” (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 13ª ed., 2001, p. 377). É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão “informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”. Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto. Este é o primeiro fundamento que me leva a deferir a segurança. Fundamento de maior relevância, entretanto, conducente à concessão do *writ*, é este: o advogado, segundo a Constituição Federal, “é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Na linha dessa disposição constitucional, dispõe o Estatuto do Advogado, Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º: “Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça. § 3º. “No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”. O art. 7º proclama os direitos dos advogados, incisos I a XX, prerrogativas e direitos assegurados ao advogado-empregado. Certo é, bem esclarece a inicial, “que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados como, de regra, quaisquer profissionais serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa, nos termos gerais do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei nº 8.906/1994, cuja dicção é a seguinte: “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Todavia, acrescenta a inicial, com propriedade, que, “de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Divergência doutrinária ou discordância de interpretação, por evidente, não se enquadram nessa hipótese”. Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. Está nas informações: “(...) 27/02/1919. Assim, considerando as análises realizadas pela equipe de inspeção da Secex-1, é possível constatar que não se está questionando a interpretação dada a dispositivo da Lei nº 8.666/1993 pelos advogados emitentes dos pareceres jurídicos na Petrobrás, mas sim a conduta dos pareceristas em não averiguar com o devido rigor nas situações concre-

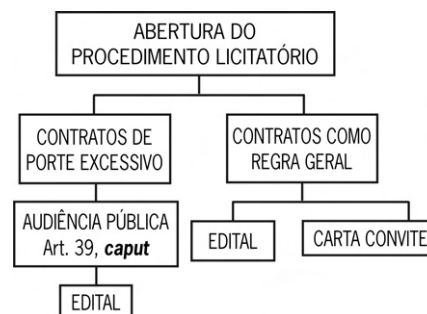
tas, inclusive com base na doutrina e na jurisprudência pertinentes, a observância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações e Contratos para a configuração, por exemplo, da inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, conforme asseverado pela equipe técnica da Secex-1 no subitem 9.2.3.1, alínea b, do Relatório de Inspeção, ‘sendo inviável a competição, para embasar a contratação no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e no item 2.3 do Decreto nº 2.745/1998, é preciso averiguar o preenchimento dos atributos a seguir: b.1) referentes ao objeto do contrato: – que se trate de serviço técnico; – que o serviço esteja elencado no art. 13, da Lei nº 8.666/1993; – que o serviço apresente determinada singularidade; – que o serviço não seja de publicidade ou divulgação. b. 2) concernentes ao contratado: – que a especialização seja notória; – que a notória especialização esteja intimamente relacionada com a singularidade pretendida pela Administração (...)’ (fl. 175). Forçoso é concluir que o cerne da questão está, na verdade, na discordância de interpretação. O órgão apontado coator deixa expresso que os pareceristas não averiguaram “com o devido rigor nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e na jurisprudência pertinentes, a observância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações e Contratos...”. E no que diz respeito a não terem os pareceristas averiguado com rigor, a situação concreta, deu-lhe boa resposta a inicial da lavra do Professor Luís Roberto Barroso: “(...) 24. O primeiro argumento, com a vênua devida, beira o absurdo. Se a empresa estatal, por seu órgão competente, presta ao Serviço Jurídico uma determinada informação técnica dotada de verossimilhança por exemplo, a de que só uma determinada consultoria atende às circunstâncias presentes da empresa, sendo inviável a competição, não têm os advogados o dever, os meios ou sequer a legitimidade de deflagrar investigação para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade de tal decisão (...)” (fl. 10). De resto, caberia à Ordem dos Advogados do Brasil apenas as infrações cometidas por advogado, decorrentes de culpa grave, que hajam causado prejuízo a seu constituinte (Lei nº 8.906/1994, art. 34, IX). O mesmo deve ser dito quanto à prática de erro que evidencie inépcia profissional (Lei nº 8.906/1994, art. 34, XXIV). Do exposto, defiro o mandado de segurança.<sup>159</sup>

Como se vê, a independência profissional do advogado público foi garantida pela decisão da Suprema Corte, ressaltando-se o fato de que, em caso de comprovado conluio do profissional com outros setores do ente público e ou com o licitante interessado, não estará o mesmo acobertado, podendo se submeter a sanções de ordem civil, administrativa e penal.

Pois bem. Analisado pelo órgão jurídico o edital e feitas as correções que eventualmente se mostrem necessárias, estará apto o mesmo a ser divulgado da forma que determinar a legislação. Nesse ponto, remetemos o leitor ao item 9 deste trabalho, pois há variações neste aspecto conforme seja adotada esta ou aquela modalidade licitatória.

Após esses breves comentários sobre a fase preparatória da licitação propriamente dita, passemos a conferir a etapa seguinte, a fase externa, que é composta, especialmente na concorrência, de cinco atos tendentes a escolher a melhor proposta à Administração, quais sejam, edital, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação. Note-se que nos referimos à concorrência, uma vez que esta é a modalidade mais democrática que temos, que permite o maior número possível de interessados, e com a qual o legislador mais se preocupou, embora aqueles atos possam, no que couber, ser aplicados às outras modalidades de licitação (art. 43, § 4º, da Lei nº 8.666/1993).

### Esquema:



## 14.2. Fase externa

### 14.2.1. Edital

Usualmente, o primeiro ato da fase externa do procedimento licitatório é a *publicação do edital*, de modo que torne de conhecimento público a pretensão administrativa dirigida à celebração de um determinado contrato. É quando, teoricamente falando, dá-se a abertura da concorrência, da tomada de preços, do concurso, do leilão e do pregão para a participação dos interessados, cujas normas para as respectivas publicações encontram-se consubstanciadas no art. 21 da Lei nº 8.666/1993. Quanto ao convite, como já dissemos, este se dá por meio da carta-convite, sem publicidade em editais.

De importância é registrar que, em determinados casos, a exemplo dos megacontratos previstos para a modalidade de concorrência de obras e serviços de engenharia de gran-

<sup>159</sup> STF – Rel. Min. Carlos Velloso, Mandado de Segurança nº 24.073/DF.

de porte, cujo valor estimado para a licitação ou conjunto de licitações a serem realizadas simultânea ou sucessivamente<sup>160</sup> for demasiado alto (cem vezes o limite estimado pelo art. 23, I, c, do Estatuto), a primeira providência administrativa a ser tomada na fase externa, obrigatoriamente, antes da publicação do edital, será a realização de uma *audiência pública* (Lei nº 8.666/1993, art. 39).

Essa audiência pública será designada pela autoridade competente com antecedência mínima de 15 dias *úteis* da data prevista à publicação do edital, devendo ser objeto de divulgação, da mesma forma que se divulga a licitação em si, com antecedência mínima de dez dias *úteis* de sua realização.<sup>161</sup>

Porém, não se configurando a hipótese anteriormente considerada, o início da fase externa da licitação se dá, efetivamente, com a publicação obrigatória do aviso resumido do edital pela imprensa oficial, bem assim em jornal de grande circulação no Estado e, se houver, no Município ou região onde será realizada a atividade objeto do contrato, conforme prevê o inciso III, do art. 21 da lei.

Nesse passo, chama-se a atenção, mais uma vez, para o fato de que a única modalidade de licitação em que a convocação não é feita na imprensa oficial, obrigatoriamente, é a modalidade convite, bastando, para isso, que seu instrumento convocatório – a carta-convite – seja fixada no quadro de avisos da repartição pública.

Registre-se, contudo, que o então prefeito do Município do Rio de Janeiro, César Maia, em 1994, baixou uma norma específica, por decreto, obrigando a publicação desse instrumento no *Diário Oficial* do Município (DOM), o que não fere a Lei nº 8.666/1993, mesmo porque seu art. 6º, XII, deixa à vontade o Município para definir qual é a sua imprensa oficial.

Quanto às demais modalidades de licitação, outro aspecto a ser destacado é quanto ao que estabelece o art. 21, II, da Lei nº 8.666/1993, que nos fala que o Município tem que publicar os editais de suas licitações no *Diário Oficial* do Estado, o que nos parece inconstitucional, vez que fere o art. 18 do Texto Maior, que prega a autonomia político-administrativa dos Municípios, em especial daqueles que têm imprensa oficial, como é o caso do Município do Rio de Janeiro.

Os que defendem a publicação dos editais dizem que a licitação não se limita ao local de sua sede e, por isso, têm que ser publicados no *Diário Oficial* do Estado para que todas as regiões tomem conhecimento da licitação. Tal argumento, porém, não convence, haja vista que o próprio art. 21 tem o inciso III, que obriga a publicação de editais, também, em jornal diário de grande circulação no Estado e, se houver, no Município. Assim, se o edital for publicado, por exemplo, no *Jornal do Brasil*, não há necessidade de publicar em todos os jornais do País. Agora, quanto ao

<sup>160</sup> Conforme entendimento de Hely Lopes Meirelles (*Direito... op. cit.*, p. 278), “ao referir-se a licitações *sucessivas e simultâneas*, pretende a lei impedir seja frustrado o objetivo da audiência pública, com o fracionamento de determinada licitação pela diminuição de seu valor, mas é indispensável que elas tenham objeto similar e proximidade no tempo, conforme esclarece o parágrafo único do art. 39”. Sob outra perspectiva, mas no mesmo compasso, diz o professor José dos Santos Carvalho Filho (*op. cit.*, p. 214): “A finalidade da norma é de caráter democrático porque visa a permitir que a comunidade interessada, pelos indivíduos integrantes ou por entidades representativas, possa debater com a Administração todos os aspectos da contratação futura, inclusive os de conveniência, de oportunidade, de gastos, de transtornos comunitários, de necessidade etc. Para tanto é assegurado a todos os interessados o direito e o acesso a todas as informações pertinentes. Sendo cumprida a lei, prevenir-se-á a sociedade contra imposições administrativas autoritárias.”

<sup>161</sup> Não cabe ao Tribunal de Contas do Estado realizar exame prévio de editais de licitação. A decisão é da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) que deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 547063 interposto pelo ex-chefe da Polícia Civil do Rio de Janeiro, Hélio Tavares Luz contra o TCE-RJ.

O recorrente foi punido a pagar multa em valor superior a R\$ 18 mil por não ter remetido cópia dos editais da Licitação nº 08/97. Ele alega que apesar de não ter encaminhado o documento, a cópia foi regularmente publicada na imprensa oficial. Tal fato originou a impetração de um mandado de segurança pelo policial contra a condenação, pelo TCE, ao pagamento de multa. No recurso extraordinário, ele alega que não enviou o edital porque estava apoiado em parecer da Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro, segundo o qual recomendava que não deveria ser encaminhado ao Tribunal de Contas cópia de edital que não fosse especificamente solicitado. Para o autor do recurso, o TCE não tem poder para fazer essa exigência prévia, uma vez que nos termos da Constituição Federal (art. 22, XXVII) só pode haver controle prévio se o tribunal solicitar. Assim, Hélio Luz pedia para se isentar do pagamento da multa. Para o ministro Menezes Direito, relator do recurso, a deliberação do Tribunal de Contas do estado do Rio de Janeiro “avançou sobre a disciplina federal que tem competência específica para legislar sobre a matéria nos termos do art. 22, XXVII, da CF”. Direito votou pelo provimento do recurso e foi acompanhado por unanimidade. O relator observou que Lei nº 8.666/1993, no art. 113, § 2º, estabelece que os tribunais de contas poderão solicitar para exame. “A lei, que é de competência federal (art. 22, XXVII), determina especificamente que eles (os tribunais de contas) podem requerer, a qualquer momento, caso a caso, que seja remetido o edital”, destacou. Conforme o relator, a lei determina que a regra de remessa é o prazo estabelecido até a véspera do processo licitatório. “Não é possível, mesmo porque seria caótico, que todos os atos do Executivo e do Judiciário em cada processo de licitação fossem obrigatoriamente mandados previamente ficar aguardando aprovação ou não da legalidade do edital de licitação. Isso, a meu sentir, não tem nenhum cabimento”, ressaltou o relator. Ele salientou que independentemente de não ter cabimento do ponto de vista formal, o caso não tem respaldo legal, “por isso a lei federal foi sábia no comando da Constituição”.

*Diário Oficial*, o edital vai ser publicado naquele que o Município instituiu como seu veículo oficial de informação, em respeito à autonomia dos entes da Federação. E este é o entendimento majoritário da doutrina.

Feitas, então, as publicações e, quando for o caso, entregues os convites, será designada uma comissão de licitação ou, no caso de leilão ou pregão, o leiloeiro ou pregoeiro, respectivamente, que coordenará a execução dos trabalhos.

Sobre as comissões de licitação, disciplinadas pelo art. 51 da Lei nº 8.666/1993, estas serão compostas de, no mínimo, três pessoas, sendo pelo menos duas delas servidores da Administração licitante com habilidades para o exercício das respectivas funções. Excepcionalmente, contudo, será admitida a condução dos trabalhos por um servidor apenas, quando se tratar de convite, e a designação de outros servidores para compor o colegiado para não prejudicar o bom andamento de outros serviços.

Ainda sobre a composição das comissões permanentes de licitação, é de se registrar que seus membros serão alternados no cargo, de modo que a investidura de cada um deles não dure mais que um ano, sendo, ainda, vedada a recondução da totalidade dos mesmos para a mesma comissão no período subsequente (art. 51, § 4º).

Quando a modalidade da licitação for o concurso, a comissão ostentará o título “especial” e será integrada por pessoas notadamente conhecedoras da matéria *sub examen*, sejam servidores ou não, desde que tenham conduta ilibada. O propósito é evidente, em razão da natureza do objeto que se está apreciando (art. 51, § 5º).

É à comissão de licitação, ao leiloeiro, ao pregoeiro ou ao servidor referido no art. 51, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, portanto, que cabe a condução dos trabalhos, inclusive o julgamento das propostas. Daí se retira que é bastante grande a responsabilidade de seus membros, razão pela qual a lei mencionou que os mesmos são solidariamente responsáveis pelos atos praticados pelo órgão, salvo se a divergência for consignada nos autos, caso em que aquele integrante dissidente estará excluído da responsabilidade.

É o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que é uma sequência tanto para a administração quanto para os administrados.

Sendo assim, depois de publicado, o edital pode ser alterado? Sim, pode. Chama-se *re-ratificação* do edital, quando se corrigem algumas falhas, ratificando-se o res-

tante, cujo prazo para que isso ocorra é até a entrega dos envelopes com as propostas. Cabe ressaltar, entretanto, que o que a re-ratificação não pode é mudar o conteúdo substancial do edital, alterando-o significativamente, pois, dessa forma, ter-se-ia que revogá-lo.

Um exemplo interessante e recente refere-se à construção das plataformas de petróleo P-51 e P-52. Os metalúrgicos de Angra e Niterói estavam pressionando a presidência da Petrobras para modificar o edital de licitação para a construção das plataformas de petróleo.

O sindicato solicitou a alteração do conteúdo do edital a fim de permitir que empresas nacionais pudessem competir e fabricar as plataformas no Brasil (os investimentos eram de R\$ 1,5 bilhão). Um dos principais pontos reivindicados pelos metalúrgicos referia-se às especificações contidas no edital para o tipo de aço a ser empregado nas plataformas.

Tal instrumento exigia a medição de 425k-Pa (kilo Pascal), referente à resistência do aço. Contudo, as empresas brasileiras produzem aço a, no máximo 370k-Pa, o que, segundo alegado pelos metalúrgicos brasileiros, é suficiente para a temperatura das águas brasileiras (o aço mais resistente é necessário apenas em águas cuja temperatura é muito inferior a 20°C, como no Mar do Norte). Desse modo, sendo correta a alegação dos metalúrgicos, seria desnecessária a exigência da medição de 425k-Pa.

Dessa forma, *o edital não é um instrumento imutável*,<sup>162</sup> embora alguns autores assim o considerem, tendo-se como respaldo o § 4º do art. 21, da Lei nº 8.666/1993, que estabelece:

*Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.*

E quanto à impugnação? Pode um licitante impugnar o edital? Dada a submissão hierárquica aos ditames das regras e princípios (ainda que implícitos) legais e constitucionais, bem como regulamentares, é possível que editais sejam impugnados administrativa ou judicialmente. Neste último caso, em sendo a demanda veiculada mediante mandado de segurança, integrará o polo passivo da ação o presidente da comissão de licitação que a representa, isto por se tratar de ato composto.

<sup>162</sup> Licitação Pública. Alteração do Edital, pelo ente licitante, sem observância da legislação pertinente, para renovação do prazo aos concorrentes. Segurança concedida para inclusão do impetrante entre as propostas válidas. Sentença *ultra petita* amoldada aos termos do pedido inicial (TJMG – AC 101.954/6 – Segunda Câmara Civil; Rel. Des. Sérgio Lellis Santiago).

Administrativamente, o pedido de adequação do edital formulado por qualquer cidadão que não seja licitante<sup>163</sup> deverá ser entregue até cinco dias *úteis* antes da data marcada para a abertura dos envelopes de habilitação (art. 41, § 1º). Por outro lado, o pedido deverá ser julgado no prazo de três dias *úteis*, de modo que seja possível o início da fase seguinte sem pendências administrativas. E essa é a preocupação da lei, ou seja, resolver a impugnação antes da habilitação. Se o cidadão pretender impugnar o edital pela via judicial, deverá utilizar-se da ação popular, já que de outra forma seria tido como parte ilegítima. Poderá, ainda, dirigir denúncia ao Tribunal de Contas, na forma do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Se a impugnação for formulada por licitante, a Lei nº 8.666/1993, em contrapartida, não oferece prazo para seu julgamento pela Administração. Fala somente que o licitante deverá impetrá-la com antecedência mínima de dois dias *úteis* em relação à data marcada para a abertura dos envelopes de habilitação (art. 41, § 2º).

E essa hipótese pode ocorrer. Senão, vejamos: suponhamos que o licitante ache que o edital está exigindo um documento desnecessário para a habilitação, uma vez que tal documento não tem pertinência ao objeto contratual, nem trará comprometimento na execução do contrato se não for apresentado.

Entende esse licitante que a Administração está exigindo aquele documento só porque uma empresa o tem (edital viciado, direcionado<sup>164</sup>), ferindo o princípio da impessoalidade, diminuindo o princípio da competitividade, daí apresenta recurso para impugnar o edital. Então, pergunta-se: se até a data da entrega dos envelopes o recurso não for analisado e resolvido, poderá a Administração iniciar a fase de habilitação com essa pendência? Será que o impugnante poderá participar da licitação, mesmo assim, como habilita-

do? Sim, com base no § 3º do art. 41 (trânsito em julgado de decisão administrativa não existe no País, que adota o princípio da jurisdição una ou única). E esse é o efeito prático imediato mais interessante, pois o impugnante não poderá ser excluído do certame, se seu pedido for protocolado tempestivamente e desde que a razão que possivelmente o tiraria da competição seja objeto de impugnação.<sup>165</sup>

Há de se admitir, contudo, que isso poderá criar um sério problema, haja vista que o impugnante será habilitado sem ter aquela tal documentação, além de que há um recurso de impugnação pendente. Imaginemos que ele, mesmo assim, vença a licitação. Então, ele vai ter que esperar a decisão. Mas, e se ele perder o recurso? Nesse caso, ele vai ser desclassificado e, aí, o segundo licitante já não é mais obrigado a aceitar. Por isso, a boa doutrina assinala que a comissão não deve dar continuidade ao procedimento licitatório sem ter a decisão final da impugnação, evitando ter que anular tudo, razão pela qual não é aconselhável passar para a fase seguinte do procedimento, que é a habilitação.

No caso de a impugnação ser feita diretamente no Judiciário, por meio de mandado de segurança, o prazo será de 120 dias contados da publicação do edital, de acordo com o disposto na Lei nº 1.533/1951.

Por outro lado, é possível, ainda, que sejam dirigidas impugnações à atuação da comissão de licitação por estarem sendo descumpridas as regras editalícias, às quais encontra-se vinculada (art. 41, *caput*, da Lei nº 8.666/1993).

Pois bem. Feita a publicação do edital, dá-se início à contagem dos prazos previstos no art. 21, § 2º, I a IV, da Lei nº 8.666/1993, para a entrega à comissão de licitação da documentação exigida à fase seguinte, a da habilitação, que varia de acordo com a modalidade e o tipo de licitação.

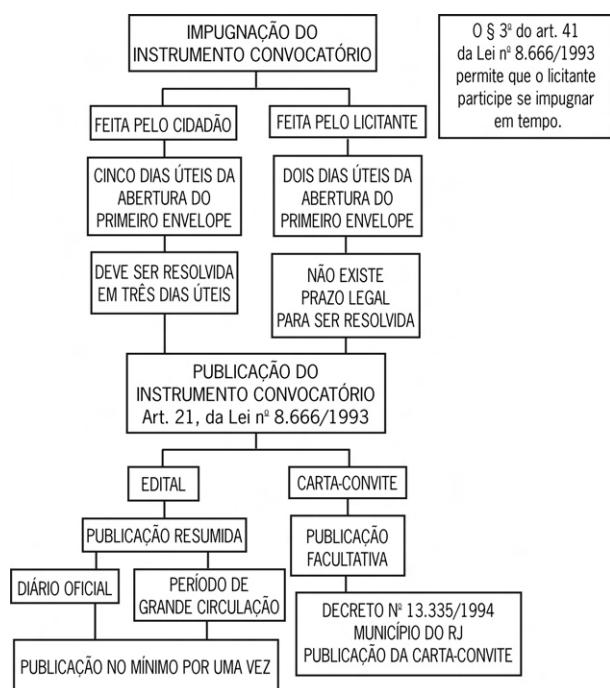
<sup>163</sup> Como sabemos, e aqui nos reportamos ao fato didaticamente, apenas, tal faculdade ao cidadão é garantida em decorrência do direito de petição, petrificado no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição da República, que assegura, como direito fundamental, a representação aos Poderes Públicos contra qualquer ilegalidade na função administrativa.

<sup>164</sup> Ensina o mestre Marçal Justen Filho (*op. cit.*, p. 416) que: "O Edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) o interesse público. Assim, o interesse público concreto a que se orienta a licitação se identifica como o 'fim' a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como 'meios' para conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre as exigências e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como à consecução do 'fim'. É semelhante a situação quanto às demais opções contidas no edital. As definições acerca das etapas da licitação, dos critérios de julgamento, dos prazos de execução, das cláusulas contratuais, etc., deverão ser proporcionadas ao fim concreto a que se orienta uma dada licitação."

<sup>165</sup> Licitação. Exigência Ilegítima. Vício do Edital. Nulidade de Cláusula. Mandado de Segurança. Ordem Concedida. Exigência de certificado "ISO" Como condição de participação. Ilegalidade. – 1. Sendo os certificados "ISO" documentos de procedência estrangeira, emitidos por empresa privada mediante remuneração específica, fere os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, o ato administrativo que os exige de firma brasileira como condição para participar de licitação pública no Brasil, sendo por isso nula a cláusula do edital que contém a exigência sob pena de desclassificação. 2. Apelação a que se dá provimento (TJRJ – AC nº 12.422/2003 – 16ª Câmara Civil; Rel. Des. Miguel Ângelo Barros).

Tal documentação consiste em dois envelopes: um (envelope 1 ou “a”), contendo os documentos exigidos no edital; e, outro (envelope 2 ou “b”), com as propostas (oferta de preço). Reparem que são *dois envelopes* diferentes, os quais darão ensejo a julgamentos distintos,<sup>166</sup> mas que devem ser entregues, lacrados, no mesmo momento. Encerrados os prazos, inicia-se efetivamente a *fase de habilitação*, quando existente.

#### Esquema:



#### 14.2.2. Habilitação

A *habilitação*, também denominada *qualificação*, tem a função de apurar se os proponentes atendem às condições pessoais essenciais à participação no certame. Tal etapa é justificável, em razão da necessidade de certas características (qualidades) dos sujeitos licitantes, tais como idoneidade, boa técnica, capacidade econômica de cumprir as obrigações etc.<sup>167</sup>

Essa etapa, sendo assim, tem como escopo descartar as propostas inúteis em razão da pouca ou nenhuma qualificação de alguns que querem contratar<sup>168</sup> com a Administração. Uma vez concluída essa fase, há igualdade subjetiva entre os licitantes.

Antes de passarmos à análise mais pormenorizada dessa fase do procedimento licitatório, aproveita-se o ensejo para ressaltar que, na licitação cuja modalidade aplicada é a tomada de preços, a cronologia para a apresentação da documentação se inverte, isto é, ela se dá antes do edital, com antecedência de trinta dias na licitação do tipo “melhor técnica ou “técnica e preço”, e de 15 dias nos demais tipos para essa modalidade, o mesmo ocorrendo no pregão. Ou seja, a habilitação é prévia, sendo comprovada apenas pela juntada de documentos dos inscritos no Registro Cadastral. Tal medida visa a agilizar o procedimento, tornando a licitação mais rápida, quando possível. Por isso, na tomada de preços e no pregão, a habilitação é antecipada, trazendo-a para antes do edital, por meio do Registro Cadastral (art. 32, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).<sup>169</sup>

<sup>166</sup> TJRJ, Décima Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Cássia Medeiros, Agravo de Instrumento nº 2005.002.10036: Agravo de Instrumento Mandado de Segurança Licitação Relativa ao Fornecimento de Gêneros Alimentícios a Secretaria Municipal de Obras Desclassificação da Impetrante com Fundamento em Falta de Comprovação de Capacitação Técnica Específica – Liminar Decisão que, em Mandado de Segurança, Deferiu Pedido de Liminar Determinando a Autoridade Coatora que Considere a Proposta da Impetrante. Ainda que na Fase de Habilitação Tenha Sido Demonstrada a Capacitação Genérica da Concorrente, não Fica Afastada a Possibilidade de Sua Desclassificação Por Falta de Prova de Capacitação Técnica Específica, Somente Aferível na Fase de Julgamento das Propostas. Ausência dos Requisitos Necessários a Concessão da Liminar, até Porque a Licitação Já Foi Homologada. Provimento do Recurso.

<sup>167</sup> Direito Administrativo. Administrativo e Processo Civil. Licitação. Declaração Falsa. Inidoneidade. Cautelar. Ação Principal. Vínculo – I. A falsa declaração em procedimento licitatório autoriza a desclassificação do candidato por inidoneidade, máxime se isto se encontrava previsto no respectivo edital. 2. Julgado improcedente o pedido formulado na ação principal, afigura-se contraditório ao julgador admitir, na cautelar vinculada, a presença da aparência do bom direito em favor daquele que se reconheceu não existir o direito reclamado. Apelo não provido. Unânime (TJDF – APC nº 19980110556926 – Primeira Turma Cível – Rel. Des. Valter Xavier).

<sup>168</sup> Administrativo. Licitação. Habilitação. Exigência Excessiva. I. É excessiva a exigência feita pela Administração Pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não foram desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio. 2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao edital, quando a administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4º, art. 21, da Lei nº 8.666/1993. 3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível de concorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. 4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial. 5. Segurança concedida (STJ – MS 5631 – DF – Primeira S.; Rel. Min. José Delgado).

<sup>169</sup> A esse respeito, vale transcrever o pontual entendimento do professor José dos Santos Carvalho Filho, que assim diz: “O cadastramento de fornecedores é documento de extrema importância para a Administração, de modo que os órgãos por ele responsáveis devem precaver-se contra eventuais fraudes cometidas por empresas, inclusive uma que se tem repetido algumas vezes: a empresa fica inadimplente com as obrigações fiscais, previdenciárias

Quanto à modalidade convite, já observamos que a Administração Pública pode convidar quem ela quiser, cadastrado ou não, embora não convidados também possam participar da licitação. Para estes últimos, porém, é obrigatório que eles sejam cadastrados. E isso o TCU já deixou claro, especialmente para a verificação da documentação previdenciária, como o CND perante o INSS e a Previdência Social, por força do art. 195, § 3º, da Constituição, assim como a Certidão de Regularidade Social – CRS perante o FGTS, por força do art. 2º da Lei nº 9.012/1995, que fala em “concorrência pública”, que é sinônimo de “licitação”, assim abrangendo também o convite. Esses documentos devem ser apresentados junto com os demais e com a proposta, com antecedência de cinco dias úteis entre a expedição da carta-convite e o recebimento das propostas ou a realização do evento.

Com relação ao concurso e ao leilão, a Lei nº 8.666/1993 não estabelece procedimentos específicos para essa fase, apenas referindo-se os arts. 22, § 4º, e 53, respectivamente, a prazos e a observância dos respectivos regulamentos, como também ocorre no caso de pregão.

Essas primeiras observações se tornam importantes haja vista que, tomando-se como base a licitação por concorrência, em local, dia e hora preestabelecidos no edital, a comissão de licitação *examinará os envelopes-propostas* recebidos, momento em que solicitará aos licitantes que os rubriquem, uns dos outros, em vista de que estes ficarão sob a guarda e a responsabilidade da comissão para serem oportunamente abertos.<sup>170</sup>

Essa solenidade é feita em ato público (art. 43, § 1º, da Lei nº 8.666/1993), na presença dos proponentes e, se houver interesse, de qualquer cidadão comum, desde

que não interfira de modo que perturbe ou impeça a realização dos trabalhos (art. 4º).

Em seguida, procede-se à *abertura dos envelopes-documentação*, que também são examinados e rubricados pelos membros da comissão e pelos licitantes presentes, atos que serão todos lavrados em ata circunstanciada.

É de se admitir que essa simultaneidade pode causar certa estranheza, já que primeiro se dá o julgamento da habilitação e só depois o julgamento das propostas. Mas existe uma razão de ser para a exigência legal, como pondera o professor Jessé Torres Pereira Júnior: é que “assim estará bloqueada a possibilidade de troca do envelope-proposta em função do resultado da habilitação”.<sup>171</sup>

Normalmente, a apreciação dos documentos se faz na mesma sessão pública presidida pela comissão, que habilitará ou não o participante ao certame. Cabe observar, contudo, que, a seu critério, essa apreciação pode ser feita em sessão reservada, com a presença somente de seus membros e, se for o caso, dos assessores do colegiado. Basta que tal medida seja justificada, mesmo porque, muitas vezes, pela quantidade de documentos e por sua complexidade, como é o caso do exame de balanços de empresas, há necessidade de uma análise mais minuciosa. E isso a lei permite, pois a obrigação da comissão é abrir os envelopes de documentos em ato público e mostrar seu conteúdo, mas não a impede de analisá-los a portas fechadas, publicando a decisão em Diário Oficial. Para tanto, como já dissemos, todos os proponentes examinam os documentos e rubricam seus conteúdos, evitando, dessa forma, que possam ser acrescentados, posteriormente, outros documentos que, porventura, tenham faltado.<sup>172</sup>

---

ou sociais e, não podendo participar de novas licitações, dá lugar a uma outra, formada pelos mesmos sócios; como é recém-criada, a nova empresa não terá problemas na exibição das certidões negativas de débitos tributários. Trata-se de fraude contra a Administração, que deve ser por esta coibida, rejeitando-se a inscrição no registro cadastral, porque, admitindo-se o cadastramento dessa nova empresa, estarão sendo violados vários princípios licitatórios, entre eles o da igualdade, já que esse fornecedor, devedor tributário com outra razão social, estará em posição de vantagem quando estiver ao lado dos demais participantes, estes devidamente quites com suas obrigações legais” (CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 210).

<sup>170</sup> Desse modo, conforme declara o professor Marçal Justen Filho (*Comentários...*, *op. cit.*, p. 430), “os envelopes contendo as propostas, especialmente quando devam ser abertos em momento futuro, têm de ser expostos à vista de todos. A finalidade da regra é assegurar que seja mantido incólume e que venha a ser aberto o mesmo envelope que o licitante entregara. Essa garantia poderia ser frustrada”. Este mestre ainda acrescenta que: “Eventualmente, a dissociação das datas poderá resultar de evento posterior. Pode ocorrer que, após divulgado o edital (prevendo abertura imediatamente posterior à entrega dos envelopes), verifique-se a inconveniência ou a inviabilidade dessa solução. Pode-se apurar a inviabilidade da abertura imediata inclusive na própria ocasião prevista para a abertura. Poderão ocorrer eventos de força maior, etc., afetando essa questão. A Administração pode alterar a data de abertura dos envelopes prevista no edital, sem necessidade de republicá-lo ou de invalidar os atos já praticados. A alteração não prejudicará. Desde que cumpridas as formalidades adequadas, o interesse público ou privado. É essencial a divulgação da data em que ocorrerá a abertura, com antecedência necessária para o comparecimento de todos os interessados. É obrigatória a ampla publicidade para a data de abertura dos envelopes, permitindo a qualquer interessado acompanhar o evento.”

<sup>171</sup> PEREIRA JÚNIOR., *op. cit.*, p. 452.

<sup>172</sup> O professor Jessé Torres Pereira Júnior (*op. cit.*, p. 452) ainda acrescenta: “Veja-se que, na hipótese de vários licitantes serem inabilitados quanto à documentação apresentada, poderia ser interessante para os remanescentes habilitados alterar o teor da proposta, o que violaria os princípios básicos da licitação e sua índole imperiosamente competitiva.”



Portanto, é opcional à comissão de licitação a divulgação da habilitação em sessão pública. Mas, pelo art. 109, I, da Lei nº 8.666/1993, a partir da data de sessão ou intimação dos interessados, caberá recurso em cinco dias úteis contra decisão da fase de habilitação (seja da decisão que habilita, seja da decisão que não habilita, visto que o licitante habilitado tem interesse jurídico em excluir os demais). Nesse caso, só será possível dar continuidade ao certame se julgados tais recursos.

Por isso, à Administração é possível recusar o recebimento de envelopes que descumpram as exigências formais e, sobre a questão, vale conferir a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Mandado de Segurança. Inabilitação em certame licitatório. Motivo meramente formal não acusado pela Comissão de Licitação. A habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública, dependendo a mesma habilitação do cumprimento integral das condições previstas nos itens do edital. Inicialmente é de se rejeitar a alegada perda de objeto deste recurso, ao suposto de já ter sido concluída a fase da abertura e julgamento das propostas dos licitantes tidos como habilitados, saindo vencedora a empresa Liderança, com a consequente devolução dos envelopes contendo a proposta comercial da agravante e quebra do sigilo das demais concorrentes porque determinado por esta relatoria o refazimento do ato que porventura tivesse sido praticado, a fim de não tornar perempto o direito da agravante, justificado, assim, o *periculum in mora*. A documentação acostada aos autos deixa manifesto a subsistência do pleito de liminar aviado nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela agravante, já que a mesma impetrante restou inabilitada no certame licitatório, por motivo meramente formal, que não foi acusado pela Comissão de Licitação, o que é de se considerar como indiciador da aparência do bom direito a recomendar a sua manutenção na licitação até prolação de decisão final no *writ*, presumindo-se tenha sido cumprida a decisão da relatoria que liminarmente determinou a abertura da proposta da Agravante. Provimento do Recurso (AI 3976/2005).

Licitação por concorrência. Edital publicado pela Secretaria Estadual de Educação em 18/09/2001. Greve dos funcionários do INSS iniciada em meados de agosto de 2001, que se prolongara até dezembro transato, impossibilitou a emissão da certidão negativa de débito (CND) na data de entrega dos envelopes. Decisão atacada não viola qualquer texto legal, ao contrário, caso negada poderia frustrar o caráter competitivo do certame e o princípio da isonomia entre os licitantes. Ademais, como bem apontado pelo *parquet* nesta instância, ultra-

passada a fase de habilitação dos concorrentes, a Agravante poderá ser desclassificada em razão de fatos supervenientes na forma do art. 43, § 5º da Lei nº 8.666/1993. Manutenção do *decisum* e improvimento do Agravante (AI 15944/2001).

Dessa forma, toda questão importante no que tange à entrega dos envelopes deverá ser passível de manifestação pelos interessados, pois a omissão destes validará os atos anuláveis, porém, não validará os atos nulos.

O licitante não habilitado pode apenas questionar os atos da comissão por meio de ação popular. A devolução de envelopes-propostas está adstrita ao término da fase recursal, o que assegura a imutabilidade da decisão administrativa.

Assim sendo, nessa fase, a comissão não está preocupada com a proposta, e sim com quem a Administração vai celebrar o futuro contrato de serviço, de compra ou obra, frisando-se que apenas os envelopes com as respectivas habilitações serão abertos em ato público. A Administração se preocupa com a figura do licitante, buscando apurar a idoneidade daquele que quer contratar com o Poder Público, daí a exigência do art. 27 do Estatuto das Licitações, que elenca, taxativamente, os documentos para tal aptidão.

Com base nesse dispositivo, para que o licitante seja habilitado ou qualificado, devem ser apresentados os seguintes documentos:

- a) *Habilitação jurídica* – em que se exige a apresentação da documentação relacionada nos incisos de I a V, do art. 28 da Lei nº 8.666/1993. Neste item, não há comentários que mereçam ser registrados.
- b) *Regularidade fiscal* – em que se exige a apresentação da documentação relacionada no art. 29 da Lei nº 8.666/1993.

Quanto à regularidade fiscal, o que merece registro, em primeiro lugar, é quanto ao que se referem os incisos III e IV do art. 29, da Lei nº 8.666/1993, que exigem que o licitante esteja *quite* com a tributação instituída pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e, ainda, com a Seguridade Social e com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Essa exigência tem sido objeto de ataque por parte importante da doutrina, que entende ser essa medida um meio indireto e desautorizado de cobrança de tributos, que viola o princípio da separação de poderes, na medida em que retira do Judiciário o monopólio das execuções fiscais.

Isso porque o Decreto-lei nº 2.300/1986, que era a legislação em vigor, falava em quitação fiscal. Hoje, no entanto, a lei não mais usa tal expressão, e sim

regularidade fiscal, o que é bem diferente, haja vista que quitação significa estar tudo pago e regularidade, nem sempre. Como exemplo, podemos dizer que, se o sujeito deve trinta anos à Seguridade Social e quer participar de uma licitação, mas não tem o CND, ele vai ao INSS e pede parcelamento da dívida. Fechado o acordo, paga a primeira parcela, e já está com regularidade fiscal, em função de tal acordo.

Na opinião do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a inabilitação do licitante só poderá ser tida como legítima em razão de inadimplência tributária quando for de proporções suficientes a demonstrar um abalo financeiro que ponha em risco o cumprimento do contrato.<sup>173</sup>

Desse modo, o ponto que merece destaque refere-se à possibilidade de a certidão negativa de quitação tributária – único documento capaz de demonstrar a regularidade exigida pelo art. 29, III, da Lei nº 8.666/1993 – ser substituída provisoriamente por declaração do próprio licitante no sentido de que não existe irregularidade dessa natureza. Isto poderá ser feito, a teor do disposto no art. 207 do Código Tributário Nacional, quando o prazo para a emissão do referido documento, que é de no máximo dez dias, for descumprido pela Administração Tributária de qualquer dos entes da Federação. Posteriormente, quando a documentação ficar pronta, será juntada aos autos do procedimento licitatório.

Em outras palavras, isso significa que se tiver um apontamento negativo em uma certidão de débitos fiscais, está-se impedindo o sujeito de participar da licitação. E é isso que as pessoas alegam, em juízo, quando vão ao Judiciário pedir uma certidão positiva com efeitos negativos para fins de participação de licitação.

A bem da verdade, não há nenhuma licitação que não tenha a exigência de certidões para com o fisco. Seria constitucional exigir-se esse tipo de coisa?

Nesse caso, o que se poder dizer de mais razoável é que o art. 27, IV, da Lei nº 8.666/1993 fala em regularidade fiscal. Porém, não é só pelo fato da existência de débitos fiscais que se está impedido de participar de

licitação, mas pela própria situação econômica frágil da empresa. Assim, o que cabe salientar é que a inabilitação só poderá acontecer se os débitos forem de tal monta que possam pôr em risco a execução do objeto do contratado.

Mas, se for o sujeito inabilitado na licitação apenas por irregularidade com o fisco, caberá mandado de segurança contra ato da comissão de licitação. Seria inviabilizar o exercício da própria atividade produtiva pela existência de débitos fiscais, o que não é correto.

A esse respeito, aliás, há três súmulas do STF, uma delas a Súmula nº 70, que impede o uso de meio positivo para a cobrança de dívida. Seria o mesmo que dizer que não pode participar de licitação aquele que estiver em débito com o fisco.

Exemplos para demonstrar essa situação não faltam: quando se diz que não se pode fazer vistoria do carro porque se está em débito com o IPVA, ou tem multa, todo mundo não fala que isso é inconstitucional? Ou, então, que o comerciante não pode vender cigarro, se não for demonstrado o pagamento de IPI da remessa anterior, senão não lhe são fornecidos os selos do IPI. Com tal medida, estar-se-ia forçando o sujeito a pagar os tributos por meio de uma medida coercitiva indireta. E toda a jurisprudência é contra isso.

Parece-nos que essas exigências de irregularidade fiscal são para o sujeito, antes de entrar na licitação, pagar os débitos dele ou, pelo menos, fazer um depósito elisivo, ou ainda, conseguir uma tutela antecipada, fazendo com que as pessoas se dirijam ao Judiciário para pedirem uma certidão positiva com efeitos negativos.

Acreditamos, porém, que isso não seria preciso. O sujeito deveria entrar na licitação, apresentando as certidões “suas” assim mesmo; se ele for inabilitado e se ele se julgar prejudicado com aquilo, aí, sim, entra com um mandato de segurança contra a comissão de licitação, e não contra o fisco, já que ele é mesmo devedor. Note-se, então, que essa é uma questão que pode ser proposta em concurso porque há uma evidente discrepância entre o

<sup>173</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. (*Curso de... op. cit.*, p. 538). Não obstante, é de se ver que o STJ tem trabalhado com a ideia de que, independentemente de previsão editalícia, a só existência da lei já condiciona a habilitação à apresentação das certidões de todas as entidades fazendárias, União, Estado e Município ou, quando for o caso, o Distrito Federal. Veja: Recurso Especial. Mandado de Segurança. Licitação. Serviço de Consultoria. Arts. 29 e 30, da Lei nº 8.666/1993. Certificação dos Atestados de Qualificação Técnica. Prova de Regularidade Fiscal Junto à Fazenda Estadual. A Lei de Licitações determina que deverá ser comprovada a aptidão para o desempenho das atividades objeto da licitação (art. 30, inciso II), por meio de “atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pelas entidades profissionais competentes [...]” (art. 30, § 1º). “Dispositivos do ordenamento jurídico, ainda que não previstos no edital – o edital não tem como reproduzir todas as normas positivas vigentes – devem ser observados pela Administração e pelo particular, os quais se aplicam à licitação indubitavelmente” (Luís Carlos Alcoforado. “Licitação e Contrato Administrativo”, 2. ed. Brasília Jurídica, p. 45). A Lei nº 8.666/1993 exige prova de regularidade fiscal perante todas as fazendas, Federal, Estadual e Municipal, independentemente da atividade do licitante. Recurso especial provido. Decisão por unanimidade”.

que está preconizado na Constituição Federal e na Lei nº 8.666/1993, tendo-se que adaptar uma coisa à outra.

- a) *Qualificação técnica* – em que se exige a apresentação da documentação relacionada no art. 30 da Lei nº 8.666/1993. Nesse item, devemos comentar dois pontos, que merecem registro.

O primeiro é quanto ao edital, que somente poderá fazer exigências razoáveis. Não é jurídica a exigência técnica cujo descumprimento em nada influa diretamente sobre a adequada execução do contrato. A título ilustrativo, seria irrazoável e, portanto, ilegal, exigir do licitante a comprovação de que poderia fornecer uma determinada quantidade de energia elétrica quando o integral cumprimento do contrato, já se levando em consideração as alterações e prorrogações possíveis, for incontestavelmente possível com um número inferior de fornecimento.

O outro ponto a ser comentado diz com a impossibilidade de exigir que uma empresa tenha experiência na execução desta ou daquela tarefa, sendo inconstitucional, portanto, o art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993,<sup>174</sup> por violação ao art. 37, XXI, da CF/1988, cuja norma fala “[...] somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. A única possibilidade de salvar o dispositivo legal mencionado é pela interpretação conforme a Constituição, entendendo-se que o legislador, ao mencionar “será”, quis dizer “poderá ser”. Nessa hipótese, estaria adequada a previsão legal.

Essa observação está fundada na necessidade que se tem de garantir a isonomia entre os participantes. Se não se tem por inconstitucional a norma em questão ou, por outra, se não se trabalha com aquele tipo de técnica de interpretação anteriormente mencionada, a execução de determinados tipos de atividades será concentrada nas mãos de poucos, em detrimento dos princípios basilares da licitação.

- b) *Qualificação econômico-financeira* – em que se exige a apresentação da documentação relacionada no art. 31 da Lei nº 8.666/1993, do qual dois aspectos merecem registro.

Um deles se refere ao art. 31, §§ 2º e 3º, que trata da possibilidade de o edital exigir um capital mínimo para que a empresa participe da licitação, ignorando, contudo, que, para a Teoria da Contabilidade, essa informação em nada acrescenta acerca da capacidade financeira que a empresa tem de suportar o cumprimento do contrato.

Na conta “capital social”, que integra o patrimônio líquido da empresa, estão registrados os investimentos feitos pelos sócios na hora de criarem a sociedade e, ainda, eventuais investimentos futuros (aumento de capital). Acontece que esses investimentos podem vir a gerar, no futuro, dependendo da sorte e da competência da administração da empresa, lucros ou prejuízos, que não ficarão necessariamente registrados no capital social. Isso dependeria de uma deliberação de quem tiver essa competência de acordo com os atos constitutivos da sociedade. Inicialmente, esses lucros ou prejuízos implicarão alterações nas contas “caixa” ou “bancos” e nas contas de “receita” ou de “despesas”, somente passando para o patrimônio líquido, via de regra, ao final do ano, quando da apuração do “resultado do exercício”.

Dessa forma, tendo em vista que o que se pretende com essa habilitação econômico-financeira é justamente aferir-se qual a capacidade econômica da empresa para fazer frente às obrigações contratuais que futuramente possam vir a ser assumidas perante a Administração Pública, tem-se por inadequada a exigência ora em comento, devendo os encarregados da elaboração do edital evitar essa conduta que, ao nosso sentir, confronta com o princípio constitucional da razoabilidade.

Outra questão interessante de destacar a essa altura diz respeito à vedação de contratação com empresas em processo falimentar ou que estejam em concordata, conforme se extrai do art. 31, II, da Lei nº 8.666/1993. Essa é uma regra que não se aplica quando o contrato é de pronta entrega, já que, nessa hipótese, não se cogita dúvida acerca da capacidade econômico-financeira da empresa para cumprir o contrato. Afinal, o contrato é executado no momento de sua celebração.<sup>175</sup> Nesse sentido, vale conferir o que diz o art. 32, § 1º, do mesmo diploma legal.

Uma vez considerado habilitado o proponente com o preenchimento desse requisito (qualificação econômico-financeira), descabe à Administração, em fase posterior, reexaminar a presença de pressupostos correspondentes à etapa em relação à qual se operou a preclusão.

Se assim não fosse, avanços e recuos mediante a exigência de atos impertinentes a serem praticados pelos licitantes em momento inadequado, postergariam indefinidamente o procedimento e acarretariam manifesta insegurança aos que dele participam.

<sup>174</sup> Diz o § 1º do art. 30, da Lei nº 8.666/1993, com nova redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994: “A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, *será* feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes [...]”. (grifo nosso)

<sup>175</sup> Como esclarece o professor Marçal Justen Filho (*Comentários... op. cit.*, 356), a só existência do pedido de falência não impede a participação da empresa no procedimento licitatório. Seria necessária a decisão declaratória de falência para que se operasse a restrição.

- c) *Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição* – incluído pela Lei nº 9.854/1999, esse requisito, até hoje, não foi muito bem implementado, vez que o participante, para ser habilitado, deve comprovar que não emprega menores em situação vedada nos termos do dispositivo constitucional, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

Tal requisito mereceu a crítica de alguns doutrinadores, até porque de que maneira o licitante iria provar que não emprega menor? Declarando de próprio punho? Ou tendo os agentes da Administração que fiscalizar cada uma das empresas? Ante a dificuldade de o participante apresentar tal comprovação, a Secretaria de Inspeção do Trabalho expediu a Instrução Normativa nº 27, de 27/02/2002, que, dentre outras providências, aprovou modelos de certidões nesse sentido.

Note-se, assim, que a habilitação é uma fase do procedimento licitatório muito importante, porque a Administração Pública vai “peneirar” os licitantes, só deixando aqueles que têm reais condições de cumprir o objeto da licitação. Por isso, uma vez habilitado, o licitante não poderá mais desistir de sua proposta, salvo se apresentar fato justo e aceito pela comissão.

Portanto, caso seja vencedor, o licitante estará obrigado a contratar com o Poder Público, consequência esta prevista no art. 43, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, salvo exceções a critério da Administração, mesmo porque, conforme diz o § 3º do art. 64, depois de sessenta dias da data da entrega das propostas (anterior à habilitação), os licitantes estão dispensados dos compromissos assumidos, se nesse intervalo não houver convocação para a contratação. Isto significa que, se a assinatura do contrato administrativo não for feita em sessenta dias,<sup>176</sup> o licitante vencedor não estará mais obrigado em relação aos valores apresentados no envelope-proposta.

Mas, e se o licitante for chamado dentro do prazo e não assinar o contrato? Nesse caso, fica caracterizado o descumprimento total da obrigação assumida, havendo

sanções administrativas para isso (arts. 81 e seguintes, da Lei nº 8.666/1993), sujeitando-se o licitante vencedor às penalidades legalmente estabelecidas (art. 87 da lei). Cabe advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitações, impedindo-o de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos e, a mais grave, que é a declaração de idoneidade para contratar com o Poder Público, que é por prazo indeterminado.

A fase de habilitação pode se encerrar em três momentos (art. 43, III, da Lei em apreço):

- transcorrido o prazo sem interposição de recurso – do ato que habilitar ou inhabilitar o licitante, o prazo para interpor recurso é de cinco dias úteis contados da data da lavratura da ata da reunião ou da intimação dos interessados (art. 109, I). Passado esse tempo, se ninguém recorrer, encerra-se a fase de habilitação;
- havendo desistência expressa – quando todos os licitantes concordam com o resultado da licitação, assinando o termo de renúncia, não precisando esperar os cinco dias úteis para ir à fase do julgamento; ou
- após o julgamento dos recursos – se algum dos licitantes recorrer, diz a boa doutrina que se deve esperar o julgamento do recurso.

O recurso de habilitação, bem como o de julgamento, terá efeito suspensivo (art. 109, § 2º, da Lei nº 8.666/1993), salvo casos excepcionais, e será dirigido à autoridade superior, intermediado o encaminhamento pela que praticou o ato impugnado, momento em que poderá, no prazo de cinco dias úteis, rever sua decisão. Não se pode esquecer, contudo, que igual prazo terão os interessados para oferecer razões contrárias à impugnação oposta.<sup>177</sup>

Após o julgamento dos recursos ou na hipótese destes não terem sido opostos, serão devolvidos, *intactos*, ainda lacrados, portanto, os envelopes das propostas aos licitantes desqualificados, partindo-se, então, para o julgamento das propostas dos habilitados para a fase seguinte. Esse julgamento será realizado pela comissão de licitação ou

<sup>176</sup> Em regra, os editais reduzem esse prazo para trinta dias.

<sup>177</sup> Eis a ementa do acórdão do STJ, MS nº 6.048/DF: “Mandado de Segurança. Administrativo. Exploração do Serviço de Radiofusão Sonora. Concorrência Pública. Habilitação. Desconstituída. Recurso Administrativo Hierárquico. Prazo. Afirmção de Intempestividade. Conhecimento negado. 1. Nenhum prazo de recurso administrativo inicia-se ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado. Se a Administração, por deliberação interna *corporis* obstaculiza o conhecimento direto do processo, dificulta a ampla defesa, consubstanciado motivo extraordinário, assegura-se a contagem do prazo a partir da franquia. Sem prejuízo da regra geral excluindo o dia do início e incluindo-se do vencimento. 2. Descogitada a prescrição ou a decadência na via judicial eleita e afastada a preclusão na via administrativa, afirmada a tempestividade, edifica-se o direito líquido e certo do administrado recorrer hierarquicamente à autoridade competente, assegurado o processamento e decisão. 3. Segurança concedida.”

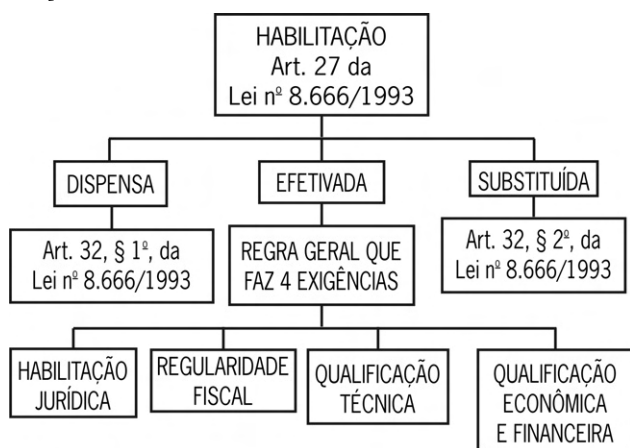
órgão com idênticas funções, nos casos antes aludidos, de acordo com os critérios fixados no edital.

De se recordar que esses critérios são definidos em lei de forma abstrata e respeitarão o tipo de licitação que tiver sido adotado neste ou naquele procedimento licitatório. Sobre esse tema, remetemos o leitor ao item 10 deste trabalho.

Não se pode deixar de mencionar, nesse ponto, que nenhuma outra vantagem, ainda que seja verdadeira, real e efetiva, poderá ser levada em consideração se não estiver prevista no edital (art. 44, § 2º, da Lei nº 8.666/1993), pois o julgamento das propostas, em última análise, será estritamente vinculado aos termos do edital, pautado pelo princípio do julgamento objetivo.<sup>178</sup>

No momento em que o edital institui requisitos de habilitação a partir de elementos subjetivos que a Administração entende como relevante, é traçado um perfil ideal do futuro contratado, que é exatamente o que distingue a habilitação do julgamento, por envolver avaliação dos aspectos subjetivos (é dizer, da pessoa dos ofertantes), enquanto este cuida exclusivamente de dados objetivos (isto é, das propostas apresentadas).<sup>179</sup>

#### Esquema:



#### 14.2.3. Julgamento

Seguindo o próximo ato presidido pela comissão de licitação é o da abertura dos envelopes 2 ou “b”, quais sejam, os que contêm as propostas dos licitantes qualificados fase importante do procedimento licitatório,

quando se dará o *julgamento das propostas*, que se divide em duas fases: o julgamento formal e o julgamento material.

No julgamento formal, primeiramente, a comissão irá analisar as propostas de acordo com as exigências do edital, antes de comparar uma proposta com a outra. Se a proposta não atender aos requisitos editalícios, ela será imediatamente desclassificada (art. 48, I, da Lei nº 8.666/1993).

Hoje em dia, essa análise formal é muito simplificada porque, via de regra, o edital já apresenta uma planilha, oferecida pela Administração, bastando ser preenchida. Por isso, é muito difícil que o licitante, nos dias de hoje, não atenda às exigências editalícias; porém, não é impossível que isso aconteça.

No caso de licitações do tipo “menor preço”, por exemplo, o edital já descreve o material para resguardar a qualidade. Quem oferecer aquilo que está descrito no edital, sob o menor preço, geralmente ganha a licitação; assim, a Administração resguarda a qualidade e ainda contrata pelo menor preço.

Dessa forma, se o licitante oferece um bem com uma qualidade inferior à descrita do edital, mas com o menor preço, ele será desclassificado, porque o julgamento formal vai perceber que o que está sendo oferecido não foi o solicitado.<sup>180</sup>

Nessa primeira fase do julgamento, poderíamos dar o seguinte exemplo: o edital revela a intenção de a Administração obter o fornecimento de cartuchos de impressora com tinta colorida e preta e a proposta, por sua vez, somente considera os cartuchos com tinta preta. Ora, nesse caso, a proposta não atendeu à exigência do edital, oferecendo bem diverso do demandado pela Administração Pública. Por isso, deverá a proposta ser desclassificada.

Percebe-se, então, que no julgamento formal não há competição; o que faz a comissão de licitação é analisar todas as propostas com relação ao que foi pedido no edital. Desse modo, as propostas serão desclassificadas, a teor do disposto no art. 48, I, da Lei nº 8.666/1993, em razão de incompatibilidades entre o objeto demandado e a oferta feita pelo licitante ou em razão de descompasso econômico.

<sup>178</sup> Conforme definição do professor Diógenes Gasparini (*op. cit.*, p. 512), a habilitação é “o ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação confirma no procedimento da licitação os licitantes atos, nos termos do edital”.

<sup>179</sup> SUNDFELD., *op. cit.*, p. 109.

<sup>180</sup> Confira-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, colhida do acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 15817/RS, Segunda Turma: “Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Concorrência do Tipo Menor Preço. Atendimento às Regras Previstas no Edital. Produto com Qualidade Superior a Mínima Exigida. 1. Tratando-se de concorrência do tipo menor preço, não fere os princípios da isonomia e da vinculação ao edital a oferta de produto que possua qualidade superior a mínima exigida, desde que o gênero do bem licitado permaneça inalterado e seja atendido o requisito do menor preço. 2. Recurso ordinário não provido.

A desclassificação em razão de aspectos econômicos pode ser em função de o valor ser superior ao máximo estabelecido ou, por outro lado, por se mostrar, de tão baixo, inexequível. No primeiro caso, pretende-se que a Administração não gaste mais do que o necessário à obtenção do bem, da obra ou do serviço a ser contratado. No segundo, que o contrato seja efetivado e com condições de ser cumprido. Se o valor apresentado pelo licitante é muito inferior ao necessário para o cumprimento da obrigação que lhe seria imposta no caso de sair vencedor do certame, a Administração não deve realizar o contrato sob pena de não se mostrar viável o seu adimplemento.

Para demonstrar a exequibilidade da proposta, o licitante deverá anexar documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto contratado. Tais condições deverão estar expressamente especificadas no instrumento convocatório.

Em se tratando de obras e serviços de engenharia, as propostas serão tidas por inexequíveis quando os valores constantes das mesmas forem inferiores a 70% do menor dos seguintes valores: a) média aritmética das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração; ou b) valor orçado pela Administração.

Repare, contudo, que, ainda que seja classificado de acordo com as regras anteriormente citadas, se a proposta de um determinado licitante apresentar valor inferior a 80% do menor valor a que nos referimos antes, a eventual assinatura do contrato ficará condicionada à prestação de uma garantia adicional dentre as modalidades previstas no art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, sendo esta garantia no valor equivalente à diferença os valores aludidos.

Se todos os licitantes tiverem suas propostas desclassificadas ou forem inabilitados, será concedido o prazo de oito dias úteis para a apresentação de novas propostas ou documentos de habilitação, sendo possível que, em se tratando de convite, o prazo seja, a critério da Administração, reduzido para três dias úteis.

Persistindo a ausência de licitante habilitado ou de proposta classificada, poderá a Administração, como se mencionou no item 11 deste trabalho, proceder à contratação direta com dispensa de licitação, desde que mantidas as condições do edital no contrato.

Muito bem. Não sendo o caso, parte-se para a segunda fase do julgamento, chamada de julgamento material, que é onde encontramos o princípio do julgamento ob-

jetivo (art. 45 da Lei nº 8.666/1993), pois será quando a comissão irá comparar as propostas e verificar qual delas é a mais vantajosa à Administração Pública.

Fala o dispositivo legal anteriormente referido em critérios, fatores e tipos de licitação. O grande problema, em princípio, é que o Estatuto só define os tipos de licitação, tendo escapado do legislador a definição dos critérios e fatores de julgamento.

Fatores de julgamento, porém, são os elementos que a Administração poderá se valer na escolha da melhor proposta. Então, se o objeto da licitação é a compra de uma frota de veículos, por exemplo, quais seriam os fatores de julgamento? Poderíamos dizer que preço é um fator de julgamento, com certeza, prazo de garantia, seria outro, peças de reposição dadas como brindes, prazo para o pagamento para a Administração etc.

Ao lado dos fatores, relevante para o julgamento das propostas, temos os critérios, que poderíamos dizer que é uma conjugação de fatores, computados pela comissão de licitação para atribuir pesos ou valores e que, certamente, serão encontrados no edital para nortear os licitantes na formulação de suas propostas.

Os fatores de julgamento terão larga aplicação nos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço”, podendo-se dar como exemplo os fatores relativos à qualidade, ao rendimento, ao preço, à tecnologia, à qualificação das equipes etc. E como bem sinaliza o professor José dos Santos Carvalho Filho, “é razoável que seja assim, porque não raras vezes não é o preço como fator isolado que deve prevalecer, mas sim o preço em conjunto com outros fatores”.<sup>181</sup>

Há, no entanto, uma justificativa para o fato de a lei não se referir a fatores e critérios: é porque, como já dissemos há pouco, geralmente, o tipo eleito para a licitação é o de “menor preço”, ou seja, será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite, ofertando o menor preço.

Mas, como chegamos à conclusão que a regra, hoje, é o menor preço? Para responder a essa questão, basta acompanhar o seguinte raciocínio: o § 1º do art. 45, da Lei nº 8.666/1993, nos fala dos quatro tipos de licitação, sendo que o quarto tipo, a de “maior lance ou oferta”, é para casos específicos, isolados, de alienação de bens ou concessão do direito real de uso. Então, na verdade, para aquela trilogia básica da licitação – obra, compra e serviço – nós temos três tipos: “menor preço”, “melhor técnica” e “técnica e preço”, correto? Como a redação do

<sup>181</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 220.

*caput* do art. 46 da lei nos diz que os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados *exclusivamente* para serviços de natureza predominantemente intelectual, consequência lógica é concluir que, para todo o restante, só temos um tipo de licitação para usar: o de “menor preço”. Assim, indiretamente, com o que prevê o *caput* do art. 46, fica claro que a regra para as licitações, hoje em dia, é do tipo “menor preço”.

O que merece ser ressaltado, contudo, é que quando o art. 46 fala que os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços, não se pode esquecer que também há obras, por exemplo, que precisam de profissionais de natureza especializada, predominantemente intelectual, casos em que haverá necessidade de uma autorização expressa da maior autoridade competente da Administração licitante. É quando estipular fatores e critérios passa a ser importante.

Pois bem. Com o julgamento material, comparando as propostas, a comissão de licitação chega a uma classificação, encerrando o julgamento com a apresentação de uma ordem cronológica de propostas, da melhor para a pior, uma ordem de “vantajosidade” para a Administração, como diz o professor Marçal Justen Filho. Nessa altura, note-se, não há desclassificados, e sim propostas que não atenderam as exigências editalícias.<sup>182</sup>

No caso de empate, o legislador previu o sorteio (§ 2º do art. 45), que será feito em ato público, mas cabendo salientar que, devido à revogação do inciso I, do § 2º, do art. 171 da Constituição pela EC nº 06/1995, como vimos, serão adotados os critérios previstos no § 2º do art. 3º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

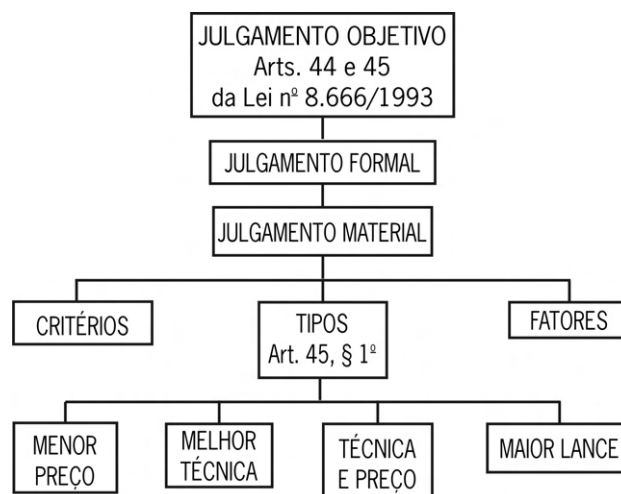
É normal nas licitações mais complexas, cuja análise das propostas demanda muito tempo, a comissão de licitação divulgar o resultado final do certame somente após alguns dias da abertura dos envelopes de propostas (deve haver expressa menção editalícia), até que todos os quesitos do edital tenham sido avaliados em todas elas. Durante esse período, as empresas apenas aguardam o julgamento, contra o qual podem impetrar os recursos legais em caso de discordância.

Em seguida à divulgação do resultado, que dirá qual o vencedor do certame e também a classificação dos demais licitantes, abrir-se-á o prazo de cinco dias úteis para a apresentação de recursos, que poderão ser contraditados pelos demais licitantes em igual prazo.

O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio do agente ou órgão que praticou o ato impugnado. Esta poderá, antes de remeter o recurso à apreciação do agente competente, retratar-se no prazo de cinco dias úteis. No caso disto não acontecer, o julgamento pela autoridade superior deverá ocorrer no prazo de cinco dias úteis.

Não havendo recursos, o julgamento se encerra da mesma forma que a habilitação, sendo este o último ato de competência da comissão de licitação.

#### Esquema:



#### 14.2.4. Homologação e adjudicação

Vencida a fase do julgamento das propostas, e já se tendo, então, uma ordem definitiva de classificação, o processo será remetido à autoridade superior para que, em não havendo qualquer vício, homologue-o.

Conforme adverte o professor Jessé Torres Pereira Junior, entretanto, “não basta à Comissão apontar a proposta mais vantajosa, deverá estabelecer a ordem de classificação de todas as propostas, porque tal será importante na aplicação do art. 64, § 2º”.<sup>183</sup>

Mas não se pense que o procedimento licitatório se encerrou nesse momento, posto que a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração se deu em momento pretérito. Daí afirmar a doutrina que o procedimento licitatório se encerra, regularmente, quando da adjudicação.

Nesse ponto, merece ser registrada uma controvérsia que tem afligido boa parte da doutrina administrativa, pois há quem afirme que a homologação, ato

<sup>182</sup> Desclassificação não quer dizer desqualificação. Aquela é a rejeição da proposta do licitante já habilitado, por defeito formal ou inexecutabilidade da oferta, ao passo que esta é a rejeição do proponente que não apresenta os requisitos do edital (inabilitação).

<sup>183</sup> PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 453.

pelo qual a autoridade superior certifica a regularidade do procedimento licitatório,<sup>184</sup> só ocorre depois da adjudicação, a qual declara a compatibilidade entre a proposta vencedora e as necessidades da Administração.<sup>185</sup>

Explica-se o porquê. Na antiga legislação, a comissão de licitação realizava a habilitação, o julgamento e a adjudicação, fase esta que ocorria antes da homologação. Porém, com o advento da Lei nº 8.666/1993, o inciso VI do art. 43 inverteu essas duas fases; só que o legislador, infelizmente, diz outra coisa no art. 38, VII, neste falando que a adjudicação vem antes da homologação. Então, curiosamente, temos dois artigos da lei tratando do mesmo assunto de formas diferentes, e isso, em princípio, gera problemas.

Analisando ambas as fases, verificamos que a homologação envolve duas questões: a da legalidade, quando se verifica a conformidade da proposta com a lei e o edital (sabe-se que alguns vícios poderão implicar em nulidade); e em razão de interesse público, quando a licitação poderá ser revogada, desde que a decisão de autoridade superior seja fundamentada.

A homologação é decorrente do estudo geral da autoridade responsável pelo certame<sup>186</sup> e corresponde ao julgamento da conveniência da melhor proposta, reafirmando a vantagem da escolha firmada pela comissão de licitação.

A adjudicação, por sua vez, está intimamente relacionada à homologação e é atividade adstrita à autoridade a quem compete vincular o ente administrativo. Trata-se de adjudicação de um ato administrativo formal, declaratório, que finda o procedimento licitatório, proclamando a entrega do objeto da licitação ao vencedor. No entanto, isso implica em mera expectativa de direito para o licitante vencedor contratar com a Administração, que não

é o mesmo que direito à contratação, mas que vincula o objeto da licitação em favor do primeiro contratado, caso a licitação não seja revogada ou anulada. A adjudicação é uma fase discricionária.<sup>187</sup>

De forma diferente vislumbra a professora Vera Lúcia Machado D'Ávila,<sup>188</sup> para quem a adjudicação é mero ato de atribuir o objeto de licitação ao primeiro classificado, enquanto a homologação é ato que dá eficácia a essa atribuição, momento em que a autoridade superior ratifica todo o procedimento, após o exame de sua legalidade.

Fundamentou a administrativista supracitada sua posição por meio do inciso VII do art. 38, do Estatuto, que dispõe que o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa e ao qual serão juntados oportunamente os atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação.

As opiniões doutrinárias acerca da adjudicação e da homologação são bastante destoantes, o que foi, inclusive, reconhecido pela autora em comentário, ao afirmou que:

A doutrina diverge acerca dessa matéria, entendendo uns que a Lei nº 8.666/1993 inovou neste tópico sob comentário, pois alterou princípio já sedimentado no âmbito do estudo do procedimento licitatório, para o qual a maioria dos juristas afirmava ser o ato adjudicatório apenas o instrumento válido para “dizer o Direito”, ou seja, o de indicar que ao primeiro colocado na classificação das propostas apresentadas à Administração seria possibilitado celebrar o contrato, no momento julgado conveniente e oportuno pelo Poder Público, enquanto a homologação corresponderia ao perfazimento da fase final da licitação tornando válido e eficaz todo o procedimento, desde que não apurada nesta fase derradeira

<sup>184</sup> Segundo Marçal Justen Filho, (*Comentários... op. cit.*, p. 441): “A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação [...]”.

<sup>185</sup> Diz o professor Adilson Abreu Dallari (*op. cit.*, p. 106): “Enquanto na classificação se procede a um cotejo entre as propostas, na adjudicação é feita uma comparação entre os atributos da proposta mais vantajosa e as necessidades que a Administração visava a atender com a abertura do procedimento licitatório, para se saber, finalmente, se a proposta classificada como mais vantajosa pode ser aceita ou não”.

<sup>186</sup> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. AUTORIDADE IMPETRADA. I. Com a homologação do procedimento licitatório, a autoridade homologante passa a responder por todos os efeitos e consequências da licitação. 2. Mandado de segurança impetrado após a homologação contra o presidente da Comissão de Licitação. Ilegitimidade passiva *ad causam* que se reconhece. 3. Apelação a que se nega provimento (TRF 1ª R. – AMS 01142281 – DF – Segunda Turma – Rel. Juiz Conv. Antônio Sávio O. Chaves).

<sup>187</sup> Observa José Arthur Diniz Borges: “Em regra, não cabe indenização ao licitante vencedor, já que a adjudicação acarreta mera expectativa de direito ao futuro contrato (1ª corrente). Após a adjudicação, o licitante vencedor cuja proposta haja sido satisfatória terá direito de ser indenizado pela despesa em que incorreu para disputar o certame (2ª corrente) (*Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência como Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 212).

<sup>188</sup> D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 263.



qualquer ilegalidade que pudesse viciá-lo, tornando-nulo ou anulável.<sup>189</sup>

Desse modo, formaram-se duas correntes a respeito da sequência correta dos atos da adjudicação e da homologação: de um lado, os que entendem que a homologação é o ato final do procedimento, assim entendendo Lucia Valle Figueiredo<sup>190</sup> e Carlos Ary Sundfeld,<sup>191</sup> de outro, os que entendem inversamente, pois a adjudicação se dá somente após a constatação da regularidade do procedimento e da conveniência da celebração do ajuste, sendo este o pensamento da maior parte dos doutrinadores, a exemplo dos professores Marçal Justen Filho,<sup>192</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>193</sup> Hely Lopes Meirelles,<sup>194</sup> bem como é o entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.<sup>195</sup>

Apesar dos dispositivos serem contraditórios, percebe-se que o art. 38, VII, não cuida exatamente da sequência dos atos do procedimento, mas da especificação dos atos necessários ao processo, tidos como um aglomerado de papéis integrantes de uma pasta numerada e autuada pela Administração. O art. 43, VI, ao contrário, trata exatamente do procedimento pela ordem em que as várias fases devem ocorrer.<sup>196</sup>

Cumpre-nos destacar que a inversão dos atos da adjudicação e da homologação não é capaz de gerar a anulação do procedimento, visto que dificilmente haverá prejuízo à Administração Pública por conta dessa inversão. Deve-se também acrescentar que, pela leitura do inciso VI do art. 43, a autoridade que homologa é a mesma que realiza adjudicação ao vencedor.

Assim observada a controvérsia, o disposto no art. 43, VI, e a própria lógica do procedimento, como concordam os mais importantes administrativistas especializados em licitações e contratos administrativos, extirpam a dúvida,

estabelecendo que a homologação é sempre anterior à adjudicação,<sup>197</sup> mesmo porque, como a adjudicação é o ato final que vai prender o órgão público ao vencedor da licitação, ele tem que ser feito pela autoridade superior, e não pela comissão, como antigamente ocorria, invertendo-se a hierarquia. Ora, quem pode comprometer um órgão perante terceiros é somente a autoridade hierárquica máxima do órgão público, em regra, aquela que determinou a abertura da licitação ou daquela indicada no edital, no regulamento ou na lei.

Em última análise, outro argumento para se afirmar que a homologação é fase anterior à adjudicação está no art. 51, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, que prevê o que faz a comissão de licitação, não se referindo nem mesmo à adjudicação, encerrando suas atividades no procedimento licitatório com o julgamento das propostas, sendo esta, por fim, a visão do Tribunal de Contas da União:

Por homologação a autoridade superior deve analisar os atos que foram praticados ao longo do certame. Na ocasião deste exame, a autoridade pode homologar a licitação, ou seja, pode conferir legitimidade a todos os atos praticados durante o certame. Esta é uma forma de controle do procedimento licitatório. Neste momento, a autoridade deve, além de verificar a regularidade dos atos, avaliar as questões referentes à oportunidade e conveniência da licitação para o interesse público. Quando a autoridade entender que a licitação observou os ditames legais e que atende o interesse público deve adjudicar ao vencedor o objeto da licitação.

Afastando-se dessa discussão, questiona-se se é obrigatória a publicação no diário oficial dos atos de adjudicação e homologação do procedimento licitatório, ou seja, se a intimação isenta a Administração Pública da publicação dos atos de adjudicação e homologação.

<sup>189</sup> *Idem*.

<sup>190</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direito dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 75.

<sup>191</sup> Para o professor Carlos Ary Sundfeld (*op. cit.*, p. 168), prevalece a regra do art. 38, VII, por entender que é mais específica do que a do art. 43, VI.

<sup>192</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 252.

<sup>193</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de... op. cit.*, p. 555 e ss.

<sup>194</sup> MEIRELLES. *Curso de... op. cit.*, p. 299.

<sup>195</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 291.

<sup>196</sup> Afirma a professora Maria Sylvia Di Pietro (*Temas polêmicos... op. cit.*, p. 266): "Parece mais lógico e coerente que a adjudicação ao vencedor somente se faça depois de ter sido verificada a legalidade do procedimento. Caso contrário, ter-se-ia uma situação em que, após a adjudicação, viesse a ser invalidado o procedimento. E note-se que a adjudicação já produz efeitos para o vencedor, dentre os quais o direito de exigir que a contratação se faça de acordo com a licitação; vinculação do adjudicatário aos encargos da proposta; sujeição a penalidades pela não assinatura do contrato; impedimento de a Administração contratar com outrem; liberação dos demais licitantes."

<sup>197</sup> O professor Marçal Justen Filho (*Comentários... op. cit.*, p. 442) menciona: "Pelo art. 43, inciso VI, não há, antes da homologação, uma 'adjudicação' nem haveria a possibilidade de a Administração adjudicar sem ter, anteriormente, homologado."

Por meio do texto legal, compreende-se que a publicação é obrigatória, tanto para a adjudicação quanto para a homologação do procedimento de licitação, dela decorrendo os prazos recursais cabíveis a cada uma das fases. O descumprimento dessa imposição não implica consequências mais graves na esfera recursal se o ato tiver efetivamente chegado ao conhecimento dos interessados. Contudo, outros serão os efeitos da decisão em relação a terceiros.<sup>198</sup>

A Administração ocorrerá em abuso passível de correção judicial se, após período superior necessário para deliberar a licitação, deixar de fazê-lo. Com a homologação e a adjudicação esgota-se a licitação, perfazendo-se, com isso, o ato jurídico perfeito – o ato jurídico perfeito refere-se ao fim do procedimento licitatório e não pode ser confundido com o direito adquirido do licitante de contratar com a Administração Pública. A concretização da vontade de contratar complementa o fato gerador do direito do licitan-

te vencedor à contratação, consubstanciando, em alguns casos, o direito adquirido do licitante contratar.<sup>199</sup>

Resumindo, diz-se, então, que a autoridade superior receberá os autos do processo administrativo de licitação para fazer a homologação e a adjudicação, que poderá, no entanto, não homologar a licitação em razão de eventuais irregularidades. Nessa hipótese, o procedimento volta à comissão de licitação, que providenciará a correção do que for necessário, declarando-se a nulidade apenas dos atos que forem atingidos pelos vícios constatados e mantendo-se íntegros os demais.<sup>200</sup>

Feitas as correções ou, de outro modo, tendo sido homologada de início a licitação, fará a autoridade superior o exame de conveniência da proposta vencedora, a fim de saber se a mesma atende satisfatoriamente aos anseios da Administração. Se o exame for positivo, ocorrerá a adjudicação do objeto ao licitante vencedor. Por outro lado, se o exame for negativo, a licitação deverá ser revogada.

<sup>198</sup> Contrato Administrativo. Licitação. Nulidade. Contrato Administrativo. Nulidade da Adjudicação do Serviço Objeto da Licitação. a Licitação É o Antecedente Necessário do Contrato. Sendo este o Consequente Lógico da Licitação. A nulidade da licitação induz a do contrato. Nulidade do procedimento licitatório e do contrato administrativo pode e deve ser pronunciada a qualquer tempo, tornando-se irrelevante se o resultado do certame já tenha sido homologado ou o contrato assinado, já que havendo ato viciado, este deve ser desfeito, em razão da indisponibilidade do interesse público. A defesa da Impetrante na esfera administrativa juntada por cópia aos autos, demonstra a inexistência de violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Recurso improvido (TJRJ – AC nº 4119/2000 – Décima Primeira Câmara Cível; Rel. Des. José C. Figueiredo).

<sup>199</sup> Ensina o professor Marçal Justen Filho (*Comentários... op. cit.*, p. 445): “Podem existir casos em que, tão logo praticada a adjudicação, surgirá direito à contratação. Serão exceção. Isso ocorrerá quando a contratação (e a própria licitação que a anteceder) for imperativa. Pode admitir-se que, em certos casos, seja prevista a execução de determinada atividade concreta (serviço, obra etc.) por parte da Administração. Suponha-se, por exemplo, a previsão legislativa sobre a concessão de um serviço público, que estabeleça prazos e cronogramas para a prática de atos administrativos. Encerrada a licitação, homologado o resultado e efetivada a adjudicação, a Administração deverá cumprir a lei que determine a imediata contratação. Se não o fizer, o particular vencedor poderá constrangê-la a tanto. No caso, o direito de contratar terá nascido pela adjudicação.”

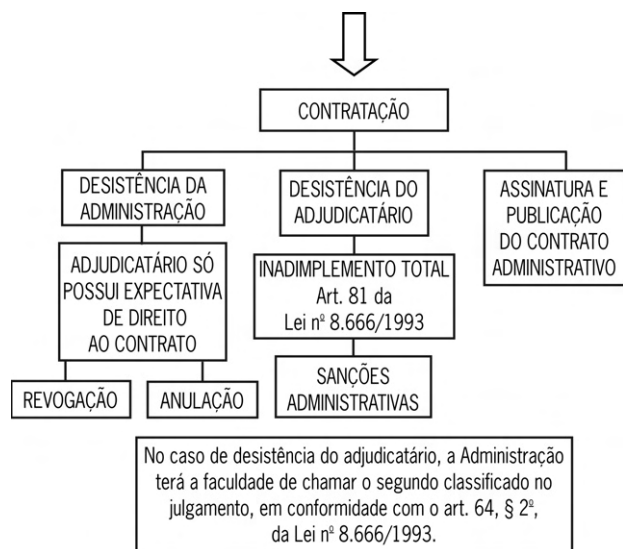
<sup>200</sup> A esse respeito, na Apelação Cível nº 2006.08074, da Terceira Câmara Cível, tendo como relator o desembargador Antônio Eduardo F. Duarte, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Ordinária precedida de cautelar. Licitação. Concorrência internacional. Exigências do edital. Desatendimento em ambas as fases pela licitante declarada vencedora. Inadmissibilidade. Anulação do certame. Prevalência dos princípios básicos. Segunda colocada. Indenização. Pleito incabível na hipótese. Recurso parcialmente provido. Voto vencido. No processo administrativo de licitação, sob a modalidade de concorrência, inclusive de âmbito internacional, os interessados devem comprovar, na fase de habilitação preliminar, que possuem os requisitos mínimos de qualificação exigidos pelo edital para execução de seu objeto, isto é, fornecer os documentos e informações que irão integrar os respectivos envelopes. A falta de algum se traduz em desobediência aos termos do edital e implica na inabilitação ou na desclassificação da proposta, aspecto que não pode ser suprido pela respectiva Comissão, ou autoridade superior, através de diligência, visto não se enquadrar na faculdade prevista no § 3º, do art. 43 da Lei nº 8.666/1993, já que esta tem por alvo, nos termos do dispositivo, apenas esclarecer e complementar a instrução do processo licitatório, e não autorizar a inclusão daqueles que, de início, deveriam acompanhar a proposta. Assim, se a licitante declarada vencedora desatendeu as condições do edital no que tange aos documentos de habilitação, bem como em relação a proposta apresentada, viciado está o certame, a exigir a anulação do procedimento licitatório, pouco importando se já homologado e adjudicado o seu objeto, e também se fornecido o material indicado e recebido o total dos valores contratuais, eis que necessário se faz a observância dos princípios básicos da lei específica, sobre os quais igualmente não prepondera, para se deixar de proceder à anulação, a figura do caráter de urgência da compra, ainda mais quando inexistente diante do cronograma de fornecimento exibido pelo edital. Porém, na hipótese de subdivisão do objeto licitado, com a indicação de serem dois, e distintos um do outro, os bens pretendidos comprar pela Administração, a anulação deve se dirigir tão só à parte que toca ao subitem do objeto para o qual candidatou-se a licitante declarada irregularmente vencedora e que descumpriu as regras do edital, não ao outro subitem desse mesmo objeto adjudicado à uma concorrente diversa, e sobre o que nada se questiona, situação que leva, por conseguinte, a se anular parcialmente o processo licitatório, porquanto parcial também é o vício constatado. Contudo, tal anulação não comporta que a segunda colocada na concorrência, em sendo autora da ação proposta, seja indenizada por perdas e danos, posto que dito pleito é incabível na hipótese que desse modo é solucionada. Ademais, a constatação desses vícios, quando conduzem à invalidação do processo licitatório, faz presumir a existência de ilícito penal definido na Lei nº 8.666/1993, a impor, além da ciência do Tribunal de Contas respectivo, a extração de peças e sua remessa ao Ministério Público para os fins ali indicados e também previstos no art. 40 do Código de Processo Penal. (MCG) Ementa do voto vencido do Desembargador Humberto Perri: Processo licitatório. Não se anula anos após quando todas as consequências já se operaram e o procedimento levaria a todos prejuízos incalculáveis. Tudo há que ser resolvido por perdas e danos, se apurados e provados.

Aqui, então, cumpre-nos registrar outra controvérsia, agora sobre se a adjudicação confere ao licitante vencedor direito subjetivo ao contrato ou não. Ou seja, como se coloca esse direito diante do poder de revogação do procedimento licitatório, reconhecido pelo art. 49 da Lei nº 8.666/1993? Em outros termos, adjudicado o objeto do contrato ao vencedor, poderá a Administração deixar de celebrar o ajuste com o mesmo?

Para o exame dessa questão, abriremos espaço para falar de dois institutos, anulação e revogação da licitação, cuja matéria se encontra disciplinada no art. 49 da Lei nº 8.666/1993.

Uma vez feita a adjudicação a Administração pode desistir da contratação, porque pode haver a revogação e a anulação da licitação. Não há, portanto, a contratação obrigatória, em razão do art. 49 da Lei nº 8.666/1993. Além da desistência da Administração, pode haver também desistência do adjudicatário, que será considerado inadimplente total, passível das sanções administrativas e a Administração poderá recorrer ao segundo classificado no julgamento (faculdade tanto da administração em contratá-lo, como do classificado em querer ser contratado).

#### Esquema:



## 15. Revogação e anulação da licitação

Os institutos da anulação e revogação da licitação têm suas normas estabelecidas no *caput* do art. 49, da Lei nº 8.666/1993.<sup>201</sup>

De pronto, percebe-se que, desde que haja motivo superveniente que desaconselhe ou impeça, à luz do interesse público, a celebração do contrato, poderá a Administração revogar a licitação, anulando-a por vício de legalidade, de ofício ou por provocação de terceiros.<sup>202</sup> Mas registre-se que essa revogação deverá ser motivada, ou seja, a autoridade superior deverá, nessa hipótese, declinar os motivos que a levaram a tomar tal atitude, de modo que viabilize um exame contra a arbitrariedade e a eventual ofensa aos princípios da licitação.

A bem da verdade, o art. 49 da Lei de Licitações consagra o princípio da autotutela da Administração, tratando seu § 1º sobre a anulação e, no § 2º, sobre a nulidade. Tais institutos distinguem-se quanto à ocorrência (arts. 166 e 171 do novo Código Civil) e quanto aos seus efeitos, estes definidos pelos arts. 169 e 172, também desse novo Diploma legal.

Desse modo, no exercício de sua atividade, a Administração, em razão do princípio da autotutela, tem a possibilidade de rever seus próprios atos. Por meio desse princípio, pode-se anular os atos ilegais ou revogar os inconvenientes ou inoportunos. Tal prática pode, inclusive, ser realizada *ex officio*, sempre que a autoridade perceber a ilegalidade de qualquer ato praticado no decorrer do procedimento licitatório (não se excluindo a atuação por meio de provocação de terceiros).

Assim sendo, a anulação significa a confirmação pela Administração Pública de vício no ato administrativo, extinguindo-se os atos e seus efeitos. Tendo a Administração tomado conhecimento de um vício no ato administrativo, deve de imediato proclamá-lo.

<sup>201</sup> Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento licitatório somente poderá *revogar* a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo *anulá-la* por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (grifos nossos).

<sup>202</sup> Na fase de aprovação, perfazem-se, pela Administração, dois juízos: o primeiro diz respeito à legalidade da licitação e o segundo à conveniência da contratação. Quanto ao primeiro juízo, reconhece a Súmula nº 473 do STF que: "A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvados, em tais casos, a apreciação judicial". Entende também o Superior Tribunal de Justiça que "pode a Administração revogar a licitação por interesse público e deve anular inclusive os atos homologatórios, por ilegalidade. Indubitoso o prejuízo do Estado, evidenciada a existência de ilegalidade ou dos vícios graves que levaram a essa constatação, a anulação se impunha, mesmo depois de homologada a concorrência a favor de um dos licitantes, pois o vencedor é titular de simples expectativa de direito à contratação. Exige-se, porém, que o ato de invalidação esteja plenamente justificado e que não resulte no benefício de outro concorrente, em detrimento do vencedor".

A anulação pode ser promovida tanto pelo Poder Judiciário<sup>203</sup> quanto pela própria Administração, desfazendo-se o ato em razão da sua ilegalidade (seja pela desconformidade com normas, regulamentos ou com o próprio ato convocatório).

Já a revogação é instituto distinto. Refere-se ao desfazimento do ato porque considerado inconveniente ou inadequado, somente sendo concretizado sob ato válido e perfeito. Assim, o ato não é cancelado em virtude de defeito ou vício, mas por juízo de conveniência e oportunidade. Trata-se de competência discricionária da Administração Pública.

Pelo exposto, o vício de nulidade é muito mais grave do que o vício de anulabilidade, distinção corriqueira no Direito Privado. No Direito Administrativo, contudo, a anulação é um termo genérico, indicando tanto a nulidade quanto a anulabilidade.

No que no tange ao final do procedimento licitatório, posteriormente à classificação, exerce-se novo juízo de conveniência, sendo que a Administração pode optar pela revogação, desde que haja novas circunstâncias que o justifiquem (inexistentes ou desconhecidas anteriormente). Essa exigência delimita a liberdade do administrador.

A fiscalização quanto à revogação pode se dar no âmbito administrativo (conforme as regras de controle interno) ou no âmbito legislativo (por meio da análise do Tribunal de Contas). O controle será realizado inclusive pela motivação da decisão e sob os seus fundamentos.

Realizada a devida distinção entre anulação e revogação, temos declarada a nulidade do ato, cujos efeitos gerados retroagem à data em que foi praticado, desconstituindo-se todas as consequências geradas a partir de sua edição (efeitos *ex tunc*).

A anulação decorrerá da averiguação de ilegalidade, sendo imposta à Administração quando ela se deparar com vício que obste os efeitos do ato praticado. É dever da Administração anular os atos ilegais e só poderá deixar de fazê-lo em circunstâncias excepcionais, quando o prejuízo decorrente da anulação for maior do que o resultante da manutenção da decisão, o que deverá ser analisado conforme o interesse público.

Alguns autores, contudo, seguem linha distinta, não admitindo, sequer, a existência de atos administrativos anuláveis ante a necessidade de que venha a imperar a legalidade administrativa. De todo modo, apurando-se a ilegalidade, deve-se decretar a nulidade do ato.

É imprescindível a fundamentação aceitável e pertinente tanto para a anulação quanto para a revogação, a fim de coibir a prática de atos abusivos do administrador que, por não desejar prosseguir ato administrativo, alega vícios de legalidade do ato a fim de desconstituí-lo.

Justamente para evitar tais discrepâncias, atenta o art. 49 do Estatuto licitatório para a necessidade de fundamentação da Administração do ato de anulação em “parecer escrito e devidamente fundamentado”. Deve-se, dessa forma, demonstrar claramente os motivos que impulsionaram o administrador a fazê-lo.

A garantia, todavia, não é esgotada na motivação. Além disso, é obrigada a Administração a abrir aos interessados a possibilidade de exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa. A Lei nº 8.666/1993, ao tratar do tema, não especifica se a defesa a ser exercida será contra a revogação ou a anulação, abrindo espaço para ambas no § 3º do art. 49, quando se ao refere ao “desfazimento do processo licitatório”.

Assim sendo, deve o gestor público dar ciência expressa do fato aos interessados no procedimento para que contraponham os argumentos apresentados pela Administração Pública, oferecendo provas que contradigam a vontade administrativa, como assim institui o inciso LV do art. 5º, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Deve-se, dessa maneira, oportunizar aos licitantes a possibilidade de questionar as razões apresentadas pelo administrador e até mesmo produzir provas e apresentar documentos que tenham por escopo desconstituir as razões demonstradas por este para justificar a invalidação do certame.

Além de tudo, sobre a ocorrência de “fato superveniente”, conforme dispõe o art. 49, só é aceitável a revogação por fato ou conjunto de fatos com pertinência suficiente para tornar inoportuna ou inconveniente a contratação, caso contrário prevalecerá a decisão de contratar.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> Licitação Pública – Ação Anulatória – Foro Competente. Ação anulatória de licitação. É competente o foro onde se acha situada a Superintendência da Sociedade de Economia Mista promotora da licitação pública, em cumprimento ao que determina o art. 20 do Estatuto das Licitações. Incidência do art. 100, inciso IV, b, do CPC (TJRJ 05.002.011 – Primeira Câmara Civil; Rel. Des. Amaury Arruda de Souza).

<sup>204</sup> Licitação. Revogação Infundada e Desmotivada. Nulidade. Inobservância do art. 49 da Lei nº 8.666/1993. Apelo Improvido. A revogação do procedimento licitatório somente pode ocorrer por razões de interesse público decorrente de fato superveniente, devidamente comprovado. Inteligência do art. 49 da Lei nº 8.666/1993. A objetividade que é requerida pela Lei de Licitações, para os processos por ela regulados, não se coaduna com a margem de subjetividade que foi dada pela impetrada, quando da revogação da licitação, ao presumir má interpretação das

A expectativa nascida pelo procedimento instaurado por iniciativa da Administração não pode ser desfeita por simples despacho, ainda que fundamentado, a exclusivo critério do agente público.

O fato novo gera a possibilidade de outro exame da matéria, o que abre espaço para uma análise discricionária. É importante atentar que não é propriamente a licitação a ser revogada ou todo o procedimento, mas a decisão de contratar, ínsita ao ato de abertura do certame.

Não pode haver, portanto, discricionariedade na anulação, visto que esta só é justificável quando a motivação da decisão anulatória demonstra a ilegalidade do ato anulado. A anulação, cancelamento ou desfazimento da licitação sem garantia de defesa ou apoiada em motivos insuficientes, acarretarão na declaração de nulidade do ato correspondente e na responsabilização do agente.<sup>205</sup>

A desconstituição de licitação pressupõe a instauração de contraditório, em que se assegure ampla defesa

regras; sem sequer ser provocada neste sentido. O motivo da revogação do processo licitatório sob análise não encontra suporte legal que o justifique. A Administração, ao revogar a licitação infundada e desmotivadamente, infringiu diversos princípios administrativos e constitucionais. Destacadamente, vislumbra-se o desrespeito ao princípio da vinculação ao edital, ao passo que a administração, após abertas as propostas de todos os concorrentes interpretou subjetivamente disposição expressa do edital, entendendo que a mesma era ambígua. A disposição que a autoridade impetrada interpretou como ambígua era perfeitamente clara e facilmente compreensível e, ainda que não o fosse, não era por meio do instrumento revocatório que deveria a administração dirimir qualquer dúvida, e sim, por meio do item 7.3. das Disposições Gerais (esclarecimentos adicionais). O Edital de Licitação, uma vez pronto, em não sendo impugnado antes da abertura das propostas, resta acabado, fazendo lei entre as partes, não podendo, assim, a Administração, aproveitando-se do seu poder de império, interpretá-lo de forma subjetiva. Flagrante o desrespeito ao princípio do julgamento objetivo, pois a administração, ao apreciar as propostas das licitantes, não se apoiou em fatores concretos determinados por ela mesma no Edital. Observa-se, também, o desrespeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório, assegurado constitucionalmente, ao passo que toda decisão desmotivada impede qualquer defesa às partes, principalmente, em se tratando de decisão de cunho meramente subjetivo. Apelo e remessa oficial improvidos (TRF – Quarta R. – AMS 97.04.11490-7 – RS; Quarta Turma; Rel. Juiz Amaury Chaves de Athayde).

<sup>205</sup> Interessante e farta é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a anulação e a revogação: Os atos administrativos, a despeito de gozarem de presunção de legitimidade e autoexecutoriedade, podem ser anulados ou revogados pela própria Administração, de ofício, quando eivados de ilegalidade, ou por motivo de conveniência, na preservação do interesse público. É incontroverso na doutrina e na jurisprudência que a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor confere mera expectativa de direito de contratar, submetendo-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública à celebração do negócio jurídico. A revogação de procedimento licitatório em razão da inexistência de suficientes recursos orçamentários, bem como em razão da inconveniência da aquisição de equipamentos sofisticados, não gera direito à contratação. Mandado de Segurança denegado (MS 4.513/DF).

A autoridade administrativa pode revogar a licitação em andamento, em fase de abertura das propostas, por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado. É salutar que o sistema de comunicações possa ser executado de modo que facilite a concorrência entre empresas do setor e possibilite meios de expansão do desenvolvimento da região onde vai ser utilizado. A revogação de licitação em andamento com base em interesse público devidamente justificado não exige o cumprimento do § 3º do art. 49, da Lei nº 8.666/1993. Ato administrativo com a característica supramencionada é de natureza discricionária quanto ao momento da abertura de procedimento licitatório. Só há aplicabilidade do § 3º, do art. 49, da Lei nº 8.666/1993, quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído, gerou direitos subjetivos ao licitante vencedor (adjudicação e contrato) ou em casos de revogação ou de anulação onde o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como tendo dado causa ao proceder o desfazimento do certame. Mandado de Segurança denegado (MS 7.917/DF).

A licitação é procedimento administrativo que tem por escopo seleção da proposta que melhor atenda aos interesses da Administração. Desclassificado o vencedor do procedimento licitatório, não está a Administração obrigada a firmar contrato de adjudicação com o segundo colocado (ROMS 103/SC).

Não há que se falar em omissão no julgado impugnado se este, apesar de deixar de fazer menção expressa ao argumento levantado pela parte, adota posicionamento contrário à tese por ela exposta. A licitação pública caracteriza-se como um procedimento administrativo que possui dupla finalidade, sendo a primeira a de escolher proposta mais vantajosa para a Administração e a segunda de estabelecer a igualdade entre os participantes. A possibilidade de anulação do procedimento licitatório após celebrado o contrato administrativo não suscita maiores dúvidas porquanto a própria Lei nº 8.666/1993 dispõe que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato dele decorrente. Não observadas as regras legais que regulam tal procedimento, de modo a causar prejuízo à Administração Pública ou a qualquer das partes, impõe-se o reconhecimento da nulidade. A exegese do § 3º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993 mostra que a redação do mesmo é dirigida à autoridade administrativa e não à judiciária. Recursos conhecidos, porém, desprovidos (REsp 447814/SP).

Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer isso, o reino do arbítrio (STF 108.182; Min. Oscar Corrêa): “A regra enunciada no verbete nº 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, seja insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência” (STJ – RMS 407/Humberto).

aos interessados. Esta é a regra proclamada pelo art. 49 da Lei nº 8.666/1993. A declaração unilateral de licitação, sem assegurar ampla defesa aos interessados ofende o art. 49, § 3º da Lei nº 8.666/1993.

Percebida a legalidade do processado, dever-se-á, como dito, analisar a conveniência e oportunidade para a realização do contrato. Se o juízo for favorável, a haverá a adjudicação do licitante; caso contrário, a licitação será revogada.

Apesar da própria decisão de realizar a licitação ser baseada em critérios de oportunidade e conveniência pelo administrador, alguma situação pode acarretar a transformação de tal entendimento. Novo aspecto poderá implicar em nova apreciação discricionária pela Administração.

O que se revoga de fato é a decisão de contratar contida no ato de abertura do certame. O que se questiona, no entanto, é se a revogação só será legítima se ocorrido fato superveniente.<sup>206</sup>

Se quem inicialmente ditou o ato era, à época, portavoz do interesse público e, no momento da edição do ato, não havia outro interesse caracterizado como interesse público, senão o dito, não é razoável que o agente mantivesse a disponibilidade sobre ela. Se assim o fosse, admitir-se-ia possível considerar certos dias um ato como conveniente e em outros o mesmo ato como inconveniente.

Por isso, conclui-se que é impossível à Administração revogar um ato se não ocorreram fatos supervenientes que o justificassem. Se um ato é referido no exercício da competência discricionária, este só poderá ser revogado mediante uma modificação relevante no universo fático, sendo insuficiente o quesito temporal.<sup>207</sup>

Do posto até aqui, poder-se-ia fazer o seguinte resumo: o entendimento majoritário, hoje positivado no art. 49, § 3º, da lei, é no sentido de que a Administração Pública pode não celebrar o contrato, desde que comprove ter havido um motivo superveniente que figure como obstáculo à contratação. Então, a revogação é o desfazimento por motivo de interesse público, sendo um ato discricionário, pautado em um fato superveniente, que tem motivação obrigatória, daí ficar assegurado, quando

já se tem um vencedor da licitação, a ampla defesa e contraditório (art. 49, § 3º). Isso porque, em verdade, o que a adjudicação faz é certificar o direito de o contrato ser realizado com o vencedor da licitação, se esse vínculo obrigacional vier a ser estabelecido com a assinatura do contrato.

Confirmando-se a intenção administrativa em contratar o objeto licitado, aí sim, deverá o vencedor do certame ser convocado a fim de que assine o instrumento do contrato. Neste momento, duas hipóteses podem ocorrer.

Em primeiro lugar, o licitante pode comparecer e assinar o contrato, de modo a iniciar a nova fase da relação entre ele e a Administração (objeto de estudo na segunda parte desse trabalho). De outra forma, pode o licitante se furtar em assinar o contrato, hipótese em que lhe serão aplicadas as penalidades administrativas cabíveis, de acordo com o disposto no art. 81 da Lei nº 8.666/1993.

Em ocorrendo a segunda situação, a Administração poderá se dirigir aos demais licitantes com propostas classificadas, sempre respeitando a ordem de classificação, e propor a celebração do contrato nas mesmas condições constantes da proposta do licitante vencedor (art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993). Se houver aceitação, celebrar-se-á o contrato com o licitante não vencedor que quiser aceitar os termos da proposta vencedora. Mas, se não houver aceitação, não poderá qualquer deles se submeter a sanções administrativas, uma vez que estariam se negando a aceitar as condições oferecidas por outra pessoa, ou seja, o licitante vencedor. E, como se deve reconhecer, apenas a própria proposta vincula o proponente, não havendo de se cogitar da aplicação de sanções nesse caso.

A propósito, esse § 2º do art. 64 é muito frequente em concurso, sendo mais ou menos assim questionado: pode o segundo colocado na licitação exigir da Administração que lhe chame, em vez de fazer nova licitação? Não, não pode exigir, bastando verificar que o dispositivo em comento diz que é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, resolvendo fazer nova licitação. Portanto, o segundo colocado não tem o direito nenhum em exigir esse chamamento.

<sup>206</sup> Para o professor Carlos Ary Sundfeld (*op. cit.*, p. 174), o problema tem a ver com a Teoria Geral da revogabilidade dos atos administrativos, afirmando que: "O ato administrativo, mesmo originalmente praticado com base em competência discricionária, torna-se irretratável, desde que mantidas todas as condições que o produziram. A competência de que o agente dispõe em concreto (vale dizer: para decidir da aplicabilidade ou não da norma em uma específica situação) se exaure com seu exercício. Daí por diante, ele não mais possui a disponibilidade daquela específica competência: ou exerceu-a bem – e o ato será válido e irretratável enquanto mantida a situação que o gerou – o exerceu-a mal – e o ato será inválido, devendo ser anulado."

<sup>207</sup> Sobre a questão do período temporal entre a decisão pela realização do certame e a decisão final de contratar, o professor Carlos Ary Sundfeld (*op. cit.*, p. 174) cita a interessante visão do professor Celso Antônio Bandeira de Mello que, a respeito do assunto, diz o seguinte: "Tempo, só por só, é elemento neutro, condição do pensamento humano e, por sua neutralidade absoluta, a dizer, porque em nada diferencia os seres ou situações, jamais pode ser tomado como fator em que se assenta algum tratamento jurídico desconforme."

A questão maior sobre anulação e revogação, entretanto, refere-se à indenização. Estará obrigada a Administração, ao anular ou revogar um procedimento licitatório, a indenizar o licitante?

A revogação da licitação pode implicar a obrigação de indenização, pela Administração Pública, dos prejuízos sofridos pelos licitantes. Mas só quando a situação que implicou a revogação puder ser imputável à Administração.<sup>208</sup>

E quanto a isto a lei é clara, não só ao dizer que a anulação será decretada pela Administração<sup>209</sup> quando existir no procedimento vício de legalidade, induzindo essa nulidade à do contrato, ou seja, mesmo que o contrato já tenha sido celebrado, este fica comprometido pela invalidação (§ 2º do art. 49),<sup>210</sup> mas também quando diz que, por motivo de ilegalidade, a anulação do procedimento não gera obrigação de indenizar (§ 1º).

Então, quando se fala em anulação, a obrigação de indenizar é tão somente a que está consubstanciada no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993, não havendo qualquer indenização por desfazimento do contrato por motivos de ilegalidade. Vale então conferir o que o dispositivo legal:

*Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.*

*Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.*

Isso nos parece claro, mesmo porque se o sujeito está executando um contrato já há muito tempo, anulando-se a licitação, não seria justo que ele tivesse que devolver tudo que ele recebeu, em virtude do contrato, para a Administração Pública, o que caracterizaria um enriquecimento ilícito. Então, se ele estiver de boa-fé e não tiver também contribuído para a nulidade, ele guarda o que recebeu, anula-se o contrato e ponto final. Essa é a regra geral da licitação, melhor, a regra do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

No que tange à revogação, a maioria da doutrina entende que esta também não gera dever de indenizar, pois

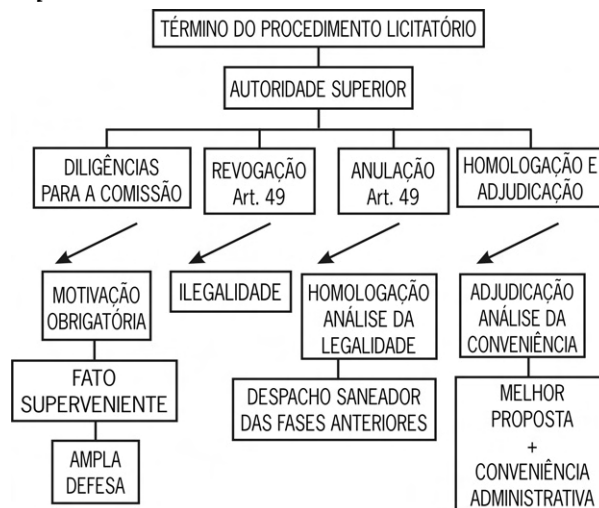
a revogação se faz por motivos de interesse público devidamente justificado, supremacia do interesse público sobre o particular. A Administração Pública não tem que indenizar ninguém pela revogação da licitação, podendo-se conferir no acórdão do Mandado de Segurança nº 4.513/DF, de 2000, da Corte Especial do STJ,<sup>211</sup> que diz o seguinte:

Processual civil. Mandado de Segurança. Licitação. Revogação. Licitante vencedor. Direito à contratação. Inexistência.

Os atos administrativos, a despeito de gozarem de presunção de legitimidade e autoexecutoriedade, podem ser anulados ou revogados pela própria administração de ofício quando eivados de ilegalidade ou por motivos de conveniência na preservação do interesse público. É incontroverso, na doutrina e jurisprudência, que a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor confere mera expectativa de direito de contratar. Na revogação de um procedimento licitatório em razão da inexistência de suficientes recursos orçamentários, bem como em razão da inconveniência da aquisição de equipamentos sofisticados, não gera direito à contratação. Mandado de Segurança denegado.

Pois bem. Celebrado o contrato pelo vencedor ou com o licitante que manifestar interesse, nos termos do art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, inicia-se uma nova relação, agora de caráter contratual, que será objeto de análise na segunda parte desse trabalho.

#### Esquema:



<sup>208</sup> O professor Marçal Justen Filho (*Comentários... op. cit.*, p. 488) compreende como inconstitucional a restrição contida no art. 49, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, afirmando que só existe responsabilidade civil do Estado na hipótese do art. 59, parágrafo único.

<sup>209</sup> Vide Súmulas nºs 346 e 473 do STF.

<sup>210</sup> Diz o professor Diógenes Gasparini (*op. cit.*, p. 541-42) que a invalidação produz efeitos *ex nunc*, isto é, desde então, "retroagem para alcançar a ilegalidade no seu nascedouro e destruir todos os atos e fases subsequentes, inclusive o contrato, se celebrado consoante o § 2º do art. 49 do Estatuto federal Licitatório. A invalidação visa a restaurar a legalidade da licitação".

<sup>211</sup> Referimo-nos a este acórdão em razão de já ter sido pergunta de prova, se era caso de anulação a hipótese de desfazimento por falta de dinheiro. O que seria isso, então? Revogação, é claro.

## 16. Licitação internacional

O tema “licitações internacionais” não poderia ser bem encaixado em outro tópico, de forma sistematizada, sem alguma violência. Ficaria, em qualquer situação, fora de contexto, razão pela qual – tendo em vista, inclusive, que isso não nos afigura motivo suficiente para deixar de abordar o tema – resolvemos, como o fez o professor Marcos Juruena Villela Souto, fazer ao final do tratamento de tudo o que se relaciona com as licitações.

Feita essa explicação preliminar, passemos à análise do tema.

### 16.1. Análise do tema

As licitações internacionais, tratadas no art. 42 da Lei nº 8.666/1993, caracterizam-se pela possibilidade de participação de empresas estrangeiras independentemente de terem autorização para funcionarem no País. Distingue-se, então, da licitação nacional com a possibilidade de participação de empresa estrangeira, já que neste caso é imprescindível que a empresa tenha essa autorização, que deverá ser obtida na forma do disposto no art. 18, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

A participação de empresa estrangeira em licitações nacionais, como explica o professor Marcos Juruena Villela Souto, ocorrerá quando o Brasil assinar acordo de empréstimo com organismos internacionais em razão disto. De modo que se pode concluir que a regra, no âmbito das licitações nacionais, é a não participação de empresas estrangeiras, uma vez que o Brasil não assinou o acordo específico sobre compras governamentais decorrente da rodada de Tóquio do GATT.<sup>212</sup>

A licitação será internacional, então, quando o edital prever a possibilidade de participação de empresa estrangeira sem a necessidade de autorização para funcionamento no Brasil. Nesse ponto, devemos distinguir as empresas estrangeiras das empresas nacionais, em especial das nacionais com capital estrangeiro.

Será considerada empresa brasileira a que tem sede no País e que tenha sido constituída segundo as leis brasileiras. Essas empresas poderão ser de capital nacional, quando o capital for integralizado em sua maior parte por pessoa domiciliada no Brasil (não importando a nacionalidade dos mesmos), ou de capital estrangeiro, quando os sócios que integralizarem a maior parte do capital tiverem domicílio no exterior.<sup>213</sup>

Esclareça-se, ainda, que a prática de atos eventuais no território brasileiro não implica “funcionamento” no País, o que somente ocorre quando o cumprimento do contrato implicar a atuação contínua, por determinado período, no solo brasileiro. Daí se retira que as licitações internacionais somente são aceitáveis quando os contratos não pressuponham essa continuidade.

Feitas essas considerações iniciais, vejamos como tratou do tema em apreço o art. 42 da Lei nº 8.666/1993.

Em primeiro lugar, como já vimos anteriormente (vide item 8.1), as licitações internacionais seguirão a modalidade de concorrência, salvo quando o órgão ou entidade da Administração dispuser de cadastro internacional de fornecedores, caso em que a modalidade eleita poderá ser a tomada de preços ou, ainda, quando fornecedor do bem ou serviço no País, caso em que a modalidade adotada poderá ser o convite (art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/1993).

Em segundo lugar, o instrumento convocatório deverá estar ajustado às diretrizes da política monetária internacional e do comércio exterior, além de atender às exigências dos órgãos competentes. Isto significa que:

- a) os pagamentos poderão ser feitos em moeda nacional ou estrangeira, sendo que, em qualquer caso, deverá ser garantido o mesmo tratamento entre licitantes nacionais ou estrangeiros. Se o pagamento for feito em moeda estrangeira, conforme previsão editalícia, será conveniente a reserva de moeda estrangeira para que se faça frente ao pagamento desse contrato, de modo a não se sofrer com eventuais alterações do câmbio. Se o pagamento for feito em moeda nacional, a conversão do valor da proposta feita em dólar será feita na data do pagamento;
- b) as normas de comércio exterior editadas pelo Brasil deverão ser observadas, de modo que não se admitiria, por exemplo, que o edital contivesse como objeto a compra de bens importados cuja importação não é admitida pela legislação brasileira.

O que se nota, com maior evidência, nesse dispositivo legal é a intenção de promover uma equiparação material entre as propostas brasileiras e estrangeiras, especialmente no que se refere à tributação das operações. É que o legislador mencionou que os encargos que onerarem as propostas brasileiras deverão integrar as pro-

<sup>212</sup> SOUTO, *op. cit.*, p. 225.

<sup>213</sup> Essa definição constava do art. 171 da Constituição de 1988. Entretanto, tal dispositivo legal foi revogado pela Emenda Constitucional nº 06/1995, razão pela qual a fonte normativa da distinção ora explicada subsiste apenas no Decreto-lei nº 2.627/1940.



postas estrangeiras, de modo que estas não saiam prestigiadas em relação às propostas nacionais. Isso, contudo, não autoriza simplesmente a adição de encargos tributários previstos em nossa legislação não previstos nas leis alienígenas. O que se pode fazer é não aplicar eventual favor fiscal existente na legislação pátria em proveito de empresas estrangeiras.<sup>214</sup>

Além desse aspecto econômico, tem-se a exigência de que as garantias de pagamento exigidas sejam de igual peso entre os licitantes, sejam eles brasileiros ou estrangeiros. E mais: as cotações deverão levar em conta a entrega do objeto no mesmo local de destino para ambas as espécies de licitantes.

O mais complicado da disciplina das licitações internacionais está previsto no § 5º do art. 42, da Lei nº 8.666/1993. Trata-se, na hipótese, da licitação realizada com recursos provenientes de organismos internacionais ou de agências oficiais de cooperação estrangeira. Nesses casos, poderão ser adotadas as condições previstas em tratados internacionais incorporados à ordem jurídica pátria na forma determinada pela Constituição, além de normas e procedimentos daquelas instituições, o que afastaria a aplicação da Lei nº 8.666/1993, inclusive quanto aos critérios de seleção da proposta mais vantajosa. Porém, em hipótese alguma, admitir-se-á que tais normas, procedimentos e critérios sejam desconformes com os princípios da licitação, frisando que a adoção dessas normas, procedimentos e critérios somente será admitida quando forem condição para liberação do financiamento ou da doação.

## **17. As alterações no contrato administrativo das “microempresas” e das “empresas de pequeno porte” após a lei complementar nº 123/2006**

### **17.1. Breve histórico sobre as licitações e contratos públicos diferenciados para as pequenas empresas**

A ideia de conferir incentivo à economia das microempresas e empresas de pequeno porte não é nova, tendo-se notícia que foi no decorrer da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que os Estados Unidos pioneiramente buscaram inserir no mercado bélico as pequenas empresas,

dadas as suas expressivas desvantagens econômicas perante as grandes indústrias voltadas para guerra.

Dentro deste contexto, os Estados Unidos criaram um instituto<sup>215</sup> que passou a tratar de contratos governamentais destinados às pequenas empresas, tendo, contudo, se extinguido após o final da guerra e se sucedido outros do gênero. Mas foi somente em 1953 que nasceu a “Administração de Pequenas Empresas dos Estados Unidos”,<sup>216</sup> vigente até a presente data, não obstante ter sofrido alterações ao longo dos anos para se adaptar às novas condições que foram alterando o quadro econômico e social do país.

Nesta sequência da reconstrução do pós-guerra, o Japão foi o segundo país que deu início a esta política específica destinada ao benefício das pequenas empresas, criando em 1948 a “Agência da Pequena e Média Empresa”.<sup>217</sup> A criação desta Agência tinha por escopo incentivar o desenvolvimento da economia nacional, expressivamente prejudicada pelos resquícios do fim da guerra.

Com isso, empresas menos favorecidas economicamente tiveram oportunidade de se expandir, reduzindo a concentração do poder econômico monopolizado nas empresas de grande porte e gerando concorrências mais justas entre elas. E foi com base neste ideário que incluíram a “pequena empresa” nas compras governamentais.

A Europa,<sup>218</sup> por seu turno, somente mais tarde se engajou na inclusão destes benefícios destinados às pequenas empresas, incluindo a França às compras governamentais a partir de 1980; e o Canadá na década seguinte, em 1995.

### **17.2. As novas regras no processo licitatório e nas contratações públicas para as pequenas empresas brasileiras**

Não é difícil concluir que com o advento da globalização houve a consequente expansão das ideias que evoluíram no âmbito jurídico das nações desenvolvidas. No caso específico das licitações e contratos públicos diferenciados para as pequenas empresas, podemos dizer que o Brasil se valeu destas evoluções ocorridas nos outros países, importando ideias e experiências bem-sucedidas, resguardadas as devidas proporções no que se

<sup>214</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, op cit., p. 424-25.

<sup>215</sup> Trata-se da “Corporação de Pequenas Fábricas de Material Bélico” (Smaller War Plants Corporation – SWPC), criada em 1942 e extinta após o fim da guerra.

<sup>216</sup> Sigla em inglês: “The U.S. Small Business Administration – SBA”.

<sup>217</sup> Sigla em inglês: “Small and Medium Enterprise Agency – SME”.

<sup>218</sup> Logo em seguida, Alemanha e Itália também incluíram as pequenas empresas nas políticas de inserção das contratações públicas, iniciativa esta que só foi acolhida pela Inglaterra tardiamente em 2003, na esteira das negociações da União Europeia, que buscava a inclusão de outros países do Bloco nestas mesmas regras para as licitações das pequenas empresas.

Já o Canadá implementou medidas aplicáveis às políticas de compras governamentais para as pequenas empresas a partir de 1995.

refere às adaptações legislativas que devem ser feitas em cada país, haja vista as suas peculiaridades.<sup>219</sup>

De fato, o papel do legislador também compreende analisar, adaptar e trazer legislações de ordenamentos jurídicos alienígenas, quando é notório que o contexto da lei foi bem-sucedido e gerou o progresso de determinado segmento, valendo-se, inclusive, das experiências anteriores de outros países, sejam elas positivas ou negativas.

Dentro deste contexto, a título de ilustrar a importância desta avaliação de legislações estrangeiras anteriores, merece ser trazida à baila a experiência negativa ocorrida nos Estados Unidos, até hoje ainda não solucionada totalmente.

Trata-se da ocorrência em que grandes empresas se utilizavam, indevida e ilegalmente, da legislação aplicável à licitação das pequenas empresas, as quais eram mantidas como “empresas de fachada”, facilitando com isso que grandes empresários se beneficiassem das regras diferenciadas e favoráveis que não lhes eram de direito.

Para isso, as grandes empresas se valiam de diversos mecanismos ilegais, tais como a compra de cotas de capital dentro das pequenas empresas; o desmembramento de grandes empresas, após as suas constituições; a subcontratação irregular etc.<sup>220</sup>

Por isso mesmo, o legislador deve levar em consideração, sobretudo, o que eventualmente não deu certo, elaborando normas mais práticas e concisas que se apliquem a cada país, o que contribui para que as leis sejam editadas com poucas chances de insucesso.

#### 17.2.1. A previsão legal do novo processo licitatório brasileiro aplicável às pequenas empresas e às empresas de pequeno porte

No que tange à previsão legal quanto ao processo licitatório e as contratações públicas das pequenas e médias empresas, no caso do Brasil podemos assegurar que

foi a Constituição Federal de 1988 que passou a prever estas regras de tratamento diferenciado, a partir dos seguintes dispositivos:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

[...]

*IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).*

[...]

*Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (Grifos sobre o texto original).*

Com o objetivo de regulamentar tais matérias, foi então editado o já revogado Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, com a Lei nº 9.841/1999, que no Capítulo VII tratava ‘Do Desenvolvimento Empresarial, fazendo expressa referência em seu art. 24 ao tratamento favorecido e diferenciado na política de compras governamentais das microempresas e empresas de pequeno porte,<sup>221</sup> os quais se referem os precitados textos da Constituição Federal:

*Lei nº 9.841/1999:*

*Art. 24. A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei. (grifamos o texto original)*

<sup>219</sup> É o caso, por exemplo, do *pregão eletrônico*, introduzido no Brasil no ano 2000, copiado do modelo norte-americano *Federal Acquisition Computer Network – Facnet*, o qual foi implantado nos Estados Unidos em 1997. Cronologicamente falando, podemos constatar que o Brasil importou a ideia do modelo americano do *pregão eletrônico* apenas 3 anos depois deste ter sido iniciado na América.

Com isso, neste período puderam ser avaliadas todas as eventuais falhas e problemas do novo sistema já em funcionamento, o que traz uma grande vantagem para o governo que passa a adquirir um sistema semelhante, já que descartará os pontos negativos já experimentados pelo país pioneiro. A partir desta premissa fica evidenciado que o Brasil, ao trazer para o seu uso sistemas já implantados e experimentados por outros países, carrega a vantagem de poder se valer das experiências vividas por outras nações, bastando ao legislador se valer da criatividade e discernimento para implantá-las à sua realidade.

<sup>220</sup> A consequência disso foi o desvio das cotas cuja lei reserva às pequenas empresas, em valores que ultrapassaram a cifra de US\$ 100.000.000.000 (cem bilhões de dólares) no período que compreendeu os anos de 2000 a 2005. Esta fraude se deu justamente por meio de uma brecha encontrada na lei, o que facilitou a ação de empresários fraudadores. Os valores desviados foram integrados ao capital de grandes companhias dos setores de informática, petróleo, aviação, entre outras, que obviamente não se encaixavam entre os requisitos das pequenas empresas beneficiadas pela lei de licitação governamental.

Após o início das investigações pelo *Small Business Administration – SBA*, mais de 600 (seiscentos) empresas irregulares já foram excluídas dos cadastros das pequenas empresas, não se sabendo, ao certo, quantas ainda estão funcionando à margem da ilegalidade.

<sup>221</sup> Devemos ressaltar nesta oportunidade que o primeiro Estatuto brasileiro da Microempresa foi instituído pela Lei nº 7.256/1984, mas este não fazia alusão aos contratos governamentais das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, o que faz com que a Lei nº 9.841/1999 seja de fato o primeiro Estatuto sobre esta matéria.

Ocorre, todavia, que a parte final do artigo, conforme frisado, trazia a expressa previsão de que a aplicação do dispositivo estava condicionada à regulamentação de lei, o que de fato não ocorreu, tornando sem efeito a intenção do legislador de aplicar o “processo especial e simplificado” à política de compras governamentais das microempresas e das empresas de pequeno porte naquela oportunidade.

Em face do ocorrido, o aludido Estatuto foi revogado pela edição da Lei Complementar 123/2006, o novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que criou normas específicas sobre contratos e licitações públicas no tocante às obrigações administrativas previstas no art. 179 da CF/88, e que derogaram as normas genéricas da Lei nº 8.666/1993.

Segundo a doutrina, o novo Estatuto foi inspirado em legislações internacionais que se sucederam ao longo dos anos e cujos resultados foram positivos na prática. Para sermos mais específicos, o Estatuto brasileiro se baseou em grande parte nas ideias do Estatuto americano, editado em 1953, que é o “Ato das Pequenas Empresas” com as devidas alterações, em relação às condições predominantes em nosso país.

Não obstante ter o Estatuto brasileiro aproveitado parte das ideias do Estatuto americano, a edição entre um e outro soma um intervalo de mais de meio século. Isto configura um expressivo atraso na legislação brasileira em relação às legislações dos países desenvolvidos quanto ao incentivo dado às microempresas e empresas de pequeno porte no tocante às compras governamentais.

O certo é que a edição da Lei Complementar nº 123/2006 abre novos caminhos para inserção destas empresas no mercado em melhores condições de igualdade com as grandes empresas, passando a permitir que

a Administração Pública dispense a elas tratamento diferenciado e favorecido nas contratações governamentais.

Isto não significa, todavia, que a Administração Pública, ao firmar contratos governamentais com ditas empresas, esteja unicamente concedendo uma ajuda às suas expansões, o que por consequência realmente ocorre.

Mais que isso, ao contratar com pequenas empresas a Administração Pública está contribuindo para um incremento econômico e social no país, incentivando o seu desenvolvimento local e regional com um maior número de empreendimentos e empregos e injetando capital no mercado de bens e valores.

#### 17.2.2. O diferencial na Lei Complementar nº 123/2006 para conter o desvio nas licitações públicas

Conforme explanado anteriormente a respeito dos vultosos valores desviados por grandes companhias nos Estados Unidos, e que se destinavam ao favorecimento das licitações públicas das pequenas empresas; bem como sobre a oportunidade que teve o legislador brasileiro em avaliar as experiências negativas das leis já em vigor em países estrangeiros, podemos asseverar que houve uma cautela nestes tópicos na elaboração da lei brasileira.

Assim, com o intuito de evitar as experiências negativas relacionadas aos desvios de licitações pelas grandes empresas, o legislador inseriu na lei complementar brasileira um dispositivo que elenca espécies de pessoas jurídicas que não se incluem no regime diferenciado e favorecido. Trata-se do § 4º do art. 3º.

Com isso, este dispositivo da lei procurou “cercar” o rol das empresas que se encaixam como beneficiárias do tratamento diferenciado nos contratos governamentais, justamente elencando as que não se enquadram nas exceções para esta finalidade.<sup>222</sup>

<sup>222</sup> Lei Complementar nº 123/2006

[...]

Art. 3º [...]

§ 4º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;

VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X – constituída sob a forma de sociedade por ações.

### 17.3. A previsão do tratamento diferenciado na Lei Complementar nº 123/2007

A Lei Complementar nº 123, publicada em 15 de dezembro de 2006, que instituiu o novo “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte” e alterou o dispositivo de outras leis, passou a dispor sobre as “licitações públicas” destas empresas em seu Capítulo V, denominado “Do Acesso aos Mercados”.<sup>223</sup>

A nova lei não traz em si apenas a responsabilidade de ter introduzido o Brasil numa nova prática de licitação pública, já iniciada nos Estados Unidos e na Europa há mais de cinco décadas, mas tem por fim, sobretudo, tornar efetivo o ordenamento jurídico vigente, em especial as normas constitucionais que norteiam este tema.

Visto sob este prisma, podemos perceber que a Constituição Federal, em seu Título que trata da “Ordem Econômica e Financeira”, já dispunha originariamente em seu art. 179 a previsão de um “tratamento jurídico diferenciado” às microempresas e às empresas de pequeno porte, a ser dispensado pela União, Estados, Distrito Federal e Município, e pendentes de lei para a sua regulamentação.

Da mesma forma, o texto do art. 170, inciso IX, traz como um dos *princípios da ordem econômica e financeira* o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte”, mas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país, sendo que esta redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 6/2005, em substituição à redação originária.<sup>224</sup>

A antiga redação, diferentemente, previa o “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”. Conforme se constata, não

fazia o legislador constituinte originário qualquer alusão à questão da localidade da sede ou da administração da empresa, abrindo uma brecha na lei para que “empresas de pequeno porte”, ainda que de natureza brasileira e constituída com capital nacional, eventualmente tivessem suas sedes ou administrações em outros países.

Com isso, buscou o legislador constituinte derivado restringir este benefício tão somente às empresas de pequeno porte fixadas no país, e não apenas às que foram constituídas sob as leis brasileiras, evitando, assim, que tal benefício se estenda a empresas com sede ou administração em países estrangeiros.

Já no que alude à Lei Complementar nº 123/2006 propriamente dita, a sua edição teve como principal pressuposto regulamentar o *tratamento favorecido às microempresas e as empresas de pequeno porte*, as quais encontram suas definições<sup>225</sup> inseridas no art. 3º, que abrange todo o Capítulo II da Lei.

Registramos ainda que este *tratamento favorecido* tem amparo constitucional, pois se constitui em um dos princípios da ordem econômica, exposto no inciso IX do art. 170 da Constituição Federal, sendo o que reza expressamente o art. 1º da Lei Complementar sob análise:

*Art. 1º – Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

Quanto ao tema do tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte na *contratação pública*, este encontra respaldo no art. 47 da Lei, nos termos que se lê a seguir:

<sup>223</sup> Lembramos que no antigo Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, Lei nº 9.841/1999, revogada pela LC nº 123/2006, o tema das ‘licitações públicas’ era tratado em seu Capítulo VII, denominado ‘Do Desenvolvimento Empresarial’.

<sup>224</sup> É fato que após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, várias Emendas foram adicionadas, buscando aperfeiçoar o texto original, como é o caso da Emenda nº 6/05, bem como enquadrá-lo às novas realidades surgidas.

Não obstante a importância de “atualizar” o texto constitucional, devido às sucessivas mudanças sociais que influenciam os vários assuntos elencados na Constituição Federal, sobretudo se pensarmos que já se passaram vinte anos desde a sua promulgação, e que neste meio tempo muito se evoluiu no país; há incisivas críticas doutrinárias no sentido de considerar excessivo o número de Emendas que são editadas a cada ano. Há quem diga, inclusive, numa linguagem mais informal, que a nossa Constituição já se tornou uma “colcha de retalhos”, dada a quantidade de Emendas que vem a ela se agregando.

<sup>225</sup> Lei nº Complementar 123/2006:

[...]

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). [...]

*Lei Complementar nº 123/2007*

*Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. (grifamos o texto original).*

É importante que se diga que a vigência da lei em si não passa a dispensar este diferencial às pequenas empresas automaticamente. Além de ser necessária uma adaptação nos procedimentos licitatórios dos entes públicos, a própria lei prevê, na parte final do art. 47, a regulamentação na legislação do ente que a tornar efetiva.

Esta exigência também encontra amparo constitucional, em seu art. 22, o qual elenca os assuntos que são de competência privativa da União para legislar e traz em seu inciso XXVII as normas gerais de licitação e contratação:

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Sendo assim, sobreleva-se a competência legislativa das demais pessoas federativas para instituir normas específicas, as quais terão o caráter complementar em relação às normas gerais.

#### 17.4. As três modalidades de tratamento diferenciado na LC nº 123/2006

O tratamento favorecido e diferenciado nos contratos governamentais das pequenas empresas e empresas de pequeno porte podem se dar sob três formas distintas, a teor do que dispõe o art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006:

*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:*

*I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*

*II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;*

*III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.*

*§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.*

*§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.*

#### 17.5. O tratamento “favorecido” disposto na LC nº 123/2007 e a igualdade de condições estatuída no art. 37, XXI, da CF/1988: Normas conflitantes?

No tocante ao contrato administrativo e às regras do procedimento licitatório, é justificadamente questionável se o *tratamento favorecido* disposto na LC nº 123/2007 e aplicável às empresas de pequeno porte, no que tange às suas obrigações administrativas, quando constituídas sob as leis brasileiras e tenham sua sede e administração no País, não vão de encontro à norma constitucional do art. 37, XXI, a qual assegura *igualdade de condições* aos concorrentes nas licitações públicas. Vejamos o inteiro teor do que reza o inciso XXI do art. 37:

*Art. 37*

*XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifamos o texto original).*

Cumpre-nos informar que este dispositivo foi devidamente regulamentado pela edição da Lei nº 8.666/1993, que é o Estatuto Nacional de Licitação Pública, pois que, de acordo com o que preconiza a Constituição Federal em seu art. 22, XXVII, *in verbis*, as normas gerais de licitação e contratação serão legisladas privativamente pela União:

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (Grifamos o texto original).*

Ressaltamos, neste ponto, que embora a competência privativa para legislar normas gerais de licitação e contratação seja da União, vide Lei nº 8.666/1993, impõe-se aos demais entes federativos a regulamentação da matéria, por meio de legislação própria. Sendo assim, normas específicas editadas pelos entes federados terão o caráter complementar.

Já no que alude ao *tratamento favorecido*, oportuno lembrar que o disposto na Lei Complementar ora em estudo, nº 123/2007 (Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte), tem seu respaldo no inciso IX do art. 170 da Constituição Federal, se inserindo tal princípio entre os princípios gerais da atividade econômica.

Com efeito, podemos asseverar que tanto o princípio do *tratamento favorecido* como o da *igualdade de condições* tem arcabouços constitucionais, daí a possibilidade de suscitar se não seriam tais normas conflitantes.

Ocorre, todavia, que no próprio texto da Constituição Federal encontramos a razoável resposta para este suposto conflito de normas constitucionais, concluindo-se facilmente qual princípio prevalece sobre o outro, se não vejamos:

Com o discorrer do que foi narrado nesta sequência, vimos que o princípio da igualdade de condições entre os concorrentes da licitação pública, inserido no artigo constitucional 37, em seu inciso XXI, equivale à norma geral, que no ordenamento infraconstitucional está materializado na Lei nacional nº 8.666/1993, conforme determina o também citado e transcrito art. 22, inciso XXVII.

Por outro lado, o próprio inciso XXI do art. 37, antes de pronunciar que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”, faz a expressa ressalva da aplicação desta regra para os casos especificados na legislação.

Resta-nos, com isso, asseverar que o assunto em análise, que privilegia o tratamento favorecido disposto na LC nº 123/2007 e com respaldo constitucional no art. 170, inciso IX, se encaixa nos casos de “ressalva especificada na legislação”, que é expressamente mencionada na parte inicial do inciso XXI do art. 37, que é a regra geral da igualdade de condições.

Com efeito, resta evidenciado que o *tratamento favorecido* aplicável às microempresas e empresas de peque-

no porte, no que tange às contratações públicas destas com a União, os Estados e os Municípios,<sup>226</sup> disposto no art. 47 da LC nº 123/2007, trata-se de norma especial, com suporte fático e de caráter excepcional.

Já a regra do art. 37, inciso XXI, que prega a igualdade de condições aos concorrentes em processo de licitação pública equivale à regra geral, sendo certo que “regramento especial” prevalece sobre a “regra geral”, daí a inocorrência de conflito entre estas normas, sendo este o entendimento que prevalece segundo a melhor doutrina vigente.

#### 17.6. As ressalvas criadas pela Lei Complementar nº 123/2006

A próprio legislador tratou de fazer as devidas ressalvas às hipóteses de licitações privilegiadas criadas pelo novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, elencando um rol taxativo de situações fáticas, no art. 49 do Estatuto, em que tais benefícios não são extensíveis às microempresas e empresas de pequeno porte. Oportuna uma completa leitura destas hipóteses:

*Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:*

*I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;*

*II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;*

*III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;*

*IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*  
(Grifamos o texto original).

Com efeito, quando uma destas situações for predominante, não há falar em tratamento favorecido e diferenciado nas licitações públicas das pequenas empresas e empresas de pequeno porte, passando a prevalecer a regra geral de licitação contida na Lei nº 8666/1993.

<sup>226</sup> Embora o legislador tenha feito alusão apenas à União, aos Estados e aos Municípios, quando instituiu o tratamento favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte na realização de contratações públicas com estes entes, a doutrina tem acatado o entendimento de que este tratamento se aplica igualmente aos Distritos Federais, pois que não teria o legislador nenhum motivo aparente para os excluir do rol destes entes públicos.

## Contratos Administrativos

### 1. Noção de contrato

A ideia de contrato não é recente. De fato, desde época anterior à utilização da moeda, em que os negócios eram realizados por meio de trocas, já se fazia presente a formação de contratos, muito embora aqueles que o celebravam não atinassem para esse fato.

Sem dúvida, desde a remota época em que a sociedade se organizava em tribos, quando ainda não havia uma legislação civil estruturada, até o momento do surgimento das grandes civilizações, as relações civis entre os indivíduos ensejavam a realização de verdadeiros contratos, de origem estritamente fática, e que posteriormente vieram a ser regulados por legislação própria.

Os romanos, todavia, entendiam que o contrato só seria possível se fosse instrumentalizado, dando ênfase, assim, ao seu aspecto formal. Se não houvesse obediência a uma forma previamente estabelecida, se não fosse seguido um específico ritual, não haveria contrato.

Por outro lado, se o contrato observasse o ritual prévio, gerava obrigações para as partes, que poderiam exigir o seu cumprimento pela via judicial, em caso de inadimplemento.

O Direito romano distinguia *pacto* de *contrato*. O pacto não era dotado de exigibilidade, ao passo que o *contractum* permitia que seu objeto fosse perseguido em juízo. Tal distinção perdeu razão de ser, principalmente depois de Savigny, que em uma de suas obras (*Obbligazioni*) comenta expressamente que não há distinção entre os dois institutos. Na verdade, trata-se de um único instituto, que possui dois nomes diferentes para identificá-lo. Ou seja, pela ótica de Savigny, pacto e contrato são sinônimos.

Havia diferença, contudo, entre o contrato do Direito romano e o da atualidade, sobretudo no que se refere à sanção imposta pelo descumprimento. O inadimplemento contratual, em Roma, poderia acarretar penas corporais. Respondia o devedor inadimplente com a sua própria integridade física e com a sua liberdade, em caso de descumprimento contratual.

Atualmente, o devedor, na hipótese de inadimplência, responde apenas com seu patrimônio. No Direito pátrio, admite-se a prisão civil por dívida somente nas hipóteses do devedor de alimentos e do depositário infiel. Ainda assim, há infindáveis discussões nos Tribunais Superiores e na doutrina quanto à possibilidade de

prisão civil do depositário infiel, haja vista as disposições em contrário constantes do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil.

Característica do contrato é o fato de ser bilateral em sua formação, embora em seus efeitos possa ser unilateral, bilateral, ou até multilateral. Trata-se de ato negocial, que cria direitos e gera obrigações. É um acordo de vontades, que pressupõe o consentimento das partes, por meio do qual há a finalidade de adquirir, modificar, resguardar transferir ou extinguir direitos.

Uma vez celebrado, o contrato obriga as partes (*lex inter partes*), que não podem se arrepender ou revogá-lo, a não ser que haja mútuo consentimento. É o princípio da obrigatoriedade, que possui como corolário a máxima romana *pacta sunt servanda*, segundo a qual os contratos devem ser cumpridos.

Característica básica do contrato advém do fato de que tem origem na declaração de vontade dos contratantes. Nasce da vontade livre dos contratantes. É a liberdade de contratar, fundamentada no princípio da autonomia da vontade. Ninguém pode ser obrigado a contratar com ninguém. Vindo alguém a ser forçado a contratar, caracteriza-se, aí, a *vis absoluta* (coação física), na qual o indivíduo é fisicamente constrangido à celebração, ou a *vis compulsiva* (coação moral). Em ambos os casos, há vício na formação do contrato, podendo caracterizar, no primeiro caso, a inexistência do contrato, por não haver vontade a respaldá-lo, ou, na hipótese de coação moral, a sua nulidade, pois embora haja vontade, a mesma se encontra viciada.

A liberdade de contratar tem como consequência a liberdade de escolha dos termos do contrato. Os contratantes podem livremente escolher quais as cláusulas que estarão presentes no contrato, de acordo com suas próprias conveniências.

No entanto, a liberdade de contratar não é tão ampla assim. E nem poderia ser. Se as partes pudessem escolher, com total liberdade, os termos do contrato, funestas consequências poderiam advir. Uma das partes poderia ser sobrecarregada de obrigações, ao passo que a outra teria apenas pequeno ônus a suportar. O contratante socialmente mais fraco estaria à mercê do economicamente forte, tendo que tolerar encargos desproporcionais e, muitas vezes, superiores às suas próprias forças.

Por isso, contrapondo-se ao princípio da autonomia da vontade, há a intervenção do Estado na relação contratual, a fim de não se permitir a subjugação do desvalido economicamente, conduzindo-o à condição de miserabilidade.

De acordo com o dirigismo contratual, ou seja, a intervenção estatal no contrato, as cláusulas contratuais não podem ferir o princípio da ordem pública nem os bons costumes. Ao elaborar o contrato, devem os celebrantes observar as normas de ordem pública aplicáveis ao caso, sob pena de nulidade. São normas de ordem pública aquelas relativas ao Direito Público, referentes aos contratos administrativos, tendo em vista a supremacia dos interesses públicos sobre o interesse privado, bem como as relacionadas à organização da família, ao direito do trabalhador, ao direito sucessório, do consumidor etc.

Bons costumes são aqueles que não atentam contra a moral, conceito que se adapta a cada época e lugar, já que o que pode ser considerado honesto e moral em um determinado local ou época, pode ser desonesto e imoral em outra situação. Portanto, não basta que o contrato seja lícito, esteja de acordo com a lei, mas é necessário que seja moral, seja conforme a moralidade social vigente em determinada época e determinado local.

Já diziam os antigos que *non omnes quod licet honestum est*, nem tudo o que é lícito é honesto. Nem tudo o que é direito é moral. Dessa forma, além da legalidade do ato, há que se analisar a sua moralidade, senão fere-se a moral social vigente. E no campo do Direito Público, há que se analisar se o ato não fere o princípio constitucional da moralidade administrativa, mediante o qual o administrador, ao praticar um ato administrativo, deve se ater não apenas à sua legalidade, conveniência e oportunidade, mas também aos padrões de honestidade, probidade, lealdade, decoro e boa-fé.

## 2. Conceito de contrato administrativo

Como dito anteriormente, contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Tem como característica a finalidade negocial, inserindo-se nesse contexto o contrato administrativo, que é, inequivocamente, espécie do gênero contrato.

Assim, contrato administrativo é o contrato que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. No contrato administrativo há a necessidade da presença da Administração Pública, direta ou indireta, atuando com determinadas prerrogativas, com o intuito de atender a uma finalidade pública.

O objetivo do contrato é o atendimento do interesse público, na forma da lei, de modo que não é suficiente que se analise o objeto a fim de identificar um contrato administrativo; é necessário também visualizar a aplicação que será dada ao objeto a ser contratado. Se, olhando o objetivo, verifica-se, pela sua destinação, que atende ao interesse público, na forma da lei, teremos um contrato administrativo.

Esse trecho do conceito é muito importante porque toda a doutrina vai discutir o *contrato administrativo pelo objeto*. Assim, reconhecer se o objeto atende ou não ao interesse público, na forma da lei, é crucial. Tomando-se a destinação do objeto, vai-se poder dizer se o contrato é administrativo ou não. Se a destinação é atender ao interesse público, o contrato será administrativo, podendo, então, ter as características e as cláusulas que não poderia ter se fosse um contrato em que a Administração Pública fosse parte, mas sem o objetivo de atender ao interesse público, na forma da lei.

Os contratos administrativos podem ser *contratos de colaboração*, que é todo aquele em que o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração, como ocorre nos ajustes de obras, serviços ou fornecimentos, ou *contratos de atribuição*, que é aquele em que a Administração confere determinadas vantagens ou certos direitos ao particular, tal como o uso especial do bem público.

Na relação jurídica do contrato administrativo há peculiaridades, próprias de sua natureza, que se revestem de algumas características, sendo uma delas a de ser sempre *consensual* (consubstancia um acordo de vontades, não um ato unilateral e impositivo da Administração, como o ato administrativo) e, em regra, *formal*, porque é expresso, em regra, *por escrito, sob pena de nulidade* (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993). A única exceção está no próprio parágrafo único do art. 60, valendo conferir:

*Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.*

*Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento. (grifos nossos)*



Nesse mesmo compasso, importante é observar que o art. 62 da lei não exclui essa solenidade, quando dispõe que:

*Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (grifo nosso)*

Ou seja, a faculdade do art. 62 não deve ser entendida como exceção à regra de que o contrato administrativo deve ser escrito, uma vez que o dispositivo não admite o contrato verbal, mas apenas permite que o instrumento contratual seja substituído por outros instrumentos hábeis e escritos. A enumeração dos instrumentos hábeis a substituir o contrato, constante do art. 62, é apenas exemplificativa. No entanto, a norma *não faculta a substituição do contrato por outros meios não escritos*, tais como a palavra, o gesto, ou mesmo o silêncio.

A Administração Pública, direta ou indireta, é sempre contratante. A regra geral é que o contrato administrativo seja celebrado entre a Administração e o particular, mas nada impede que a parte contratada também possa ser uma pessoa da Administração Pública.

Exemplo para isso é quando, no caso de dispensa de licitação, uma pessoa da Administração Pública é contratada para produzir a mercadoria, para prestar o serviço, ou para realizar obras públicas. Dispensa-se a licitação quando essa outra pessoa da Administração Pública trabalha com os preços médios de mercado. Ela prestará o serviço como se fosse um particular, porque o interesse público é manifestado pelo contratante.

Além dessas particularidades da relação jurídica contratual, outras há, como:

- **Bilateralidade.** Os contratos administrativos são bilaterais no sentido de que as duas partes contratantes têm obrigações recíprocas, ambas tendo que assumi-las.
- **Onerosidade.** Os contratos administrativos são *obrigatoriamente* onerosos, tendo que ser expressos em moeda.

Uma grande parte dos contratos, porém, não pode ser catalogada como contratos administrativos, como é

o caso do comodato que, em relação ao objetivo econômico do comodatário, é gratuito. E comodato de bem público é possível e muitas leis o admitem. O Rio de Janeiro, por exemplo, foi recebendo imóveis em pagamento de impostos e muitas vezes a Administração dá estes imóveis em comodato a instituições beneficentes. Contudo, esse contrato não é administrativo, porque não há onerosidade em relação ao objetivo principal do contrato; será, sim, um contrato de Direito Privado, um contrato de doação, do qual a Administração Pública é parte, como doadora.

- **Comutatividade.** Esta característica da relação contratual está embutida na onerosidade, pois as prestações, além de terem valor econômico, obrigatoriamente se equivalem. O objeto vale o mesmo que o preço, não só no momento da contratação, mas durante toda a execução do contrato, nascendo daí uma expressão repetida em vários trechos da Lei nº 8.666/1993, qual seja: “equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

No contrato administrativo o preço é imutável e, nessa situação, faz lei entre as partes. O preço ajustado pelas partes decorre da proposta vencedora na licitação. A partir daí, o preço tem que ser constantemente atualizado, diante de mutações que poderão ser impostas pela Administração no objeto. A Administração está obrigada, até mesmo unilateralmente, a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Se não o mantiver, o Poder Judiciário poderá fazê-lo.

Todas as causas da *teoria da imprevisão* têm por fundamento a cláusula *rebus sic stantibus*, em que, no curso do contrato, ocorrem efeitos excepcionais e imprevisíveis, subvertendo equação econômica e financeira do pacto, assim não podendo o contrato ser cumprido de acordo com as condições em que foi celebrado, podendo ocorrer: ou a rescisão, ou, em caso de possibilidade de cumprimento, terá a parte que se sentir prejudicada direito a revisão do preço. Correspondem tais efeitos a fatos imprevisíveis, fora da normalidade, da cogitação dos contratantes, que obstaculizam ou comprometem o cumprimento do contrato para uma das partes, aplicando-se aos contratos administrativos em função da comutatividade obrigatória, impondo, dessa forma, imediata revisão do ajuste para recompor os interesses pactuados.

O mesmo se diga em relação ao *fato do príncipe*, que é uma determinação estatal geral, um ato do governo

que atinge o contrato, onerando-o substancialmente sua execução.<sup>227</sup> Teoria que retrata a ocorrência de um fato atribuído ao Estado (há quem defenda que o ato estatal deve ser do mesmo ente que celebrou o contrato). Aqui há culpa do Estado. Assim, se fato imputado ao Estado, mesmo que não seja ilícito, ocasionar a impossibilidade de conclusão do mesmo, ensejará a indenização, ou se, a maior onerosidade, caberá a revisão do preço.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que é mister identificar qual o ente que fez o ato genérico e qual o que fez o contrato. Em sendo os mesmos, é fato do príncipe; em sendo diferentes, é teoria da imprevisão.<sup>228</sup>

Um exemplo é a mudança da banda cambial realizada pelo Banco Central. Um contrato de fornecimento contínuo de remédios adquiridos no estrangeiro terá que ser revisto, em caso de mudança cambial, para que se mantenha a equação econômico-financeira. Quando isso acontece, a Administração tem que rever o preço do contrato. Sobre isso há uma norma geral no § 1º do art. 58, da Lei nº 8.666/1993.

O equilíbrio econômico-financeiro pode ser alterado nos dois sentidos. A Administração pode alterar o objeto para menos, no curso do fornecimento. Por exemplo, durante o contrato de fornecimento de remédios, a Administração cria um laboratório capaz de produzir o tal remédio. Ela poderá reduzir o objeto do contrato em até 25%. Em decorrência disto, a equação econômico-financeira será reduzida em 25%. Todas as causas se aplicam em favor de qualquer das partes. A respeito do equilíbrio econômico-financeiro, falaremos mais sobre ele adiante.

- **Instabilidade.** O contrato administrativo é instável em relação ao seu objeto, permitindo que a Administração Pública possa alterar *unilateralmente* o objeto durante a sua execução, ou até extinguir o próprio contrato, por razões supervenientes de interesse público, uma vez que é o interesse público que está sendo atendido com a execução do contrato. A Administração não se vincula à vontade que manifestou. Se a realidade mudar e houver

necessidade de adequação do objeto ao interesse público, é o objeto que vai se adequar ao interesse público, e não o contrário, mesmo porque o objeto é um instrumento para atender ao interesse público.

- **Natureza intuitu personae.** O contrato administrativo é *intuitu personae* porque a pessoa do contratado é pessoalmente obrigada à execução do objeto do contrato. Isso porque o contratado passa, em regra,<sup>229</sup> pelo procedimento licitatório, no qual concorre em igualdade de condições com outros licitantes. Ao consagrar-se vencedor da licitação, por ter apresentado a melhor proposta para a Administração, e, conseqüentemente, a proposta que melhor atende ao interesse público, o contratado atendeu aos requisitos constantes da proposta que fez, demonstrando, assim, que está apto a atender às obrigações pactuadas e a responder diretamente pelo cumprimento do objeto do contrato celebrado.

A lei admite, todavia, a subcontratação, mas, ainda que haja, não se estabelece nenhuma relação entre o Poder Público e o subcontratado. A subcontratação é relação jurídica de Direito Privado, que se estabelece estritamente entre o contratado e o subcontratado. O contratado permanece inteiramente responsável, perante o Poder Público, pelo cumprimento das obrigações, de tal forma que, se o subcontratado inadimplir, quem está inadimplindo é o contratado, ressalvado o direito de regresso contra o subcontratado. O subcontratado não tem ação contra o Poder Público. O empregado do subempreiteiro, por exemplo, não pode buscar do dono da obra o adimplemento de obrigação trabalhista do empreiteiro. Admite-se, dessa forma, a subcontratação em caráter excepcional, de conformidade com os arts. 72 e 78, IV, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

*Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.*

<sup>227</sup> Na obra do mestre Hely Lopes Meirelles (*Direito... op. cit.*, p. 233) lê-se: "Essa oneração, constituindo uma *álea administrativa extraordinária e extracontratual*, desde que *intolerável e impeditiva da execução do ajuste*, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis."

<sup>228</sup> DI PIETRO. *Direito... op. cit.*, p. 231. Acompanhando esse mesmo entendimento, o professor Diógenes Gasparini (*op. cit.*, p. 596) diz o seguinte: "Nos países federados, como é o nosso, o fato do príncipe somente se configura se o ato ou fato provir da própria Administração Pública contratante. Se o ato tiver outra origem, os inconvenientes que causar serão resolvidos pela teoria da imprevisão."

<sup>229</sup> Dizemos "em regra" porque existem as hipóteses de contratação direta, como ocorre nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Art. 78. Constituem motivo para a rescisão do contrato:

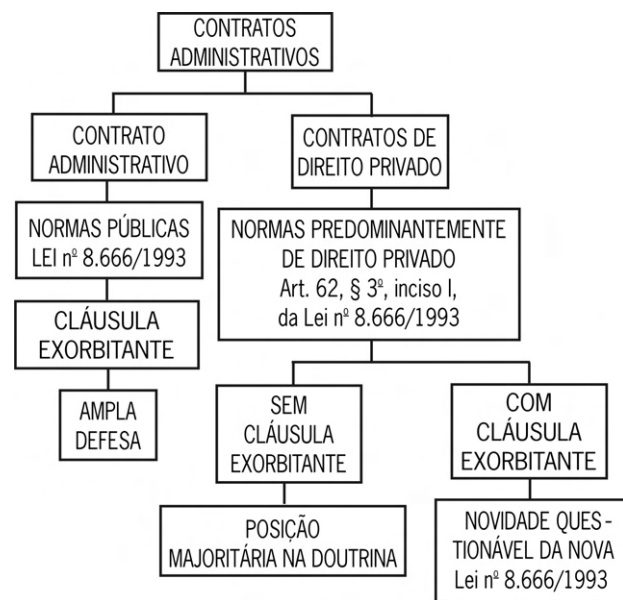
[...]

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital ou no contrato;

Portanto, no que concerne à interpretação do conceito de contrato administrativo, é preciso ter sempre em vista que as normas que os regem são de Direito Público, suplementadas pela Teoria Geral dos Contratos, e pelas normas do Direito Privado, e não o contrário, como lamentavelmente ainda se pratica entre nós. Isso porque a Administração Pública também pode ser parte de contrato regido pelo Direito Privado. Entretanto, não se pode interpretar as cláusulas contra a coletividade, pois a finalidade do contrato é atingir o interesse coletivo. As cláusulas dos contratos de Direito Público equivalem a atos administrativos, gozando de presunção de legitimidade.

### 3. Contratos administrativos e contratos da administração

Esquema:



O que realmente tipifica o contrato administrativo e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste. É a participação da Administração, derrogando normas de

Direito Privado e agindo *publicae utilitaris causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.

Conforme anteriormente comentado, antes de ser administrativo, o contrato é como qualquer outro, daí a razão de quase tudo da lei civil caber para o contrato administrativo. *Sua essência, todavia, é o que o difere dos demais, porque seu objetivo é atender ao interesse público.* O objeto do contrato é destinado a atender a um objetivo de interesse público. Por causa disso, uma das partes, a Administração Pública, na execução do contrato, terá a sua vontade sempre em um nível mais alto de relevância, se comparada com a vontade do particular contratado. Pelo princípio da supremacia do interesse público, o interesse público sempre prevalece sobre o interesse privado.

Na fase de execução do contrato administrativo o interesse público continua presente. O objetivo do contrato nunca vai submeter a Administração a uma vinculação à vontade que ela manifestou. Por isso, obedecendo aos ditames legais, a Administração vai poder sempre modificar, durante a execução, a sua manifestação de vontade, para melhor adequá-la à execução do interesse público em andamento.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>230</sup> no entanto, nega a denominação “contrato administrativo”, porque fere três princípios básicos da Teoria Geral dos Contratos: o princípio da igualdade, o princípio da autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda* (respeito ao teor do contrato). Por essa razão ele acredita que o instituto não deveria ser chamado de “contrato” administrativo.

Porém, o contrato administrativo prima pela desigualdade das partes com razão, pois a Administração está defendendo interesses públicos, ao passo que o contratado defende interesses seus, particulares, motivo pelo qual o contrato administrativo poder ter cláusulas exorbitantes, as quais dão prerrogativas à Administração de defender o interesse maior, que é o interesse público. Daí a razão da maioria da doutrina aceitar e utilizar a expressão “contrato administrativo”.<sup>231</sup>

O art. 58 da Lei nº 8.666/1993 traz uma lista *exemplificativa* de cláusulas exorbitantes, que são cláusulas que exorbitam da Teoria Geral dos Contratos, do Direito Civil, e sempre em favor da Administração, sendo que as prerrogativas mais importantes estão dispostas nos incisos I

<sup>230</sup> BANDEIRA DE MELLO. *Curso de...*, op. cit., p. 567-69.

<sup>231</sup> O professor Celso Antônio Bandeira de Mello tem razão ao listar essas disparidades com a Teoria Geral, mas está isolado quando nega a expressão “contrato” à concepção de contratos administrativos, posto que, majoritariamente, doutrinadores e a própria lei assim o chamam.

e II, respectivamente: a possibilidade de modificação e rescisão unilaterais do contrato. Assim, a desigualdade é necessária, pela defesa dos interesses públicos.

Quanto à limitação à autonomia de vontade, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello também concebe que todo contrato administrativo é contrato de adesão, pois a minuta do futuro contrato já deve estar no edital (arts. 62, § 1º; e 40, § 2º, III). No seu entender, se o licitante entra na licitação, é porque ele já está concordando com o teor do contrato que vai ser assinado depois e sua manifestação de vontade se expressa na entrega das propostas. Ao fazê-lo, ele estará preso àquela proposta apresentada, não podendo desistir depois, sob pena das sanções previstas nos arts. 81 e 87.

De qualquer forma, a manifestação de vontade do contratado existirá. Ele não poderá alterar o teor do contrato, mas manifesta sua vontade de contratar nos termos que já tiverem sido fixados. Ele pode contratar ou não, conforme sua vontade.

Em relação ao *pacta sunt servanda*, diz também o professor Celso Antônio Bandeira de Mello que este é um princípio sem força nos contratos administrativos, pois várias cláusulas podem ser alteradas unilateralmente pela Administração, conforme admite o art. 58 do Estatuto das Licitações e Contratos. Mas ocorre que apenas *certas* cláusulas do contrato administrativo poderão ser afetadas pelas cláusulas exorbitantes. É por isso que, nos contratos administrativos, *há o pacta sunt servanda*, mas diminuído, não abrangendo certos artigos.

Assim, a doutrina majoritária adota uma divisão para os contratos celebrados pela Administração, prevendo duas espécies: os *contratos regidos pelo Direito Público, que são os contratos administrativos* (disciplinados exclusivamente por normas públicas, como a Lei nº 8.666/1993), e contratos regulados pelo *Direito Privado*, que são os *contratos de direito privado* (regidos, em geral, quanto ao conteúdo e aos efeitos, por normas privadas, mas que também se sujeitam a certas normas públicas, a exemplo da obrigação de fazer licitação), cabendo salientar que a própria Lei de Licitações e Contratos admite essa diferenciação.

O primeiro artigo da Lei nº 8.666/1993 que trata dos contratos administrativos é o art. 54, que já diz serem eles regidos pelas regras de *Direito Público*, e que a Teoria Geral dos Contratos e demais regras de Direito Privado aplicam-se apenas *supletivamente* a eles, e não de forma geral, valendo conferir:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito

público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Além dos contratos regidos por normas públicas, há também uma segunda espécie de contrato celebrado pela Administração, que são os *contratos de Direito Privado*, lendo-se o seguinte no art. 62, § 3º, I, *verbis*:

Art. 62. [...]

[...]

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; (grifos nossos).

Nesses exemplos, entende-se que as normas predominantes serão de Direito Privado. O “predomínio” dessas regras existe porque certas regras de Direito Público, como a exigência de licitação, sempre prevalecem.

Ocorre que o § 3º do art. 62, que elenca contratos de Direito Privado, dispõe que os arts. 58 a 61 são aplicáveis também aos contratos de Direito Privado. O art. 58 mencionado é exatamente o que elenca cláusulas exorbitantes, e o que mais causa problemas, pois a principal característica dos contratos de direito privado é exatamente não comportar cláusulas exorbitantes.

Todavia, as regras daqueles artigos só se aplicam aos contratos administrativos “no que couber”. Dessa forma, há quem entenda que entre as cláusulas previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/1993 só o inciso III, que trata da fiscalização da execução do contrato pelo Poder Público, é cabível, pois não afetaria a igualdade entre as partes contratantes, não chegando nem a ser exorbitante, na verdade. Excluindo-se esse caso, todos os demais incisos representariam cláusulas leoninas no contrato de Direito Privado, quando não poderiam haver, sendo nulas de pleno direito, portanto, por força do Código do Consumidor (art. 51 da Lei nº 8.078, de 11/09/1990).

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que, como o contrato do Direito Privado se rege pela autonomia da vontade das partes, estas são livres para estabelecer o que quiserem no contrato, inclusive sobre a existência de cláusulas exorbitantes também.

Mas o Código do Consumidor, ao contrário, ao falar em disparidade de poder econômico entre os contratantes, protegendo o mais frágil (art. 47), impede cláusulas leoninas em contratos de Direito Privado. É por isso que já há autores, como Toshio Mukai e Marcos Juruena Vil-

lela Souto, propondo uma nova divisão, com base nessa possibilidade de haver cláusulas exorbitantes, dividindo os contratos administrativos em *contrato administrativo propriamente dito* (só com normas de Direito Público) e *contrato administrativo de figuração privada* (expressão utilizada pelo professor Mukai) ou *semipúblico*, esta utilizada pelo professor Marcos Juruena, em que o predomínio é de normas de Direito Privado, mas com a possibilidade de haver cláusulas exorbitantes (normas de Direito Público). E essa nova divisão se deve à regra do art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, que passaria a permitir cláusulas exorbitantes em contratos de Direito Privado.

A divisão clássica, no entanto, é aquela adotada pelo professor Hely Lopes Meirelles, por causa da expressão “no que couber” existente no § 3º do art. 62, da Lei nº 8.666/1993, daí não aceitar cláusulas exorbitantes em contratos de Direito Privado.

Cumpre-nos observar, portanto, que os contratos da Administração são todos os ajustes nos quais figure de um lado a Administração Pública (em sentido amplíssimo), gênero que abrange, como vimos, os contratos privados da Administração, regidos pelo Direito Privado, apenas quanto ao seu conteúdo e seus efeitos, haja vista a remissão que o art. 62 faz aos arts. 55 e 58 a 61 da Lei nº 8.666/1993; e os contratos administrativos, objeto do presente estudo, regidos quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Público, embora incidam, subsidiariamente, as normas de Direito Privado, de acordo com o art. 54 da lei.

A remissão que o art. 62, § 3º, faz aos arts. 55 e 58 a 61 impõe a semelhança básica entre essas duas espécies de contrato. Apesar de serem contratos de Direito Privado, eles são regidos por normas de Direito Administrativo, no tocante às formalidades que devem anteceder a celebração, como a licitação, as regras de competência e eventuais requisitos prescritos em lei.

Vejamos como a jurisprudência da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se manifestou, unanimemente, a respeito da questão, ao julgar a Apelação nº 8.544/2006, que teve como relatora a desembargadora Nilza Bitar:

*Ação renovatória. Sociedade de economia mista. Contrato de arrendamento. Improcedência do pedido.*

*Ação renovatória de aluguel de imóvel pertencente à sociedade de economia mista. improcedência.*

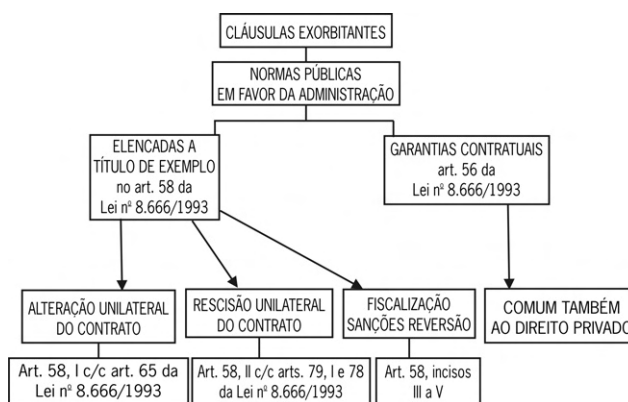
*Contrato administrativo de arrendamento. Necessidade de licitação. Inexistência de contrato de locação de imóvel comercial. Sentença correta.*

*Apelo a que se nega provimento (MCG).<sup>232</sup>*

Do que expomos, deve-se inferir que os contratos são reputados ou não de administrativos (*lato sensu*) em razão da própria natureza dos contratantes. Assim, se pudermos falar que a Administração está presente como Poder Público, pouco importando seu objeto, temos um contrato administrativo, com a única diferença de que não haverá supremacia entre as partes, visto que ambas são pessoas jurídicas de Direito Público. Isso porque sabemos que ela pode estar em pé de igualdade com o particular e, nesse caso, fala-se em contratos de Direito Privado da Administração Pública.

Assim posto, é de se concluir que estudar contratos administrativos é estudar *cláusulas exorbitantes*, que fornecem prerrogativas ao Poder Público, sendo as mais significativas as de *modificação unilateral* (art. 58, I) e de *rescisão unilateral* (art. 58, II) dos contratos administrativos, que veremos mais adiante.

#### Esquemas:



#### 4. Características do contrato administrativo

Como vimos, uma das principais características do contrato administrativo é a presença da Administração como Poder Público, tendo imperatividade em relação ao contratado.

Na relação contratual com o particular, a Administração Pública dispõe de prerrogativas especiais, peculiaridades próprias, justificadas pela finalidade por ela buscada: o interesse público incidente no regime jurídico administrativo, que é um conjunto de regras e prin-

<sup>232</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Sétima Câmara Cível; Apelação nº 8.544/1997, unânime; Rel. Des. Nilza Bitar, j. 11/03/2006.

cópias a que se deve subsumir a atividade administrativa no atingimento de seus fins.

Desse modo, ao contrário de muitos contratos celebrados entre particulares, as partes não estão em posição igualitária, podendo a Administração modificar, rescindir unilateralmente os contratos, fiscalizar sua execução, impor sanções, reter créditos etc. Estas prerrogativas são doutrinariamente denominadas *cláusulas contratuais exorbitantes*.

Tais cláusulas se justificam somente no regime jurídico administrativo, por duas questões: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. A Administração pode tanto se submeter ao regime jurídico de Direito Privado quanto ao regime jurídico de Direito Público, o que é instituído por meio de lei.

Como exemplos, temos o art. 173, § 1º, II, da Constituição da República, que determina que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Por outro lado, o art. 175, I, institui que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.

Conforme o art. 31 da Lei nº 8.987/1995, são encargos da concessionária: prestar serviço adequado, na forma prevista nesta lei, nas normas técnicas e aplicáveis e no contrato; manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão, prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários nos termos definidos no contrato; cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; permitir ao encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como aos seus registros contábeis, dentre outros.

Porém, a Administração Pública não pode abrir mão das prerrogativas próprias da sua atividade em razão da indisponibilidade do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público, igualmente denominado princípio da finalidade pública, indica a superioridade do interesse público sobre o interesse particular. Dentre outros, admite-se em razão dessas normas, a posição privilegiada dos que representam o interesse público, como a presunção de legi-

timidade dos atos administrativos, a presunção de veracidade dos documentos apresentados, maiores prazos judiciais, pagamentos por meio de precatórios judiciais, justiça especializada etc.

A Administração não atua, entretanto, no mesmo nível do particular. As prerrogativas próprias da supremacia do interesse público sobre o privado apenas podem ser aplicadas se com o intuito de buscar o melhor interesse da coletividade, ou seja, o interesse público primário. O contrário denotará “desvio de finalidade” do administrador, tornando o ato ilegal.

As prerrogativas da Administração Pública são normalmente designadas “cláusulas exorbitantes” e estão presentes nos contratos administrativos, seja de forma explícita, seja de forma implícita. Contudo tais prerrogativas confrontam-se diretamente com as restrições às quais deve a Administração se submeter: publicidade, motivação do ato, interesse público etc.

As cláusulas exorbitantes são elencadas no art. 58 do Estatuto, embora ao longo da Lei possamos outras encontrar, como a faculdade de exigir prestação de garantia nas contratações, a assunção imediata do objeto do contrato, a retenção de créditos e a exceção do não cumprimento do contrato.

Passemos, então, a verificar, especificamente, o que são as cláusulas exorbitantes e comentar algumas delas.

#### 4.1. Cláusulas exorbitantes

Supramencionado foi que uma das principais características do contrato administrativo advém do fato de que a Administração nele participa com supremacia de poder, dada a maior relevância do interesse público sobre o interesse privado.

Também restou consignado que semelhante supremacia manifesta-se na presença de cláusulas especiais, favoráveis à Administração, a fim de que a finalidade pública visada com a contratação possa ser alcançada.

A principal marca do contrato administrativo é a possibilidade que a Administração tem de instabilizar o vínculo, quer alterando unilateralmente suas cláusulas (art. 58, I, c/c art. 65, I), quer rescindindo-os unilateralmente (58, II). Tais cláusulas, além de outras prerrogativas, compõem o que a doutrina chama de *cláusulas exorbitantes do direito comum*.

As cláusulas exorbitantes do direito comum são cláusulas que seriam ilícitas ou incomuns em contratos privados, por encerrarem prerrogativas muito amplas de uma parte em relação à outra, cuja justificativa é a supremacia do interesse público sobre o privado.

Tais cláusulas poderão até existir nos contratos de Direito Privado da Administração, desde que a lei assim o preveja e a cláusula esteja expressa no contrato. Cabe, portanto, no momento, procedermos à análise de tais cláusulas, uma por vez. Vamos enumerá-las, inicialmente:

a) *Alteração e rescisão unilaterais* – podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual. Nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral ou, ainda, às suas vantagens *in specie*, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado.

O poder de modificação unilateral e o de rescisão constituem preceitos de ordem pública, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercê-los.

b) *Equilíbrio econômico-financeiro* – é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.<sup>233</sup>

c) *Reajustamento de preços e tarifas* – é medida convencionada entre as partes contratantes para evitar que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de execução do contrato administrativo, venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste. A Administração procede à majoração do preço, unitário ou global, originariamente previsto para a remuneração de um contrato de obra, serviço ou fornecimento ou da

tarifa inicialmente fixada para pagamento de serviços públicos ou de utilidade pública prestados por particulares.

Modernamente, têm-se adotado as tarifas indexadas nos contratos de longa duração, para se obter o reajustamento automático.

d) *Exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)* – não se aplica aos contratos administrativos quando a falta é da Administração. Esta, todavia, pode sempre arguir a exceção em seu favor, diante da inadimplência do particular contratado.

O princípio da continuidade do serviço público veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da Administração no cumprimento das prestações a seu cargo. Nos contratos administrativos, a execução é substituída pela subsequente indenização dos prejuízos suportados pelo particular ou, ainda, pela rescisão por culpa da Administração. O que não se admite é a paralisação sumária da execução, sob pena de inadimplência do particular, contratado, ensejadora da rescisão unilateral.

O rigor da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração vinha sendo atenuado pela doutrina nos casos em que a inadimplência do Poder Público cria para o contratado um encargo extraordinário e insuportável – art. 78, XV, da Lei nº 8.666/1993.

e) *Controle do contrato* – prerrogativa de controlar os seus contratos e de adequá-los às exigências do momento, supervisionando, acompanhando e fiscalizando a sua execução ou nela intervindo.

A intervenção é cabível sempre que, por incúria da empresa ou pela ocorrência de eventos estranhos ao contratante, sobrevém retardamento ou paralisação da execução ou perigo de desvirtuamento ou perecimento

<sup>233</sup> Sobre o equilíbrio econômico-financeiro, sabe-se que a alteração dos encargos deve guardar proporção direta com a remuneração atribuída ao particular. Interessante é a Jurisprudência sobre o tema:

A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico – financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º; 58, §§ 1º e 2º; 65, II, d; 88, §§ 5º e 6º, da Lei nº 8.666/1993). Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula *mater* da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as “condições efetivas da proposta”. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores (*ad impossibilia memo tenetur*). Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimpleti contractus* imputável à Administração, *a fortiori*, implica admitir sustar-se o “início da execução”, quando desde logo verificável a incidência da “imprevisão” ocorrente no interregno em que a Administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso. Recurso Ordinário provido (ROMS 15154/PE/STJ).

do objeto do ajuste, com prejuízos atuais ou iminentes para a programação administrativa, para os usuários, ou para o empreendimento contratado.

f) *Aplicação de penalidades contratuais* – resulta do princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Ao contratar, a Administração reserva-se implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, ainda que não previstas expressamente no contrato, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratante.

Essas penalidades compreendem desde as advertências e multas até a rescisão unilateral do contrato, a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração.

A publicação resumida do contrato e de seus aditamentos é obrigatória, sendo condição indispensável à sua eficácia. O contrato administrativo regularmente publicado dispensa testemunhas e registro em cartório, pois, como todo ato administrativo, traz em si a presunção de legitimidade e vale contra terceiros desde a sua publicação.

O art. 58 ainda dispõe, no inciso IV, que a Administração pode aplicar sanções. As cláusulas penais nos contratos administrativos são aplicadas unilateralmente, diretamente, extrajudicialmente, pela Administração Pública, independentemente da vontade da outra parte.

Vai haver instauração de processo administrativo, para declarar que o contratado é inidôneo para futuras licitações e impor a multa. O contratado inconformado, se quiser, poderá ir a juízo para desfazer a decisão administrativa.

O art. 58, V, que trata da possibilidade da Administração ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, para apurar faltas contratuais na prestação de serviços essenciais, é uma norma histórica, pois hoje há a Lei nº 8.987/1995 tratando da questão.

Essas cláusulas exorbitantes são irrenunciáveis. A Administração não pode, nem voluntariamente, restringir a incidência das cláusulas ou estabelecer condições restritivas para si mesma. Ela tem, sim, o poder, mas tem também o dever de se submeter a elas. A Administração não pode estabelecer uma cláusula onde ela se obrigue a pagar 20% do valor do contrato se vier a restringi-lo, por não haver previsão legal. Se ela esquecer de inserir cláusulas no contrato, é pacífico que a Administração se valerá da norma do art. 58. As cláusulas se reputam escritas, ainda que não escritas, porque são de ordem

pública. Estamos com o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Assim, se a Administração pretendesse vender um bem público, com pagamento *pro soluto*, e inserisse uma cláusula reservando-se o direito de rescindir o contrato dentro de um ano se viesse a necessitar do imóvel, essa cláusula seria ilegal, porque o contrato é de Direito Comum. Portanto, a Administração não pode se reservar o direito de desfazer o contrato, já que ele é de Direito Comum, e o juiz diria que a cláusula é ilegal.

Em contrapartida, havendo uma licitação, celebrado o contrato e, tempos depois, é descoberto algum vício na licitação, a Lei nº 8.666/1993 determina que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato, conforme consta no art. 49, § 2º. Mas apenas se o contrato for administrativo. E isso é pacífico na doutrina e na jurisprudência, muito embora a lei nada fale a esse respeito. Para que a Administração desfaça essa venda sem que o comprador esteja de acordo, só por meio da via judicial, porque esse contrato é de Direito comum.

Se o objetivo do contrato é atender ao interesse público, o contrato é administrativo, como, por exemplo, um contrato de locação, distinguindo a doutrina os seguintes casos: quando a Administração é o locador, o bem público é locado, o contrato é administrativo; quando a Administração é o locatário e o bem é de particular, o contrato é de Direito comum. O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.245/1991, diz que as locações do Poder Público continuam regidas pelo Código Civil. Porém, o art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/1993, traz norma especial, dizendo que se aplicam os arts. 55 e 58 a 61 aos contratos de locação, em que a Administração seja locatária, sendo regidos predominantemente por normas de Direito Privado. Está dizendo, então, que os contratos são de Direito Privado.

#### 4.2. Alteração unilateral das cláusulas de execução (art. 58, I)

A alteração unilateral é inerente à Administração, podendo ser feita ainda que não prevista expressamente em lei ou consignada em cláusula contratual. É a variação do interesse público que autoriza a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos, em que a sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que sem culpa do contratado. O direito desse é restrito à composição dos prejuízos que a alteração ou a rescisão unilateral do ajuste lhe acarretar.



Assim, no contrato administrativo, uma das partes (o Poder Público) pode alterar unilateralmente o conteúdo do acordo.<sup>234</sup>

Para melhor compreensão da possibilidade de alteração unilateral de cláusulas contratuais pela Administração, transcrevemos, a seguir, os arts. 58 e 65 da Lei de Licitação e Contratos:

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*

*I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*

*II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;*

*III – fiscalizar-lhes a execução;*

*IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;*

*V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.*

*§ 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*

*§ 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

*Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*

*I – unilateralmente pela Administração:*

*a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*

*b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*

*§ 1º. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.*

*§ 2º. Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior.*

*§ 3º. Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.*

*§ 4º. No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.*

*§ 5º. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão deste para mais ou para menos, conforme o caso. (grifo nosso).*

*§ 6º. Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.*

*§ 7º. (VETADO).*

*§ 8º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.*

*As modificações unilaterais do contrato administrativo, conforme o inciso I do art. 58, podem ser qualitativas ou quantitativas (respeitados os limites previstos no art. 65, §§ 1º e 2º), para melhor adequação ao interesse público, em razão de fatos supervenientes, respeitando-se os direitos do contratado.*

Quanto ao art. 65, este trata das alterações possíveis nos contratos administrativos, dispondo seu inciso I sobre as possibilidades de modificação unilateral pela Administração, nos casos das alíneas *a* e *b*. A modificação prevista na alínea *a* é para as *cláusulas de serviço* (ou regulamentares ou de interesse público). São as que podem ser alteradas unilateralmente.

<sup>234</sup> Contudo, conforme entendimento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello: "Isto não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu 'sentido', a menos que, para o satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações." BANDEIRA DE MELLO. *Curso de... op. cit.*, p. 576.

Cabe alertar, contudo, que tais alterações não podem desnaturar a essência do contrato, sob pena de burlar-se o princípio licitatório. As cláusulas contratuais podem ser alteradas para que o contrato se adapte às novas junções administrativas. O que não se pode fazer, por exemplo, é transformar a reforma de um prédio na construção desse, porque isso seria burlar o princípio da licitação. As alterações têm um limite, portanto, e o limite é o bom senso. Notem que aqui não se fala em limitações quantitativas; o limite é meramente qualitativo, não havendo limitações em termos de valores. Pode-se alterar o objeto do contrato para a adequação às normas e finalidades de interesse público, mas não se fala em alterar valores.

Fizemos esse alerta em razão do que versa a alínea *b*, que nos fala sobre a alteração no valor contratual em decorrência da alteração feita com base na alínea *a*, isto é, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto. A alínea *b* é a chamada *cláusula econômica* (ou de interesse privado). Essa cláusula deve ser obrigatoriamente alterada quando houver alteração na cláusula de serviço, e só nesse caso.

A toda obviedade, parece-nos que são duas situações totalmente distintas. A primeira, a adequação ao interesse público, não se falando em limitações. A segunda já diz quando necessária à modificação do valor em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa dos limites permitidos pela Lei nº 8.666/1993. Então, para a alteração quantitativa (§ 1º do art. 55), temos limites, por exemplo: em um contrato destinado ao fornecimento de quentinhas para um presídio, podemos alterar as quantidades, mas essa alteração deve respeitar os limites previstos em lei. Agora, podemos adequar o contrato a novas circunstâncias e, para isso, não há limites.

Assim, se perguntarem em uma prova se essa limitação se aplica àquela primeira hipótese de adequação ao interesse público, a resposta é negativa, pois aqui a alteração é quantitativa. Lógico é que o interesse público deve estar presente também, mas aqui não há alteração de qualidade. Ou seja, em resumo, uma alínea trata da qualidade e outra da quantidade, sendo que na qualidade não há limites.

Um dos poucos direitos do contratado é o equilíbrio financeiro do contrato, previsto no art. 65, § 6º, já que o texto diz que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é obrigatório, sempre que houver alteração no objeto do contrato, pela mudança na cláusula de servi-

ço. Dessa forma, “só no caso da alínea *a*” (cláusula de serviço) pode haver alteração unilateral, notando-se que o art. 58, § 1º, dispõe o mesmo. Nos demais casos, deve haver concordância do contratado. Aqui se demonstra que a não sujeição dos contratos administrativos ao *pac-ta sunt servanda* é apenas parcial.

O próprio art. 65, no § 1º, fixa um limite para as alterações de cláusulas de serviço, indicando o cálculo que deve ser feito, completando-se com o § 5º. Já o § 2º traz a exceção à regra do parágrafo anterior. O máximo de alteração é de 25%, com uma exceção (reforma de edifício ou equipamento), em que há possibilidade de alteração de até 50%. Resumindo, temos o seguinte: As alterações são permitidas 25% para mais e 25% para menos. Para mais, é admitido 50% no caso específico de reforma de prédio ou equipamentos. Mas, se houver acordo, pode-se também diminuir a patamares inferiores a 25%.

Há de se chamar a atenção também para o § 6º do art. 65, que prevê o respeito ao equilíbrio do contrato. Comparando-o com o § 1º, vemos que a alteração deve-se fazer nas mesmas condições contratuais.

Esse demonstra que também há uma hipótese em que, havendo a necessidade do interesse público, o contrato pode ser alterado em valores superiores aos percentuais previstos em lei, desde que o objeto do contrato não seja desnaturado. Por exemplo, a alteração do contrato de fornecimento de quentinhas para presídios para incluir o fornecimento delas para restaurantes populares não é permitido.

No art. 65, § 6º, cabe fazer uma remissão ao art. 58, § 2º, pois nós iremos fechar o ciclo voltando a ele, que é o mais importante artigo da lei. Observando-se o § 2º, note-se que ele vem a repetir o previsto no art. 65, § 5º, que prevê a necessidade de revisão das cláusulas econômico-financeiras.

O poder de alteração unilateral compreende tão somente as cláusulas regulamentares ou cláusulas de serviço, não abrangendo as cláusulas financeiras.

Sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, segue julgado da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação nº 6640/1998, unânime, tendo como relatora a desembargadora Cássia Medeiros, cuja data de julgamento foi em 24 de novembro de 2007:

Contrato administrativo. Empresa de vigilância particular. Aumento de salários como elemento previsível. Revisão do contrato. Cláusula *rebus sic stantibus*. Inadmissibilidade.

Contratos administrativos de prestação de serviços de vigilância. Teoria da imprevisão. Percentual de reajuste salarial adotado em convenção coletiva de trabalho. Alegação de que o fato era previsível mas suas consequências incalculáveis. Pretendida revisão das cláusulas relativas ao preço dos contratos.

A revisão do contrato, com base na teoria da imprevisão, somente é admissível quando o fato alegado é imprevisível, o que não ocorre com o reajuste dos salários dos empregados das contratadas, em razão de dissídio coletivo da categoria, cujo percentual, ainda que não estabelecido oficialmente, era previsível quando da celebração dos contratos. desprovemento do recurso (DSF).

O contrato geralmente prevê certos preços unitários (quilômetro de estrada, metro cúbico de concreto). A alteração deve-se fazer com base nos mesmos valores unitários previstos no contrato original. É assim que se deve entender o § 1º: o contratado está obrigado a aceitar a alteração do contrato nas mesmas condições previstas no contrato original, e dentro daquele limite de 25 ou 50%, por exceção. Quando não houver qualquer preço unitário previsto no contrato, a obra é global, devendo haver negociação entre as partes.

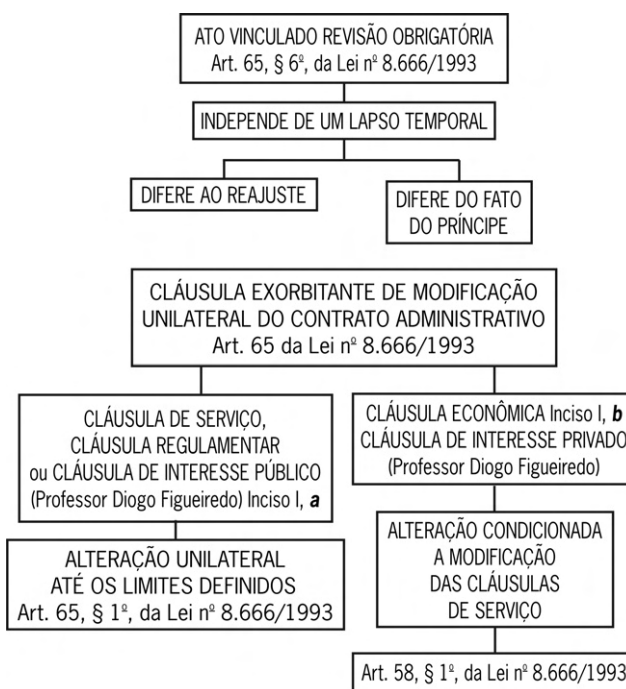
O § 6º garante o direito ao reequilíbrio. O § 1º não o nega, só regula como ele deve ser feito. Hoje, quase todas as licitações de obras são feitas por itens. Quando a obra é grande, ela chega a ser dividida em lotes, para que empresas menores possam participar, forçando o preço para baixo. Isso também facilita que se encontrem valores unitários naquela licitação, que serão usados para o reequilíbrio.

A responsabilidade, nessas obras divididas em lotes, deve ser buscada no art. 33 da Lei nº 8.666/1993, que trata dos consórcios na licitação. Em uma obra loteada, a responsabilidade estabelecida na Constituição da República, art. 37, § 6º, recai no consórcio, que não é pessoa jurídica, mas que estabelecerá a solidariedade entre os consorciados.

Percebe-se, assim, que o art. 58 é crucial, dele resultando as alterações do art. 65 que, no inciso I, trata da alteração unilateral pela Administração.

Do que foi dito sobre a alteração unilateral conclui-se que a Administração pode obrigar o contratado a aumentar o objeto do contrato, em até 25%; se o contratado não construir o acréscimo, o contrato será rescindido por infração contratual ilegal, com todas as consequências cabíveis, pois o interesse público tem que prevalecer. O preço será adequado à equação econômico-financeira e o prazo será também acrescido.

#### Esquema:



#### 4.3. Rescisão unilateral (art. 58, II)

A rescisão unilateral é forma excepcional de extinção, conforme previsão do inciso II do art. 58, que deve ser combinado com o art. 79 do Estatuto em apreço, em razão do descumprimento do pactuado pelo contratado ou em decorrência de caso fortuito ou força maior, respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa. Por vezes, conforme será estudado de forma mais aprofundada, quando o contratado não atuou de forma culposa, deverá a Administração Pública indenizá-lo.

Rescisão do contrato é o desfazimento do contrato durante sua execução por inadimplência de uma das partes, pela superveniência de eventos que impeçam ou tornem inconveniente o prosseguimento do ajuste ou pela ocorrência de fatos que acarretem seu rompimento de pleno direito. É a extinção do contrato por manifestação de vontade superveniente à sua formação.

De acordo com o art. 79 da Lei de Licitação e Contratos, a rescisão poderá ser:

- a) *Rescisão unilateral ou administrativa*, determinando o inciso I que esta ocorrerá “por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior”.

A rescisão *administrativa* é a efetivada por ato próprio e unilateral da Administração, por inadimplência do contratado ou por interesse do serviço público; é exigido procedimento regular, com oportunidade de defesa e justa causa, pois a rescisão não é discricionária, mas

vinculada aos motivos ensejadores desse excepcional distrato. Opera efeitos a partir da data de sua publicação ou ciência oficial ao interessado (*ex nunc*).<sup>235</sup>

Abre-se aqui um parêntese para verificarmos o que dizem os dispositivos mencionados no art. 79, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Os incisos I a XI do art. 78 tratam das hipóteses de rescisão *por comportamento culposo do contratado*. Os incisos I a VIII trazem os casos de *inadimplência* e os incisos IX ao XI, por sua vez, falam do *desaparecimento* do contratado, casos que irão acarretar determinadas consequências gravosas, aplicando-se, então, o art. 80 da Lei. Em todos esses casos, a rescisão se dá por *culpa do contratado*, e não há que se falar em indenização.

As medidas previstas no art. 80, apesar de contun- dentes e autoexecutórias, não possuem caráter de san- ção, valendo conferir:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das san- ções previstas nesta Lei:

I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II – ocupação e utilização do local, instalações, equipa- mentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do in- ciso V do art. 58 desta Lei;

III – execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

§ 1º. A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§ 2º. É permitido à Administração, no caso de concor- data do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essen- ciais.

§ 3º. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, confor- me o caso.

§ 4º. A rescisão de que trata o inciso IV do artigo anterior permite à Administração, a seu critério, aplicar a medida prevista no inciso I deste artigo.

Como a rescisão se deu por culpa do contratado, também deve ser aplicado o art. 87, que contempla as sanções para este caso.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Ad- ministração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os mo- tivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrata- do ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior:

§ 1º. Se a multa aplicada for superior ao valor da garan- tia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada ju- dicialmente.

§ 2º. As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facul- tada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º. A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretá- rio Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Para o caso de *concordata da contratante*, aplica-se o art. 80, § 2º, mediante o qual a Administração poderá assumir o controle de determinadas atividades de servi- ços essenciais.

Nos termos do art. 80, § 4º, quando há lentidão do cumprimento do contrato, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados, esta tem o direito de se valer da prerrogativa do inciso I do mesmo artigo, qual seja, a de assumir imediatamente o objeto do contrato, no estado e local em que se encon- trar, por ato próprio da Administração.

<sup>235</sup> É o entendimento da Súmula nº 205 do Tribunal de Contas da União, *verbis*: “É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão.”

Na hipótese do inciso IV do art. 80, relativa à retenção de créditos decorrentes do contrato, até o limite dos prejuízos causados à Administração, trazemos à colação o seguinte aresto:

Contrato administrativo. Licitação pública. Fornecimento de material. Atraso no pagamento. Ação de cobrança. Correção monetária. Defeito no equipamento. Recurso improvido

Ação de cobrança de crédito monetariamente corrigido, correspondente ao saldo do preço ajustado em contrato administrativo precedido de licitação pública, para o fornecimento de equipamentos destinados ao seu uso em hospital municipal, e bem assim para recebimento da correção monetária residual incidente sobre a parcela já paga. Justa recusa da administração em efetuar tais pagamentos, em razão de não atenderem os produtos fornecidos as especificações necessárias à produção da utilidade para a qual foram adquiridos. Pretensão desacolhida. Confirmação do julgado. (PCA).<sup>236</sup>

Por outro lado, os casos elencados nos incisos XII e XVII não tratam de qualquer hipótese de culpa, e sim, respectivamente, das razões de interesse público e das hipóteses de caso fortuito e força maior, todas devidamente motivadas para a rescisão do contrato. Portanto, não cabe nesses dois casos a aplicação das sanções do art. 87, embora a aplicação do art. 80 se faça necessária, no que couber. Aqui, na verdade, caberá a aplicação do art. 79, § 2º, pois *não há culpa do contratante*, sendo o interesse público o fundamento para a rescisão unilateral.

Entretanto, nesses casos, quando não há culpa do contratado, *terá* a Administração que ressarcir-lo dos prejuízos sofridos e mais encargos (só danos emergentes, o que se gastou até então; lucros cessantes não entram), assim prevendo o § 2º do art. 79, que trata do que deve entrar nos cálculos da indenização. Vale conferir:

Art. 79. [...]

[...]

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I – devolução da garantia;

II – pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III – pagamento do custo da desmobilização.

Isso é a mesma coisa que se chama de *encampação na concessão*. A diferença é que a encampação precisa ser por lei e é específica da concessão, ao passo que a rescisão do inciso XII do art. 78 pode ser feita por ato administrativo da autoridade máxima do ente público contratante, e é genérica, para todos os demais contratos administrativos, fora os de prestação de serviço público.

A última situação que permite a rescisão do contrato administrativo é a de força maior e caso fortuito (art. 78, XVII). A lei prevê indenização, mas isso nunca vai se dar na prática, pois a Administração vai alegar várias excludentes de responsabilidade.

A rescisão unilateral não é possível nos casos dos incisos XIII a XVI, pois eles são casos de rescisão por *culpa da Administração*.<sup>237</sup> Nos casos de a Administração ser inadimplente, o contratado não pode rescindir unilateralmente o contrato. Ele só poderá ir a juízo requerer a rescisão do mesmo. É por isso que muitos entendem que não há, nos contratos administrativos, a exceção do contrato não cumprido. Isso com base no princípio da continuidade e manutenção dos serviços públicos. Ocorre que, de acordo com alguns autores, isto só se aplicaria aos contratos de prestação de serviço público (concessão ou permissão). Nos demais contratos administrativos, a exceção seria perfeitamente admissível.

O fundamento para a impossibilidade de utilização da exceção de contrato não cumprido nos contratos de concessão encontra-se no art. 39 da Lei nº 8.987/1995, segundo o qual a concessão é contrato de prestação de serviço público, sujeito ao princípio da continuidade. O serviço não pode ser interrompido até o trânsito em julgado de decisão judicial (parágrafo único do art. 39). Isso, para esses contratos de prestação de serviço. Para os demais, já há autores que aceitam o cabimento da *exceptio*. Uma semente tímida disso está no art. 78, XV, da Lei nº 8.666/1993, que prevê a possibilidade de suspensão do contrato pelo contratado, em contratos que não sejam de prestação de serviço, salvo em casos de calamidade pública.

Quanto à possibilidade legal de indenização pelo Estado em caso de anulação indevida do contrato administrativo, assim já se manifestou a Segunda e a Quinta Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

<sup>236</sup> TJ/RJ – Décima Oitava Câmara Cível; Apelação nº 9.528/1998 unânime; Rel. Des. Nascimento Povoas Vaz; j. 27/10/2007.

<sup>237</sup> STJ – REsp nº 190354/SP; Primeira Turma; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros: "a indenização por lucros cessantes, resultantes do rompimento injusto do contrato por parte da Administração".

Contrato administrativo. Fraude. Falta de prova. Julgamento antecipado da lide. Art. 330 CPC.

Ação popular. Julgamento antecipado. Admissibilidade. [...] moralidade administrativa. Distinção do princípio da legalidade. Apreciação judicial.

Em face do atual direito constitucional positivo brasileiro, não mais se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa. Enquanto o vício da ilegalidade decorre da desconformidade do ato administrativo com a lei, o vício da imoralidade tem a ver com a noção de improbidade administrativa, desonestidade e a imoralidade jurídica. Não obstante ampliado o âmbito da ação popular pela constituição de 88, para abranger também a imoralidade administrativa, indispensável para a sua configuração, todavia, prova inequívoca de procedimento incompatível com a dignidade, a honradez e o decoro do cargo, ou ainda que o ato, embora legal, atente contra o senso comum de honestidade e de justiça. Não pode o administrador, em face de simples denúncia anônima ou de meros indícios de imoralidade, anular, açodada e levianamente, contrato administrativo precedido de regular procedimento licitatório. Sendo o estado responsável pelos atos dos seus agentes, terá que responder civilmente pela indevida anulação se não conseguir provar os motivos alegados pelo administrador. Recurso desprovido.<sup>238</sup>

Contrato administrativo – Alteração unilateral – Ação de cobrança.

Contrato administrativo. Alterabilidade de cláusulas. Restrições.

*A administração só pode alterar, unilateralmente, as cláusulas regulamentares ou de serviços estabelecidos em prol da coletividade. As cláusulas econômicas ou financeiras, estipuladas em favor do particular contratado e que dizem respeito à comutatividade do contrato só podem ser modificadas de comum acordo (DP).*<sup>239</sup>

E sobre os lucros cessantes em decorrência de rescisão de contrato administrativo:

Responsabilidade civil. Contrato administrativo. Rescisão por inadimplemento. Danos emergentes. Lucros cessantes. Arbitramento. Dano moral. Inocorrência

Responsabilidade contratual. Rescisão por inadimplemento.

1. Dano emergente. Perda efetiva e imediata. Momento da sua comprovação.

Não se presume o dano emergente, e como a sentença não pode ser condicional, deve ficar provado na fase de conhecimento, sob pena de improcedência. Para liqui-

dação de sentença só pode ser remetido à apuração do respectivo *quantum*.

2. Lucro cessante. Princípio da razoabilidade. Apuração por arbitramento. O nosso código civil consagrou o princípio da razoabilidade ao caracterizar o lucro cessante, dizendo ser aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar. Razoável é aquilo que o bom senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos. Assim, sendo razoável concluir que ninguém celebra contrato sem prever uma margem de lucro na sua execução, frustrado o cumprimento da avença por culpa do outro contratante, é devida a indenização pelo que se deixou de ganhar, lucro líquido que o fornecedor obteria se tivesse cumprido o contrato, conforme for apurado em liquidação por arbitramento.

3. Dano moral. Aborrecimento causado por perda patrimonial. Não configuração. Consistindo o dano moral em lesão de bem pessoal, tal como a honra, a intimidade e a liberdade, provocando abalo dos sentimentos de uma pessoa – dor, vexame, tristeza, sofrimento e desprestígio –, segue-se como consequência estar fora da sua abrangência o aborrecimento causado por mero inadimplemento contratual.

Provimento parcial do recurso. (DSF)

Obs.: Embargos de declaração acolhidos para declarar que a verba honorária incidirá sobre o valor total da condenação, mantido o mesmo percentual estabelecido na sentença.<sup>240</sup>

a) **Rescisão amigável:** estabelece o inciso II que trata-se de rescisão feita “por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração”, dizendo ainda o § 1º do art. 79 que “A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.”

A rescisão é *amigável* quando se realiza por mútuo acordo das partes, para a extinção do contrato e acerto dos direitos dos contratantes. Esta modalidade de rescisão opera efeitos a partir da data em que foi firmada (*ex nunc*), não havendo retroatividade.

b) **Rescisão judicial:** é a rescisão prevista no inciso III do artigo em comento, que poderá ser pedida pelo contratado, já que, em prol do princípio da continuidade, não poderá promover a rescisão unilateral.

<sup>238</sup> TJ/RJ – Segunda Câmara Cível; Apelação nº 7.555/2006, unânime; Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho; j. 30/05/1995.

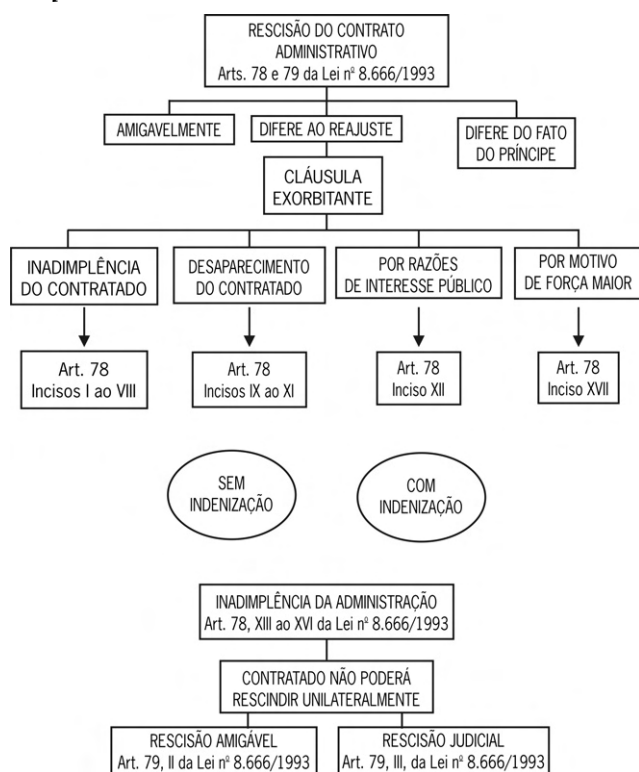
<sup>239</sup> TJ/RJ – Quinta Câmara Cível; Apelação nº 2.278/2006, unânime; Rel. Des. Narcizo Pinto.

<sup>240</sup> TJ/RJ – Segunda Câmara Cível; Apelação nº 5.376/1997, unânime; Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho.

Essa rescisão *judicial* é decretada pelo Judiciário em ação proposta pela parte que tiver direito à extinção do contrato; a *ação* para rescindir o contrato é de rito ordinário e admite pedidos cumulados de indenização, retenção, compensação e demais efeitos decorrentes das relações contratuais, processando-se sempre no juízo privativo da Administração interessada, que é improrrogável.

*De pleno direito* é a rescisão que se verifica independentemente de manifestação de vontade de qualquer das partes, diante da só ocorrência de fato extintivo do contrato previsto na lei, no regulamento ou no próprio texto do ajuste.

#### Esquemas:



#### 4.4. Amplo poder de fiscalização (art. 58, III)

O art. 67 da Lei nº 8.666/1993 indica a qual autoridade compete o exercício do poder de fiscalização, ao dispor que:

*Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*

§ 1º. O representante da Administração anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

#### 4.5. Aplicação de penalidades (art. 58, IV)

O art. 87, como já mencionado, e transcrito no item 4.3, contém as sanções, que serão decorrentes não da inexecução, como afirma o preceito legal, mas sim da existência de culpa do contratante.

Exemplo de julgado versando sobre a sanção do art. 87 é o seguinte:

Contrato com a Petrobras. Responsabilidade civil contratual. Não caracterização. Lei nº 8.666, de 1993. Penalidade administrativa. Exercício do direito. Art. 160, Inciso I, CC.

Responsabilidade contratual. Contrato administrativo. Petrobras. Aplicação da sanção do art. 87 da Lei de Licitações. Exercício regular de direito. Aplicação do art. 160, Inciso I, do CC. Apelação da autora não provida (LCR).<sup>241</sup>

#### 4.6. Ocupação temporária (art. 58, V)

Nos casos de serviços essenciais, a Administração pode ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. Esta é mais uma possibilidade de ocupação outorgada pela Lei, tendo-se em vista que, nos termos do art. 80, § 4º, quando há lentidão do cumprimento do contrato, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados, esta tem o direito de se valer da prerrogativa do inciso I do mesmo artigo, qual seja, a de assumir imediatamente o objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração.

Aliás, no art. 80 da Lei, seu inciso II trata de uma das hipóteses de ocupação. O art 58, V, contudo, é mais abrangente, pois trata da ocupação em caso de mau cumprimento do contrato administrativo e no caso de sua rescisão, enquanto o art. 80, II, apenas em caso de rescisão.

<sup>241</sup> TJ/RJ – Sétima Câmara Cível; Apelação nº 3.170/2005, unânime; Rel. Des. Bernardo Garcez.

Desse modo, está autorizada a ocupação do objeto do contrato, pela Administração, quando:

- a) há a necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, no caso de serviços essenciais;
- b) há a mesma necessidade, na hipótese de rescisão do contrato administrativo;
- c) quando há lentidão do cumprimento do contrato, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados.

Quanto a outras cláusulas exorbitantes, como a exigência de garantia contratual, a *exceptio non adimplenti contractus*, por exemplo, delas falaremos mais adiante.

## 5. Principais contratos administrativos

### 5.1. Contrato de obra pública

É todo ajuste administrativo que tem por objeto uma construção, uma reforma ou uma ampliação de imóvel destinado ao público ou a serviço público. É toda realização material a cargo da Administração ou de seus delegados, admitindo duas modalidades de regime de execução, a saber: empreitada e tarefa.

*Regime de execução* é o modo pelo qual nos contratos de colaboração, são estabelecidas as relações entre as partes, tendo em vista a realização de seu objeto pelo contratado e a respectiva contraprestação pecuniária pela Administração.

A empreitada comete ao particular a execução da obra por sua conta e risco, mediante remuneração previamente ajustada. O empreiteiro de obra pública não goza de inteira liberdade na execução do contrato, sujeitando-se à supervisão e fiscalização da Administração. A empreitada pode ser:

- *Por preço global*: é aquela em que se ajusta a execução por preço certo, embora reajustável, previamente estabelecido para a totalidade da obra; o pagamento pode efetuar-se em parcelas nas datas previamente fixadas ou na conclusão da obra ou de cada etapa.
- *Por preço unitário*: é aquela em que se contrata a execução por preço certo de unidades determinadas.
- *Integral*: ocorre quando se contrata o empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante.

Na obra pública sempre vai se realizar a afetação. Ou vai ser de uso da coletividade, bem de uso co-

mun, ou vai ser de uso da Administração, bem de uso especial. Sempre haverá uma destinação de interesse público, um objetivo de interesse público. Por exemplo, uma rua, uma praça, construção de guarita de parada de ônibus, construção de um hospital público.

### 5.2. Contrato de serviços

É todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados. Para fins de contratação administrativa, é necessário distinguir os tipos de serviços:

- *Serviços comuns*: são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução; devem ser contratados mediante prévia licitação.
- *Serviços técnicos profissionais*: são os que exigem habilitação legal para sua execução; o que caracteriza o serviço é a privacidade de sua execução por profissional habilitado, podem ser generalizados (são os que não demandam maiores conhecimentos) e especializados (exige de quem os realiza acurados conhecimentos).
- *Serviços de trabalhos artísticos*: são os que visam à realização de obras de arte; exige a licitação, quando não interessarem os atributos pessoais.

São serviços prestados por um indivíduo à Administração Pública. Podem ser de informática, de assistência jurídica, de gerenciamento de obras. Esses serviços serão incorporados à prestação de serviço público, à própria atividade pública. Por exemplo, uma empresa informatiza um órgão do Poder Judiciário. Na atividade jurisdicional esse serviço é consumido, é dado o objetivo de interesse público. Pode inserir cláusulas exorbitantes do direito comum.

### 5.3. Contrato de fornecimento

É o ajuste pelo qual a Administração adquire coisas móveis necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços. Sujeita-se aos mesmos princípios que disciplinam a formação e execução dos demais contratos administrativos. Admite três modalidades:

- *Integral*: a entrega da coisa deve ser feita de uma só vez e na sua totalidade;
- *Parcelado*: exaure-se com a entrega final da quantidade contratada;
- *Contínuo*: a entrega é sucessiva e perene.

Exemplo de contrato de fornecimento ou de compra de materiais são a compra de papel de computador, via-



turas, merenda escolar etc. Esses bens de consumo serão consumidos na prestação de serviço público. O destino dado ao objeto atende ao interesse público, na forma da lei; também se pode incluir as cláusulas exorbitantes.

#### 5.4. Contrato de gerenciamento

É aquele em que o contratante comete ao gerenciador a condução de um empreendimento, reservando para si a competência decisória final e responsabilizando-se pelos encargos financeiros da execução das obras e serviços projetados, com os respectivos equipamentos para sua implantação e operação. É uma atividade técnica de mediação entre o patrocinador da obra e seus executores. Objetiva a realização de uma obra de engenharia na sua expressão global. É admitida a dispensa de licitação, desde que com profissional ou empresa de notória especialização.

#### 5.5. Locação de bem público

Embora haja um ponto de vista majoritário a respeito da locação de bens públicos, este tipo de contrato é controvertido, havendo divergências quanto a ele. Isso porque, como se sabe, os bens públicos têm duas finalidades: ou eles se destinam ao uso coletivo, de fruição própria do povo – *uti universi* –, como são as ruas, as praças, as praias etc., ou a uso especial – *uti singuli* –, daí o Estado disciplinar e policiar a conduta das pessoas, de um modo geral, no sentido de assegurar a conservação desses bens para que eles possam ser utilizados por todos nós, inclusive pelas Administrações Públicas.

Então, fundamentando-se nos arts. 2º e 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/1993, o que diz a doutrina é o seguinte: quando a Administração é locadora, o contrato é administrativo; quando é locatária, o contrato é de Direito Comum.

Isto porque o art. 2º é norma geral de locações, ao passo que o art. 62 é norma especial, ao dizer em seu § 3º que alguns artigos são aplicados, *no que couber* (no que não contrariar), nos contratos em que o Poder Público seja locatário, regidos predominantemente pelas regras de Direito Privado.

Porém, não pode existir contrato administrativo regido predominantemente pelas normas de Direito Privado. Ao contrário, determinados artigos se aplicam, isto é, só os que forem compatíveis com as regras privadas. Tanto é assim que o art. 1º da Lei nº 8.245/1991 diz, genericamente, que as locações do Poder Público continuam sendo regidas pelo Código Civil. Interpretando isoladamente o dispositivo, as locações do Poder Públi-

co envolveriam a situação na qual a Administração tanto é locadora quanto é locatária. No entanto, a norma especial em lei posterior distinguiu ambas situações, sendo então coerente sustentar que há uma distinção nas locações.

O fundamento de semelhante distinção decorre do fato de que o aluguel é renda pública quando o Poder Público é locador. O objetivo econômico principal é geração de renda pelo imóvel. Quando entra nos cofres públicos, é contrato administrativo. Quando a Administração é locatária, o dinheiro sai do cofre público, vai entrar no patrimônio do particular e, por isso, o contrato não é administrativo.

Há quem sustente que quando a Administração aluga um bem para instalar um órgão público, isto é, quando ela dá uso ao imóvel realizando serviço público, seria contrato administrativo. Mas é preciso ver o objetivo econômico. Gerando renda pública, é contrato administrativo. Não gerando renda pública, é contrato privado.

Outras vezes, há licitação, e depois se segue um contrato de Direito Privado. Por exemplo, é feita uma licitação para locar um bem. É na licitação que se vai atender o interesse público de pagar o menor aluguel possível. O interesse público já estará atendido, e, portanto, o contrato pode ser de Direito Privado.

Todos os contratos onerosos de alienação de bem público são privados, e, no entanto, é feita licitação. Para vender bem imóvel, faz-se concorrência, mas a escritura do bem imóvel não integra a licitação, pois o contrato de compra e venda não é administrativo. O bem sai do patrimônio público, deixando de estar afetado. O interesse público foi atendido, quando foi feita a licitação para conseguir o melhor preço. A escritura de compra e venda é inteiramente regida pelo Código Civil. O mesmo ocorre na locação, porque a Administração passará a pagar aluguel.

Se a Administração é locatária, não pode inserir cláusulas de contrato administrativo.

### 6. Formalização e execução do contrato administrativo

#### 6.1. Formalização do contrato

Regem-se os contratos pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público; aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado.

O *Instrumento* é, em regra, termo em livro próprio da repartição contratante, ou escritura pública, nos casos exigidos em lei. O contrato verbal constitui

exceção, pelo motivo de que os negócios administrativos dependem de comprovação documental e de registro nos órgãos de controle interno. O *Conteúdo* é a vontade das partes expressa no momento de sua formalização.

## 6.2. Cláusulas dos contratos administrativos

As cláusulas dos contratos administrativos são divididas pela doutrina em duas espécies:

1. *cláusulas necessárias*, também chamadas de *serviço* – direta ou indiretamente dizem respeito ao objeto. Fixam o objeto do ajuste e estabelecem as condições fundamentais para sua execução; não podem faltar no contrato, sob pena de nulidade, tal seja a impossibilidade de se definir seu objeto e de se conhecer, com certeza jurídica os direitos e obrigações de cada parte;
2. *cláusulas patrimoniais ou privadas*, que se referem ao preço.

A utilidade da classificação é que a instabilidade do contrato administrativo só está presente nas cláusulas necessárias ou de serviço. A Administração pode alterá-las unilateralmente para melhor adequá-las ao interesse público. Na Lei nº 8.666/1993, a alteração sempre se refere ao objeto, para atender ao interesse público. Nelas o interesse público é primário.

A cláusula que diz respeito ao preço não pode ser alterada, porque aqui o interesse público é secundário. É a mera relação econômico-financeira entre poder público e aquele particular contratado. Como em matéria de preço haverá sempre comutatividade, o preço é intocável.

Se o preço é intocável e o objeto é tocável, quando se altera o objeto, altera-se também o preço, com o fim de mantê-lo equivalente ao objeto. É que o preço é inalterável em função do objeto; são equivalentes porque o contrato é comutativo. Se a Administração não fizer a alteração, o Judiciário o fará. O mesmo ocorre com relação à correção monetária.

## 6.3. *Exceptio non adimpleti contractus*

A exceção de contrato não cumprido está prevista no art. 476 do novo Código Civil, que nos diz: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” Isto quer dizer, por exemplo, que se um nós contrata alguém para pintar uma parede e o sujeito

não executa esse serviço, pode-se pleitear, em juízo, a condenação à obrigação de fazer. Porém, o juiz opõe a exceção do contrato não cumprido no sentido de defesa, defesa do contrato que não foi cumprido, ou seja, por não ter sido paga a remuneração, a outra parte não cumpriu o contrato. E aí está a exceção no sentido de defesa.

Durante muito tempo se afirmou no Direito que nos contratos administrativos a exceção dos contratos não cumpridos não seria oponível. Então, falava-se o seguinte: a Administração pode deixar de cumprir deixando, por exemplo, de pagar a remuneração por um longo prazo, sem que o contratado pudesse suspender a execução do contrato. É claro que hoje isso não se aceita mais, quer dizer, não se aceita mais suportar, simplesmente, os prejuízos. Ainda há alguns contratos em que se fala que essa exceção não é oponível, como é o caso da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995), ao falar que, nos casos dos contratos de concessões de serviços públicos, não há a possibilidade da oposição dessa exceção. Então, se a Administração deixar de efetuar a remuneração, o contratado não pode interromper a execução do contrato. O que é muito raro, pois geralmente, nesses casos, quem remunera o contratado são os usuários, por meio de tarifas.

Hoje, tirando essas exceções, não se fala mais na inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus*, e sim em restrições ao seu uso, tendo-se em vista não só o princípio da supremacia do interesse público, mas principalmente o princípio da continuidade dos serviços públicos ou princípio da permanência. Existe previsão no inciso XV do art. 78, da Lei nº 8.666/1993, de que o atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública enseja a suspensão do cumprimento das obrigações pelo contratado.

Entendem alguns autores, como o professor José dos Santos Carvalho Filho,<sup>242</sup> que o contratado não está obrigado a esperar o decurso do prazo nonagesimal para que possa suspender a execução. Permite-se o ingresso com demanda judicial por força do art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988. Então, se a Constituição diz que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser subtraída da apreciação do Judiciário, o contratado não é obrigado a esperar noventa dias, tendo o seu direito lesado, para que só, então, venha a ajuizar

<sup>242</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 158.

zar a demanda. Para o supracitado mestre, então, no próprio curso do prazo poderá o contratado ajuizar a demanda, desde que este demonstre que aquela paralisação vai lhe causar um prejuízo irreparável ou dano de grave ou difícil reparação. Isso pode acontecer em contratos vultosos, pois são contratos em que a supremacia do interesse público não pode ferir direitos individuais. Hoje em dia, o princípio da supremacia do interesse público já está sendo mitigado, tendo em vista os direitos e garantias individuais previstos na Constituição. Ora, ninguém é obrigado a esperar noventa dias para ver tutelado seus direitos pelo Judiciário. Nesse mesmo sentido, até o prazo de 120 dias do Mandado de Segurança já está sendo questionado, principalmente por ministros do STJ, que acham que esse dispositivo é inconstitucional porque a Constituição não fala em prazo. Essa opinião ainda é minoritária, podendo ser defendida nas provas para o Ministério Público ou Magistratura.

Já para a professora Maria Silvia Zanella Di Pietro, as restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus* só vigem em relação aos contratos que envolvam serviços públicos; para os demais, faltariam os fundamentos de supremacia do interesse público e continuidade dos serviços públicos. Vamos supor que uma empresa estatal tenha contratado uma firma para o fornecimento de refeições para os seus empregados. Ainda que ela seja uma prestadora de serviços públicos, esse contrato não tem nada a ver com o serviço público, não podendo assim se invocar os fundamentos para as restrições. Então, para esses contratos que não envolvam a prestação de serviços públicos, invoca-se o Código Civil, art. 476, sem qualquer restrição da Lei nº 8.666/1993. Essa é uma opinião interessante, pois existe o art. 78, XV, da Lei nº 8.666/1993 que impõe que se espere noventa dias para que o contratado pleiteie a suspensão ou a rescisão do contrato, valendo conferir:

Art. 78. [...]

[...]

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcela destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

Quanto aos serviços essenciais, de interesse é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, a seguir colacionada, referente ao Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 3.982/AC, tendo como relator o Ministro Luiz Fux:

Agravo regimental contra liminar que determinou a empresa concessionária a continuação da prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica. Consumidor, *in casu*, o município que repassa a energia recebida aos usuários de serviços essenciais.

Consoante jurisprudência iterativa do E. STJ, a energia é um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade, uma vez que o direito de o cidadão se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

O corte de energia autorizado pelo CDC e legislação pertinente é previsto *uti singuli*, vale dizer: da concessionária versus o consumidor isolado e inadimplente; previsão inextensível à administração pública por força do princípio da continuidade, derivado do cânone maior da supremacia do interesse público.

A mesma razão inspira a interpretação das normas administrativas em prol da administração, mercê de impedir, no contrato administrativo a alegação da *exceptio inadimpleti contractus* para paralisar serviços essenciais, aliás inalcançáveis até mesmo pelo consagrado direito constitucional de greve.

A sustação do fornecimento previsto nas regras invoca a pressupõe inadimplemento absoluto, fato que não se verifica quando as partes reconhecem relações de débito e crédito, recíprocas e controversas, submetidas à apreciação jurisdicional em ação ordinária travada entre agravante e agravado.

O corte de energia em face do Município e de suas repartições atinge serviços públicos essenciais, gerando expressiva situação de periclitacão para o direito dos munícipes. Liminar obstativa da interrupção de serviços essenciais que por si só denota da sua justeza.

Decisão interlocutória gravosa cuja retenção do recurso pode gerar situações drásticas de *periculum in mora* para a coletividade local.

Agravo desprovido. (Unânime).

#### 6.4. Execução do contrato administrativo

Executar o contrato é cumprir suas cláusulas segundo a comum intenção das partes no momento de sua celebração.

O principal direito da Administração é o de exercer suas prerrogativas diretamente, sem a intervenção do Judiciário, ao qual cabe ao contratado recorrer sempre que não concordar com as pretensões da Administração.

O principal direito do contratado é de receber o preço nos contratos de colaboração na forma e no prazo convencionados, ou a prestação devida nos contratos de atribuição. As obrigações da Administração reduzem-se ao pagamento do preço ajustado, ao passo que as do contratado se expressam no cumprimento da prestação prometida nos contratos de colaboração. Nos contratos de atribuição, fica a cargo da Administração a prestação do objeto contratual e ao particular o pagamento da remuneração convencionalizada.

##### 6.4.1. Normas técnicas e material apropriado

A observância das normas técnicas constitui dever ético-profissional do contratado, presumido nos ajustes administrativos, que visam sempre ao melhor atendimento. As normas técnicas oficiais são as da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

##### 6.4.2. Variações de quantidade

São acréscimos ou supressões legais, admissíveis nos ajustes, nos limites regulamentares, sem modificação dos preços unitários e sem necessidade de nova licitação, bastando o respectivo aditamento, ou a ordem escrita de supressão.

##### 6.4.3. Execução pessoal

Todo contrato é firmado *intuitu personae*. Assim sendo, compete-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferência de responsabilidade ou subcontratações não autorizadas.

##### 6.4.4. Encargos da execução

Independentemente de cláusula contratual, o contratado é responsável pelos encargos, trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato.

##### 6.4.5. Manutenção de preposto

É obrigação imposterável do contratado a manutenção de preposto credenciado da Administração na execução do contrato.

#### 6.4.6. Acompanhamento da execução do contrato e recebimento de seu objeto

O acompanhamento da execução é direito e dever da Administração e nele se compreendem:

- **Fiscalização:** sua finalidade é assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências estabelecidas pela Administração, nos seus aspectos técnicos e nos prazos de sua realização; abrange a verificação do material e do trabalho.
- **Orientação:** exterioriza-se pelo fornecimento de normas e diretrizes sobre seus objetivos, para que o particular possa colaborar eficientemente com o Poder Público no empreendimento em que estão empenhados; limita-se à imposição das normas administrativas que condicionam a execução do objeto.
- **Interdição:** é o ato escrito pelo qual é determinada a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento que venha sendo feito em desconformidade com o avençado.
- **Intervenção:** é providência extrema que se justifica quando o contratado se revela incapaz de dar fiel cumprimento ao avençado, ou há iminência ou efetiva paralisação dos trabalhos, com prejuízos potenciais ou reais para o serviço público.
- **Aplicação de penalidades:** garantida a prévia defesa, é medida autoexecutória, utilizada quando é verificada a inadimplência do contratado na realização do objeto, no atendimento dos prazos ou no cumprimento de qualquer outra obrigação a seu cargo.

O recebimento do objeto do contrato constitui etapa final da execução de todo ajuste para a liberação do contratado, podendo ser provisório ou definitivo. O provisório é o que se efetua em caráter experimental dentro de um período determinado, para a verificação da perfeição do objeto do contrato. O definitivo é o feito em caráter permanente, incorporando o objeto do contrato ao seu patrimônio e considerando o ajuste regularmente executado pelo contratado.

#### 6.5. Garantias para a execução do contrato

A escolha da garantia fica a critério do contratado, dentre as modalidades enumeradas na lei.

**Caução** é toda garantia em dinheiro ou em títulos da dívida pública; é uma reserva de numerário ou de valores que a Administração pode usar sempre que o contratado faltar a seus compromissos.

*Seguro-garantia* é a garantia oferecida por uma companhia seguradora para assegurar a plena execução do contrato.

*Fiança bancária* é a garantia fidejussória fornecida por um banco que se responsabiliza perante a Administração pelo cumprimento das obrigações do contratado.

*Seguro de pessoas e bens*, garante à Administração o reembolso do que despende com indenizações de danos a vizinhos e terceiros; é exigido nos contratos cuja execução seja perigosa.

*Compromisso de entrega de material, produto ou equipamento de fabricação ou produção de terceiros estranhos ao contrato* é medida cautelar tomada pela Administração nos ajustes que exigem grandes e contínuos fornecimentos, no sentido de que o contratado apresente documento firmado pelo fabricante, produtor ou fornecedor autorizado obrigando-se a fornecer e manter o fornecimento durante a execução do ajuste.

## 7. Prazo, prorrogação, renovação e reajuste contratual

### 7.1. Prazo nos contratos

O art. 57 da Lei nº 8.666/1993 trata do tema, cuja alteração feita posteriormente por medida provisória permite que se faça um contrato administrativo por um ano e, depois, ir prorrogando ano a ano, até o limite de cinco anos. Modificado também foi seu inciso II, mas o § 4º permanece ainda em vigor, e, com isso, acaba sendo possível a prorrogação do contrato continuado por até seis anos. Essa regra é ruim, pois permite negociatas entre o contratado e a autoridade responsável pela prorrogação do contrato.

Quanto aos prazos, diz o artigo:

*Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:*

*I – aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;*

*II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua que deverão ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a duração a sessenta meses;*

*III – (VETADO);*

*IV – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato;*

Dessa forma, o artigo em comento acaba por apresentar algumas confusões referentes ao contrato e à sua execução, posto que o prazo de vigência dos contratos deve estar previsto no ato convocatório e a execução das prestações advém da própria execução do contrato.

Sugere, por tal, o professor Marçal Justen Filho, que melhor colocação haveria se os §§ 1º e 2º do artigo em estudo se situassem na parte da lei referente à execução dos contratos. O § 3º, por sua vez, que veda o contrato com prazo de vigência indeterminado, melhor ficaria alocado no art. 55, integrando entre as cláusulas necessárias de todo contrato o prazo de vigência do contrato.

Distingue-se também o período de validade do certame com o período de duração dos contratos.<sup>243</sup> Há de se atentar que o art. 57 dispõe, embora não expressamente o mencione, a respeito dos contratos.

Nos contratos de execução continuada, a obrigação dos contraentes se renova com o passar do tempo. Serve como ilustração de tal espécie de contrato o contrato de locação. A regra é que os contratos administrativos em geral não excedam a vigência dos créditos orçamentários em que se incluíram, visto que é inconcebível a realização do certame sem fundos que possam sustentar o contrato.

É importante atentar que algumas obras e encargos não podem ser esgotados em um único exercício financeiro. Em razão disto, a Lei de Licitações comportou exceções à duração dos contratos.

A contratação de obras ou serviços por prazo indeterminado é vedada (art. 57, § 3º) nos contratos vigentes sob as normas de Direito Administrativo, e sua vigência é restrita ao exercício financeiro, ou seja, um ano. Entretanto, os contratos firmados nos últimos quatro meses do ano podem ter sua vigência estendida ao exercício financeiro seguinte (Lei nº 4.320/1964).

A regra geral sobre prazos está, portanto, no art. 57 da Lei nº 8.666/1993, que determina que a duração dos contratos ficará restrita à duração dos respectivos créditos orçamentários. Vale fazer menção à Lei nº 4.320/1974, art. 34, que dispõe que o exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

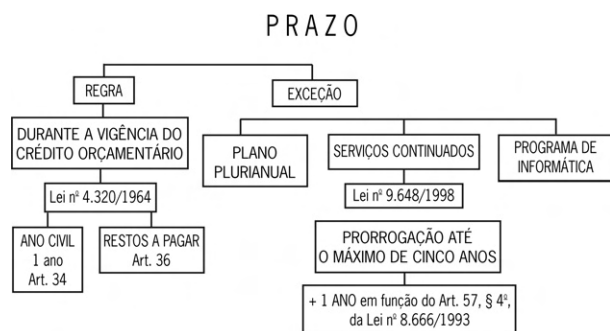
Pois bem. Quando o art. 57 diz que a duração dos contratos ficará restrita à duração dos respectivos créditos orçamentários, verificamos que o prazo máximo que um contrato administrativo pode ter é de um ano, um exercício. Ou seja, se começar em 1º de janeiro irá

<sup>243</sup> Sobre tal ponto, ensina o professor Marçal Justen Filho (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 356) que “não se confunde o prazo de vigência com o prazo para adimplemento das prestações. O contrato vigorará durante um período de tempo durante o qual as partes deverão executar diversas prestações, as quais se sujeitarão a prazos específicos”.

até 31 de dezembro. Se este começar em junho, só poderá ir até 31 de dezembro, que é até quando vige o crédito orçamentário. Além disso, chamamos também a atenção para o art. 35 da Lei nº 4.320/1974, que diz em seu inciso II que pertencem ao exercício financeiro as despesas nele legalmente empenhadas. Seguindo, os arts. 36 e seguintes dessa mesma lei determinam que se consideram *restos a pagar* as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas. Os empenhos que correm as contas de crédito com vigência plurianual, que não tenham sido pagos, só serão computados como restos a pagar no último ano de vigência do crédito. Esta é uma exceção que fala dos créditos plurianuais de investimentos. Entretanto, aí, existem créditos a pagar, quais sejam, aquelas despesas empenhadas e não pagas até o dia 31 de dezembro. O art. 37 diz que as despesas de exercícios encerrados para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las e que não tenha sido processado na época própria, bem como os restos a pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente, poderão ser pagos a conta de dotação específica do consignada no orçamento, discriminadas por elementos, obedecida, sempre possível, a ordem cronológica.

Em resumo, basicamente é o seguinte: o prazo máximo de duração de um contrato é de realmente um ano, pois é até quando vige o seu crédito orçamentário. Mas, pode ser, que por um motivo ou outro, o contrato tenha que ter a sua duração estendida para o exercício seguinte, observada a Lei nº 4.320/1974, que fala dos restos a pagar, dotações que constem já do exercício pretérito que ainda não foram utilizadas. Então, podemos dizer que a regra geral de vigência de um contrato é de um ano, enquanto os restos a pagar seriam a exceção a essa regra geral.

#### Esquema:



## 7.2. Prorrogação contratual

*Prorrogação* é o prolongamento da vigência de um contrato além do prazo inicial, com o mesmo contratado e nas condições anteriores. É feita mediante termo aditivo, sem nova licitação. Assim estipulam os parágrafos do art. 57:

Art. 57. [...]

[...]

§ 1º. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§ 2º. Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º. É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º. Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648/1998)

A prorrogação dos prazos do contrato administrativo está prevista no art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação. Notem que não é prorrogação do prazo contratual violando aquela regra do crédito orçamentário. Ele vige durante o prazo previsto de vigência do crédito orçamentário. O que se pode prorrogar são os prazos de conclusão, entrega e execução, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurado o equilíbrio econômico e financeiro, desde que ocorra um

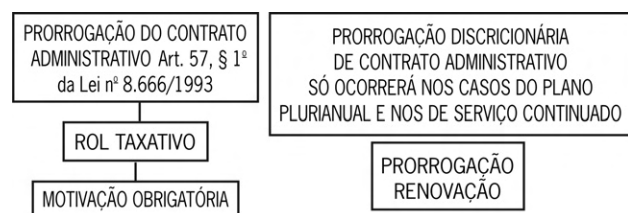
dos motivos previstos nos incisos desse artigo e que estejam devidamente autuados em processo.

Foi questão da prova do último concurso para o BNDES a seguinte pergunta: pode o contratado pedir a prorrogação do prazo para a entrega de mercadoria para a Administração Pública, e, caso possa, poderá a Administração concedê-la? Além disso, também era perguntado se os demais licitantes poderiam se insurgir contra essa prorrogação que não estava prevista no edital.

Parece-nos que a resposta é negativa, pois só são admissíveis as hipóteses de prorrogação previstas no art. 57. Geralmente, é a Administração que dá ensejo a prorrogação. O contratado não pode, ao seu bel-prazer, pedir a prorrogação do prazo contratual. E mesmo que a prorrogação fosse admitida, os demais licitantes não podem se insurgir pela via de recurso administrativo, uma vez que a licitação já acabou e estes não estariam legitimados a recorrer administrativamente. A única via para questionar a prorrogação seria por meio de representação ao Tribunal de Contas ou por ação popular.

#### Esquema:

##### Prorrogação e renovação contratual



### 7.3. Renovação contratual

**Renovação** é a inovação integral ou parcial do ajuste, mantido, porém, seu objeto inicial. A finalidade da renovação é a manutenção da continuidade do serviço público.

A renovação ocorre toda vez que, mantido o objeto inicialmente pactuado no contrato, dá-se início a uma nova relação contratual.

Exemplo para isto é aquele caso do fornecimento das quentinhas para presídio. Ao término do contrato, dá-se início a uma relação contratual inteiramente nova, mas em que o objeto é o mesmo, ou seja, fornecimento de quentinhas para o presídio.

A questão importante que se levanta é a seguinte: quando for renovar o contrato, é preciso fazer nova licitação ou pode-se contratar com aquela pessoa que já vinha executando o contrato anteriormente? É um novo contrato? Sim é. A Constituição diz que todo contrato deve ser precedido de licitação. Portanto, a regra é a seguinte: licitação é obrigatória por força do art. 37, XXI,

da CF, não se admitindo mais a adjudicação direta. Se fosse possível a contratação do contratado anterior sem a prática de licitação, a Administração ficaria contratando com esse *ad perpetuum*.

Porém, como vimos no item 11.3, da primeira parte desse Capítulo, o art. 24, XI, da Lei nº 8.666/1993, fala da licitação dispensável na contratação remanescente, que inclui serviço ou fornecimento em consequência de rescisão contratual etc. Lembram-se disto? Pois é. Pelo que cuida esse artigo, isso parece contrariar o que se disse antes, mas nós devemos atentar, nesse inciso XI para a expressão “em consequência de rescisão contratual”. A Lei admite, portanto, a contratação direta sem licitação desde que o remanescente decorra de rescisão contratual, não é a hipótese de um contrato anterior que chegou ao seu término natural. Aqui houve rescisão contratual. A lei previu aqui uma hipótese em que se contrata o remanescente, obra, serviço ou fornecimento, com o segundo colocado, se esse se dispuser a fazer sob as mesmas condições do primeiro colocado. E, caso esse não aceite, chamam-se os demais classificados pela ordem de classificação. No caso de não sobrar nenhum participante, a Administração terá que fazer uma nova licitação. Então, se perguntarem se existe alguma hipótese de renovação contratual em que não precisa fazer licitação, a resposta será afirmativa no caso da rescisão do contrato anterior. É claro que, se a rescisão do contrato não se deu por culpa do contratado, este deve ser chamado e, se concordar com a nova situação imposta pela Administração, deverá ser contratado para executar o remanescente do contrato sem que seja chamado o segundo colocado. O contratado não está mais obrigado a executar o contrato, pois foi a Administração que deu causa à rescisão do contrato; mas o contratado tem que ser o primeiro a ser chamado, no caso da contratação do remanescente, uma vez que não deu causa a rescisão.

### 7.4. Reajuste dos contratos

**Reajuste** é forma preventiva de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. É assunto ligado, portanto, à mutabilidade dos contratos. Diz respeito a fatos futuros, porém certos, como a inflação, por exemplo.

O art. 55, III, da Lei nº 8.666/1993, dispõe que é obrigatória a cláusula que estabeleça:

*O preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento dos preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.*

Embora essas cláusulas sejam necessárias ao contrato administrativo, estando entre elas a de reajustamento do contrato, sua ausência não implica nulidade, entendendo-se o preço como firme e irrevogável. Caso não haja esta cláusula no contrato, é porque não se quer o reajustamento, e isso é perfeitamente válido.

Conforme dispõe o § 8º do art. 65 da lei, o reajuste não implica alteração do contrato:

Art. 65. [...]

[...]

§ 8º. A variação do valor contratual para fazer face ao ajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Pergunta-se, então: contrato de obra pública no qual as diversas parcelas de pagamento foram adimplidas tardiamente, em época de inflação elevada, quando concluída a obra e dada a quitação do preço, pode o contratado, em momento posterior, demandar em juízo as diferenças?

Os tribunais vêm entendendo que a quitação não abrange a correção monetária. Contudo, em recente decisão, não unânime, o STJ entendeu que a quitação do principal integra o negócio jurídico, aí se compreendendo a correção monetária. As diferenças só podem ser pleiteadas em ação em que se anule a quitação.

## 8. Inexecução e revisão contratual

**Inexecução** é o descumprimento das cláusulas contratuais, no todo ou em parte. Pode ocorrer por ação ou omissão. **Culposa** é a que resulta de ação ou omissão da parte, decorrente da negligência, imprudência ou imperícia no atendimento das cláusulas. **Sem culpa** é a que decorre de atos ou fatos estranhos à conduta da parte, retardando ou impedindo totalmente a execução do contrato.

A inexecução pode acarretar as seguintes consequências:

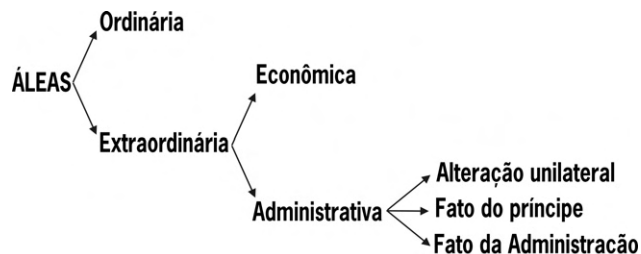
- **Responsabilidade civil:** que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial; pode provir de lei, do ato ilícito e da inexecução do contrato.
- **Responsabilidade administrativa:** é a que resulta da infringência de norma da Administração estabelecida em lei ou no próprio contrato, impondo um ônus ao contratado para com qualquer órgão público.

- **Suspensão provisória:** é sanção administrativa com que se punem os contratados que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato, embora por fatos ou atos de menor gravidade.
- **Declaração de inidoneidade:** é pena aplicável por faltas graves do contratado inadimplente, para impedir que continue contratando com a Administração. É sanção administrativa. Só pode ser aplicada pela autoridade indicada na norma legal que a consigna, na forma e nos casos expressamente estabelecidos. O que a caracteriza é o dolo ou a reiteração de falhas.

Já a **revisão** do contrato pode ocorrer por interesse da própria Administração. Surge quando o interesse público exige a alteração do projeto ou dos processos técnicos de sua execução, com o aumento dos encargos ajustados – ou pela superveniência de fatos novos – quando sobrevêm atos do governo ou fatos materiais imprevistos e imprevisíveis pelas partes, que dificultam ou agravam, de modo excepcional, o prosseguimento e a conclusão do objeto do contrato.

Desse modo, é obrigatória a **recomposição de preços** quando as alterações do projeto ou do cronograma de sua execução, impostas pela Administração, aumentam os custos ou agravam os encargos do particular contratado. É admitida por aditamento ao contrato, desde que seja reconhecida a justa causa ensejadora da revisão inicial.

Portanto, a revisão busca a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro em razão de fatos futuros e incertos, ligados aos riscos que envolvem a execução do contrato, mas que também podem causar a sua inexecução. Tais riscos são chamados de **áreas**, que merecem espaço, nesse ponto do trabalho, para serem analisadas, partindo-se do seguinte esquema que as classifica:



A **área ordinária** é o risco que envolve qualquer atividade empresarial. Sendo previsível, deve ser suportada pelo contratado, podendo-se dar como exemplos as leis de mercado, a sazonalidade de produtos. Naquele contrato para o fornecimento de quentinhas em presídios, é um bom exemplo, pois, se o contratado pleiteia a alteração do contrato em virtude do aumento do preço



da laranja, devido a uma geada na região do plantio, o problema é dele, do contratado, e a alteração não deve ser feita, pois ele deveria ter previsto esta ocorrência, além do que, normalmente, os contratados já incluem nos preços de suas propostas um excedente para fazer frente a estes imprevistos.

Notem, porém, que essa questão da álea ordinária é muito delicada. Certa vez, em uma prova de assistente jurídico da União, foi levantada uma questão relacionada a um contrato celebrado por uma empresa que fornece equipamentos de informática para a União. Para tal fornecimento, a contratada celebrou contrato com outra empresa no exterior, para a importação de alguns insumos. Porém, no meio do prazo do contrato, aconteceu a liberação da taxa de câmbio, o que prejudicou a contratada e, por este motivo, a empresa queria saber se era possível a obtenção da revisão do contrato. Nesse caso, duas são as respostas possíveis. Tendo a empresa como sua principal atividade a importação, deveria estar ciente dos riscos de alteração na política cambial. Caso contrário, não tendo a empresa o hábito de importar equipamentos, a revisão do contrato será possível, pois, nessa hipótese, iremos verificar a ocorrência do fato do príncipe, o qual passamos a analisar.

### 8.1. Fato do príncipe

Seguindo o esquema anterior, nota-se que há uma segunda espécie de álea extraordinária ao lado da alteração unilateral do contrato, já estudada. Trata-se do fato do príncipe, instituto que é muitas vezes com cláusula exorbitante, mas cujo pressuposto é a álea administrativa. Vejamos porquê.

Fato do príncipe são atos de governo não diretamente ligados ao contrato, mas que sobre ele exercem influência reflexa. Ou seja, o governo pratica ato imprevisível, ou ainda ato previsível, mas de consequência incalculável, desequilibrando sua equação econômico-financeira.

O fato do príncipe tem um traço de igualdade com a cláusula exorbitante, pois ele também quebra o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Ocorre que ele é um ato *genérico e abstrato* do Poder Público. Dessa forma, ele quebra *indiretamente* o equilíbrio econômico do contrato. Ele não altera nenhuma cláusula de serviço do contrato, mas acaba alterando seu equilíbrio econômico. Segundo alguns doutrinadores, o próprio conceito de fato do príncipe se encontra na alínea *d*, do inciso II, do art. 65, e no § 5º deste mesmo artigo.

Por exemplo, licitação para compra de frota de veículos. O licitante entrega a proposta, querendo vender

veículos importados, já que a alíquota do imposto de importação estava baixa. Depois de entregar a proposta, a alíquota é alterada, inviabilizando a execução da mesma. A diferença para o Direito Privado é que esse equilíbrio econômico e financeiro se considera a partir da *entrega da proposta* (e não da assinatura do contrato). É a partir daí que o licitante passa a ter direito ao equilíbrio econômico. O fato do príncipe não mexe no contrato diretamente, mas o afeta indiretamente.

Outro exemplo diz respeito à criação de um tributo, embora esse possa não estar ligado diretamente ao contrato, mas vai refletir nos preços ajustados, tornando mais gravosa a execução do contrato.

Há de se atentar, porém, que se deve encarar isso com certa reserva, pois não é todo tributo criado que vai ensejar a revisão do contrato, como o CPME, por exemplo, que é um tributo que agrava toda a comunidade. Nessa hipótese, não seria razoável que a Administração Pública tivesse que rever os preços do contrato.

Portanto, quando se fala em criação de tributos, fala-se em tributos específicos, que incidam sobre aquela operação, encargos legais criados que reflitam especificamente sobre o contrato. Não sobre o contrato em si, mas que tenham alguma relação de pertinência com o objeto contratado. Não é qualquer tributo criado, portanto, que vai ensejar a revisão do ajuste. E isso tem que ser visto com uma reserva também.

Outra questão muito debatida pela doutrina é a seguinte: suponhamos que um Município do interior do Brasil resolva contratar o fornecimento de um equipamento qualquer para uma usina termoeletrica e o governo federal resolve aumentar a alíquota do imposto sobre importação sobre determinados insumos necessários à construção de tal usina. Será que aquele Município tem que arcar com o ônus que decorre de um ato de governo, que é da União?

Pequena parte da doutrina, dela fazendo parte os professores Diógenes Gasparini e José dos Santos Carvalho Filho, encara essa questão entendendo que *príncipe*, aqui, é em sentido amplo, que qualquer ato de governo, emanado de qualquer esfera governamental daria ensejo à aplicação dessa teoria, de forma que, se um particular que tenha contratado com um Estado-membro fosse atingido por um ato oriundo da União, a teoria do fato do príncipe poderia ser aplicada.

Porém, a doutrina majoritária, da qual faz parte a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sustenta que só há *fato do príncipe* se o ato emanar da mesma entidade contratante que celebrou o ajuste. No caso de o ato genérico que altera o equilíbrio ter sido feito por

outro ente, não haveria fato do príncipe, mas sim uma aplicação da *teoria da imprevisão*, devendo as partes repartir o prejuízo, configurando álea econômica. Isso porque, na imprevisão, a situação imprevisível é alheia à vontade de ambas as partes. No fato do príncipe, a situação que afeta o contrato não foge à vontade da Administração.

Então, voltando-se ao caso anteriormente imaginado, o tal Município não teria nada a ver com a alteração propiciada pelo governo federal. Aliás, isso está de acordo com o nosso sistema federativo, em que as entidades são autônomas, uma não tem que responder pelo ato da outra. Também não seria justo que o Município respondesse pelo aumento da alíquota do imposto de importação que fosse propiciada pelo governo federal. Dessa forma, parece mais justa a corrente majoritária, que entende que, nesse caso, haveria uma espécie de repartição dos encargos, aplicando-se a teoria da imprevisão, que está ligada à álea econômica e que, em seguida, passamos a verificar.

## 8.2. Teoria da imprevisão

Diferente do fato do príncipe, a *teoria da imprevisão* é outro instituto, cujo pressuposto é a álea econômica, pois consiste no reconhecimento de que situações estranhas ao contrato e alheias à vontade das partes, imprevisíveis e inevitáveis, possam intervir na situação econômico-financeira gerando o dever de revisão, a fim de ajustar o contrato às circunstâncias supervenientes.

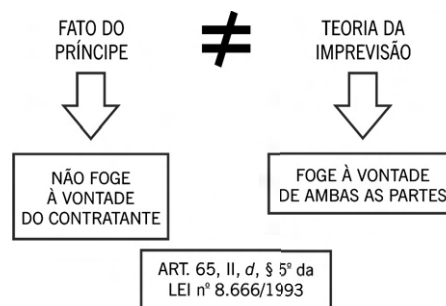
É a hipótese do contrato de compra de veículos importados pelo Poder Público, e afetado pela alteração nas alíquotas do imposto sobre importação (federal). Se o ente público contratante era a própria União, haverá fato do príncipe (*não* foge à vontade da Administração). Se o ente contratante era outro (o Estado do Rio, por exemplo), o que há é a imprevisão, pois a alteração da alíquota foge à vontade também do ente público.

A parte final do art. 65, II, *d*, trata da teoria da imprevisão. É praticamente doutrina no texto legal. É aquela que admite a alteração de cláusulas contratuais toda vez que houver superveniência de fatos imprevisíveis ou de fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis para as partes e que gerem desequilíbrio econômico-

financeiro na relação contratual, perda de comutatividade, perda de equivalência entre objeto e preço. A lei autoriza a Administração contratante a fazer acordo com o contratado para rever a distorção ocorrida.

O princípio da legalidade autoriza acordo. Estando presente a condição fixada na lei, a Administração tem que fazer o acordo. Se não fizer, o Judiciário pode rever o preço contratual em favor do contratado. A teoria da imprevisão pode se dar em favor da Administração Pública. Por exemplo, celebrado um contrato, o Poder Legislativo revoga lei que dispõe sobre um tributo que incide sobre a remuneração do serviço, revogando a incidência do tributo. O preço pressupõe a incidência do tributo. Se é revogado, o impacto existe e é imprevisível, enriquecendo o contratado, porque ele estaria pagando o mesmo valor, mas não pagando imposto. Por isso, a teoria da imprevisão pode ser aplicada em favor do Poder Público.

Nos dois casos (imprevisão ou fato do príncipe), deve haver a *revisão* do contrato, não havendo limite de prazo para isto. Deve ser feita a revisão, para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato, assim que se verifique o fato que desequilibrou o contrato. Isso não se confunde com *reajuste*, que é manutenção do valor real do contrato, e que, a partir do Plano Real, só pode ser feito com intervalos mínimos de um ano.



## 8.3. Fato da Administração

Última espécie de álea administrativa, que também é espécie de álea extraordinária é o fato da Administração, que são comportamentos ou omissões culposas da Administração, causando o agravamento da execução do contrato.<sup>244</sup>

Assim conceituado, o fato da Administração *não afeta o equilíbrio econômico do contrato*, mas o agrava ainda mais, pois afeta a própria subsistência do contrato,

<sup>244</sup> "Recurso Especial. Ação indenizatória decorrente do atraso no pagamento de várias parcelas do preço ajustado em contrato para reforma de prédio público. A demora no pagamento do preço ajustado constitui ilícito contratual que deve ser reparado, utilizando-se os índices de correção monetária, desde o termo inicial da mora. Recurso provido" (STF – REsp nº 710/SP – Segunda Turma; Rel. Min. Américo Luiz).

uma vez que é sustada sua execução até ser removido o fato da Administração, ou seja, até pagar, *está suspensa a execução do contrato*.

Então, o fato da Administração aparece em dois casos: *inadimplência da Administração*, que leva à rescisão do contrato, e *atraso da Administração*, que leva à prorrogação do contrato. Não se fala em equilíbrio do contrato, mas na sua existência ou não. A inadimplência da Administração vem tratada no art. 78, XVI.

Desse modo, a Administração responde por esse agravamento, o que gera o dever de a Administração rever o contrato em virtude de seu comportamento culposo. Como exemplo, podemos imaginar que a Administração abra uma licitação para fazer uma obra pública e, ao mesmo tempo, expede um decreto expropriatório da área em que será feita aquela obra. Se a Administração não consegue fazer a desapropriação, porque, por exemplo, o juiz manda que seja complementado o valor do depósito da indenização prévia, e a Administração não aceita o aumento do valor, desistindo da desapropriação e da própria obra, isso impede a realização da obra, inviabilizando a licitação. Se a Administração não desiste, mas recorre da exigência de maior indenização, isso representa um atraso da Administração e, naturalmente, ela deve recompor o equilíbrio que por ela mesma foi rompido.

Do atraso da Administração trata o art. 57, § 1º, VI, da Lei nº 8.666/1993, que também fala de equilíbrio econômico e financeiro do contrato. O atraso vai levar a uma prorrogação do contrato.

O único laço de igualdade entre cláusula exorbitante de alteração unilateral, fato do príncipe e fato da Administração é que todos eles são supervenientes à entrega das propostas. Não é o fato de eles causarem desequilíbrio econômico do contrato, pois o fato da Administração nem sempre causa isso.

Seguindo aquele mesmo esquema anteriormente proposto, podemos observar que a álea econômica também pode advir dos casos fortuitos e de força maior, que ensejam a aplicação da teoria da imprevisão. Vejamos.

#### 8.4. Caso fortuito e força maior

O que caracteriza determinado evento como força maior ou caso fortuito é a imprevisibilidade, a inevitabilidade de sua ocorrência e o impedimento absoluto, vedando a regular execução do contrato.

O caso fortuito e a força maior, portanto, *também configuram álea econômica*, devendo haver revisão.

*Caso fortuito* é acontecimento estranho à vontade humana, que interfere na economia contratual. É acontecimento da natureza, imprevisível, como enchente, tempestade etc., e que exerça influência sobre o contrato.

Ao lado do caso fortuito, temos a *força maior*, que representa um acontecimento decorrente da vontade humana, agravando a execução do contrato, como uma greve de serviços públicos, por exemplo, que impede que os empregados da empresa contratada cheguem ao campo de obra, local da prestação de serviços.

Notem, porém, que é lógico que essa greve não é dos empregados da empresa. Chama-se a atenção para isso, porque já houve questão de prova perguntando se a greve do pessoal da empresa prestadora de serviços seria considerada força maior para fins da teoria da imprevisão. Agora, se a empresa não quis pagar seus funcionários, ou se paga mal seus funcionários, isso é álea ordinária, que deve ser suportada por ela; a Administração Pública não tem nada a ver com isso. Aqui são greves no serviço público que impedem o acesso dos empregados ao campo de trabalho, causando assim um atraso nas obras ou no fornecimento. Isto, sim, seria força maior.

#### 8.5. Interferências imprevistas

Diferindo um pouco de todas as espécies de álea que estivemos vendo até agora, porque todas elas, como risco, decorrem, são supervenientes à formação do contrato, a *interferência imprevista* talvez seja a única espécie de álea que precede à formação do contrato, ou seja, interferências imprevistas são acontecimentos anteriores ao contrato, mas que por serem desconhecidos das partes também ensejam a aplicação da teoria da imprevisão.

Clássico exemplo da doutrina para essa espécie de álea econômica é o seguinte: numa obra, descobre-se que o terreno é rochoso, incompatível com a geologia local ou, então, na construção de um prédio público, durante as fundações, começa a jorrar petróleo. Notem, porém, que aquele determinado terreno já existia ali há alguns milhões de anos antes de se pensar em contrato, ou seja, tal acontecimento, percebe-se, escapa ao conhecimento das partes, que dele só tomam ciência da situação, imprevista e inevitável, quando a obra já foi iniciada. Por óbvio que engenheiros já teriam feito o devido estudo do solo, exatamente para não serem surpreendidos, porém, esse é o exemplo costumeiro, dado pela doutrina, para justificar a existência dessas interferências, que dificultam e oneram

extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos.

Por fim, cumpre frisar que tudo o que dissemos, no que tange a essas âleas, é resolvido por um único dispositivo da Lei nº 8.666/1993, que é o art. 65, II, alínea *d*.

### 9. Anulação do contrato administrativo

A anulação do contrato opera efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativamente. Ocorre a anulação, por exemplo, quando o procedimento licitatório não atendeu a determinados dispositivos legais, essenciais à contratação pelo Poder Público.<sup>245</sup> Os efeitos da anulação são tratados no art. 59, da seguinte forma:

*Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.*

*Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.*

A anulação do contrato, por vício acarretado no procedimento licitatório adotado pela Administração ou mesmo pela ausência de licitação, não obstante a obrigatoriedade legal, gera o dever de a Administração indenizar o particular contratado.<sup>246</sup>

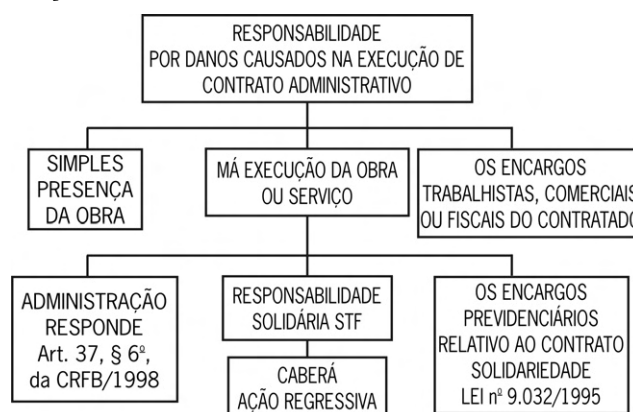
### 10. Responsabilidade pela execução do contrato

A responsabilidade pela execução do contrato, divide-se em responsabilidade contratual e extracontratual. Dentre os danos que a execução do contrato pode acarretar, existem aqueles que são causados a terceiros. A responsabilidade, nessa hipótese, será *extracontratual*. Mas há casos em que a simples presença da obra já causa

danos a terceiros (o empreiteiro não tem qualquer culpa, está fazendo tudo regularmente). Nesses casos, entende-se que a responsabilidade é *extracontratual da Administração* (e não do empreiteiro).

Outra responsabilidade é pela má execução da obra. A culpa naquele dano será do empreiteiro. Há quem entenda que quem deve responder é o Poder Público (porque o empreiteiro seria um preposto, e entraria na situação do art. 37, § 6º, da Constituição da República). O Poder Público deveria depois acionar regressivamente o empreiteiro. O STF tem decidido reiteradamente no sentido da responsabilidade solidária entre União e empreiteiro.

#### Esquema:



DECRETO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO Nº 14.186/1995

### 11. Direitos do contratado

O principal direito do contratado é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, expresso na Lei nº 8.666/1993, nos §§ 1º e 2º do art. 58, no art. 65, § 6º, e II, *d*, e, ainda, no art. 67, § 1º. Como já transcrevemos a maior parte desses dispositivos no curso desse ensaio, resta-nos apenas fazer o mesmo com os seguintes:

<sup>245</sup> Importante, nesse momento, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: "A Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa." (REsp nº 408785/RN).

<sup>246</sup> Nesse sentido, colacionamos acórdão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Contrato Administrativo. Prestação de Serviços. Licitação. Obrigatoriedade. Nulidade do Contrato. Obrigação de Indenizar. Art. 59 Parágrafo Único, Lei nº 8.666, de 1993. Anulação da Sentença.

Contrato Administrativo de Prestação de Serviço de Publicação de Atos Oficiais. Falta de Licitação. Nulidade do Contrato. Ação de Cobrança de Serviços Prestados. Extinção do Processo Sem Julgamento do Mérito, Sob o Fundamento de Colusão das Partes.

Havendo o Município Contestado o Pedido, Inclusive Arguindo a Nulidade do Contrato Administrativo que Apoia a Ação de Cobrança, não Há Colusão das Partes.

Considerando que, em princípio, "A Nulidade do Contrato Administrativo Não Exonera a Administração do Dever de Indenizar o Contratado pelo que este Houver Executado até a Data em que ela Foi Declarada" (parágrafo único, do art. 59 da Lei nº 8.666/1993), Anula-se a Sentença que Extinguiu o Processo Sem Julgamento do Mérito, a Fim de Que Este Seja Decidido Como de Direito (MCS).

Art. 65. [...]

[...]

§ 6º. *Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.*

Art. 67. *A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.*

§ 1º. *O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.*

Equilíbrio econômico-financeiro do contrato significa remuneração conforme as previsões inicialmente contratadas, sob o fundamento de que os interesses que ditaram o ingresso do contribuinte na avença devem ser respeitados. É remuneração conforme previsões iniciais, nos limites estabelecidos na Lei de Licitações, sendo garantia constitucional insculpida no art. 37, XXI, da Carta Magna: “mantidas as condições efetivas da proposta”.

Por equilíbrio econômico do contrato compreende-se também a correção monetária, conforme copiosa jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, baseada em decisões do STJ.

Assim se manifesta o Egrégio Tribunal de Justiça, a respeito do tema:

Contrato administrativo. Modificação. Despesa pública. Comprovação. Necessidade. Pagamento da dívida. Correção monetária da dívida. Obrigação de pagamento. Princípio da legalidade. Fazenda pública. Sucumbência. Honorários de advogado. Critério da proporcionalidade. Valor da causa.

I. Contrato administrativo. *Ius variandi*. Limites.

Embora detentora do chamado *ius variandi*, que corresponde ao poder de introduzir, unilateralmente, modificações qualitativas ou quantitativas no contrato, não pode a administração comprometer o seu equilíbrio econômico, que deve estar permanentemente presente em todo o período de duração do vínculo. Assim, se no curso das obras, a administração introduz no contrato modificações que resultam em gastos não previstos originalmente, deve por eles responder sob pena de configurar-se o enriquecimento sem causa.

II. Correção monetária. Incidência sobre faturas quitadas com atraso. Princípio da legalidade.

Se a correção monetária não tira nem põe, simplesmente mantém a identidade da moeda no tempo, quem paga dívida sem corrigi-la efetua apenas parte do pagamento, deixando de cumprir integralmente a obrigação. E como a ninguém é dado locupletar-se à custa de outrem, o pagamento da correção monetária constitui imperativo econômico, jurídico e moral. Viola-se o princípio da legalidade não só com a clara e frontal infringência do texto da lei, mas também com a rejeição dos princípios gerais do direito.

III. Honorários advocatícios. Sucumbência da fazenda pública. Causa complexa. Aplicação da regra geral.

A remuneração do advogado, quer litigue contra a fazenda pública quer contra o particular, deve ser proporcional à importância da causa, à responsabilidade profissional assumida, à complexidade do trabalho e o tempo exigido para a sua realização. O entendimento de que a fazenda pode ser condenada em percentagem inferior ao limite legal, mesmo em se tratando, como na espécie, de causa complexa e trabalhosa, só porque de valor elevado, além de estabelecer privilégio odioso, fere o princípio da igualdade das partes, também de caráter constitucional.

*Reforma parcial da sentença (CLG).*<sup>247</sup>

A característica da correção monetária não consiste em aumento imprevisto de despesa pela Administração ou ganho patrimonial para o contratado, mas sim em atualização do valor avençado corroído pela inflação, pelo decurso do tempo ao longo da execução do contrato. Ainda sobre o tema há o seguinte acórdão:

Contrato administrativo. Mora. Quitação. Correção monetária. Necessidade. CC. Art. 944. Inaplicabilidade Contrato administrativo. Pagamento com atraso. Quitação. Não abrangência da correção monetária. Inaplicabilidade da norma do art. 944 do Código Civil.

I. Os contratos firmados com a administração pública devem ter suas parcelas corrigidas monetariamente, mesmo quando os pagamentos feitos com atraso recebem quitação do fornecedor.

II. A norma do art. 944 do CC refere-se a juros, os quais, como é do conhecimento geral, representam sanção pela mora ou remuneração do capital. A correção monetária, sendo mera atualização do valor do dinheiro corroído pela inflação, não é um “plus” em relação ao débito pago com retardo. Precedente no STJ.

III. Apelação da empresa estatal não provida (MGS).<sup>248</sup>

<sup>247</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Segunda Câmara Cível; Apelação nº 195/1998, unânime; Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho.

<sup>248</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Sétima Câmara Cível, Apelação nº 1.955/1999, unânime; Rel. Des. Bernardo Garcez.

## 12. Contratos regidos pelo Direito Privado

Existem outros contratos de Direito comum, além das locações, nos quais a Administração Pública é parte. São, por exemplo, os contratos de seguro e de financiamento. A Caixa Econômica Federal realiza empréstimo para aquisição de casa própria. Na mesma escritura faz o contrato de financiamento, que é o pacto adjeto de hipoteca. É igual ao que fazem os bancos privados, que também realizam contrato de financiamento. Isto porque o bem está entrando no patrimônio do particular. Ainda que seja verba pública, a relação é meramente privada. O interesse público é secundário.

Em Direito Público existe a noção de interesse público primário, que é o essencial, e de interesse público secundário, derivado. Em Direito Tributário pode-se visualizar bem isto. A Fazenda Pública pode transigir sobre o crédito fiscal individual, parcelando, aceitando dação em pagamento, concedendo remissão. Se pode transigir, temos interesse público secundário. Então, o contrato é de Direito Privado.

Todos os contratos de alienação de bem público são contratos de Direito Privado em que a Administração Pública é parte. Quando a Administração Pública vende um imóvel tem que respeitar os requisitos do art. 17 da Lei nº 8.666/1993, mas o que estes requisitos visam a proteger é a melhor proposta, para substituir o bem imóvel por dinheiro. O particular passa a ser proprietário, e o bem não atende mais ao interesse público.

Na doação de bem público ocorre o mesmo. O bem vai entrar no patrimônio do donatário.

Na dação em pagamento, feita a avaliação e sendo equivalente o bem ao valor da dívida, não há desfalque do patrimônio público, embora o bem público entre no patrimônio do particular.

Na permuta, em relação ao bem público que entra no patrimônio do particular, há contrato regido pelas normas de Direito Privado. Em relação ao bem do particular que entra no patrimônio público, é contrato administrativo. Pode-se analisar a nulidade em favor do interesse público só em relação ao bem que entra, e não em relação ao bem que sai. A avaliação, contudo, deve concluir pela equivalência dos bens objeto da permuta.

A nulidade da licitação induz à nulidade do contrato. Mas essa nulidade só pode ser decretada extrajudicialmente, se o contrato for administrativo. Se for de Direito comum, a Administração vai ter que ajuizar ação para obter sentença transitada em julgado. Ela não poderá unilateralmente decretar a nulidade do contrato, por

nulidade da licitação. O Poder Judiciário é que decretará a nulidade para desfazer a venda do bem público.

Também nos contratos de alienação, a Administração não pode inserir cláusulas exorbitantes do Direito comum. Por exemplo, alienação de um bem público para pagamento em parcelas. A Administração não pode alterar unilateralmente o preço, porque o contrato é de Direito Privado. Também não pode alterar o objeto, nem se reservar o direito de recomprar, se lhe for conveniente. São cláusulas ilegais diante do Direito Civil.

## 13. Tipos de responsabilidade

### 13.1. Contratual

É a responsabilidade contratual, propriamente dita, do contratado perante a Administração.

### 13.2. Extracontratual

É a responsabilidade do contratado perante terceiros. A simples existência da obra, sua presença, seu porte, sua localização, por si só, já trazem prejuízos a terceiros. Por exemplo, na feitura da Linha Vermelha, a construção do elevado sobre a Rua Bela, em S. Cristóvão, trouxe enorme prejuízo aos comerciantes nela estabelecidos, pois a via ficou fechada. Não houve nenhuma irregularidade, a obra estava correta, observaram-se todas as regras técnicas da engenharia civil, o empreiteiro não fez nada de errado. Mas a simples existência da obra gerou danos ao dono da padaria, aos seus usuários etc. Obviamente a responsabilidade é de quem encomendou a obra, no caso, a Administração.

Quem é o responsável pela má execução da obra?

O STF tem vários acórdãos no sentido de que são responsáveis, solidariamente, a Administração e o contratado. Esta responsabilidade solidária não fere o art. 37, § 6º da CF/1988, pois o contratado é um preposto da Administração. O empreiteiro é um agente, e o referido artigo adota a Teoria Objetiva ou do Risco. Fica claro que a Administração responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, cabendo ação regressiva da Administração em face do empreiteiro.

Em regra, o prejudicado ingressa contra o poder público, que, bem ou mal, mesmo demorando mais, terá que responder e pagar a ele os prejuízos. O débito judicial vai ter que entrar no orçamento. Mas nada impede que a ação seja movida em face do empreiteiro, se este tiver vida econômica sadia e puder pagar.

Entretanto, se a ação for em face da Administração e esta for condenada, nem sempre caberá ação regressiva contra o contratado.

Hely Lopes Meirelles coloca muito bem esta matéria no seu livro sobre Licitações e Contratos. Segundo ele, existem dois tipos de contratos de empreitada de obra pública: um de material, outro de *labore*.

Na empreitada de material não cabe ação regressiva, pois o empreiteiro entra com o material e não com a mão de obra. Ele não terá responsabilidade com a má execução.

Na empreitada de *labore*, é o contrário. O contratado só entra com a mão de obra, e o material é fornecido pela Administração. Neste caso, caberá ação regressiva contra ele, mesmo que seja provado que a origem do dano ou da má execução esteja no material. Isto porque é inerente sua responsabilidade de verificar o material utilizado, recusando-o no caso de má qualidade ou inadequação. Se não o fez, caberá ação regressiva contra ele.

Tratando-se, no entanto, de vício oculto, isto é, a má qualidade do material não é notória, só pode ser constatada por perícia, o empreiteiro não responderá em ação regressiva. O poder público será responsabilizado sozinho, pois ele deu causa ao dano.

Quanto aos atos preparatórios para execução da obra, se deles resultar dano a terceiro, a responsabilidade será exclusiva do empreiteiro. Ex.: acidente com o caminhão que está transportando a matéria-prima por culpa sua, ou acidente na construção do canteiro de obras etc. A responsabilidade será exclusiva do contratado.

Hely também levanta a possibilidade da responsabilidade subsidiária da Administração por culpa *in eligendo* pois escolheu mal seu representante. Isto quando, depois de executar o empreiteiro, ainda faltar o pagamento de parte da indenização.

Por fim, a quarta situação refere-se à responsabilidade por encargos trabalhistas e previdenciários (art. 71). O débitos previdenciários (não incluem os trabalhistas) são de responsabilidade solidária da Administração, desde que esta pague corretamente ao contratado (§ 2º). Atualmente, antes de efetuar o pagamento ao empreiteiro, a Administração exige a apresentação da CND (Certidão Negativa de Débito), pois se não o fizer e efetuar o pagamento, responderá solidariamente pelo recolhimento que não foi feito durante a execução do contrato. Esta solidariedade não se estende aos débitos trabalhistas, que são de responsabilidade exclusiva do contratado, genericamente falando.

#### 14. Enunciado nº 331 do TST e o art. 71 da Lei nº 8.666/1993

Questão relevante, na atualidade, é a que trata do confronto entre o Enunciado nº 331 do TST e o art. 71 da Lei nº 8.666/1993. Tal questão refere-se à possibilidade de responsabilizar a Administração pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços.

É natural que, em órgãos públicos, ocorra a chamada terceirização de serviços. Determinados serviços comuns, tais como, segurança, limpeza, motorista etc. costumam ser realizados por empresas prestadoras de serviços, que a eles se obrigam, após regular processo licitatório. Entretanto, com relativa frequência, ocorre que empresas contratadas não cumprem com determinadas obrigações trabalhistas referentes aos seus empregados, impondo horas extras sem a devida remuneração, atrasando o pagamento de salários e gratificações natalinas etc. São empregados da empresa privada prestadora de serviços que atuam dentro da repartição pública, e que muitas vezes não têm os seus direitos trabalhistas plenamente atendidos pela empregadora. A questão imposta é a seguinte: tem a Administração Pública responsabilidade pelas obrigações trabalhistas decorrentes do contrato administrativo firmado, quando descumpridas pela prestadora dos serviços? O Enunciado nº 331 do TST diz que sim. A Lei nº 8.666/1993 diz que não. Quem está com a razão?

Para melhor analisar a questão é importante trazer à colação o texto referente ao Enunciado nº 331 do TST:

*Enunciado nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256 – O inciso IV foi alterado pela Res. nº 96/2004, DJ 18/09/2004*

*I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3/01/1974).*

*II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).*

*III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.*

*IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administra-*

ção direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/1993) (grifos nossos)

Note-se que o inciso IV do Enunciado nº 331 do TST traz o entendimento segundo o qual a Administração, na qualidade de tomadora dos serviços, possui responsabilidade subsidiária pelas obrigações inadimplidas pela prestadora, que é, de fato e de direito, a empregadora.

Já o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 e seu § 1º dispõem exatamente o contrário:

*Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.*

*§ 1º. A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (grifos nossos)*

A simples leitura do art. 71, anteriormente transcrito, é suficiente para se concluir que o Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho é flagrantemente ilegal. Não se trata de norma que dê margem a diferentes interpretações, cabendo ao intérprete profunda exegese. É lei dispondo clara e precisamente que a Administração não se responsabiliza pelos encargos trabalhistas decorrentes da inadimplência da contratada.

Nem se pode conceber que súmula da jurisprudência tenha o condão de revogar a lei. Seria ferir o princípio da separação dos poderes, que possui assento constitucional, erigido à condição de cláusula pétrea pelo § 4º do art. 60 da Lei Maior.

A argumentação utilizada pela jurisprudência é a de que a Administração Pública, tendo em vista o que dispõe o § 6º do art. 37, da Constituição da República, tem responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes de ato administrativo que tenha praticado, sendo que, na hipótese, o ato praticado pela Administração teria sido a contratação de empresa inidônea. Haveria aí, entende o TST, culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. Apenas a título de exemplo, colacionamos o seguinte acórdão do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

*Ementa: recurso de revista. Responsabilidade subsidiária. O acórdão regional está fundamentado no entendimento contido no Enunciado nº 331, inciso IV: “o inadimple-*

*mento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (Art. 71 da Lei nº 8.666/1993)”. Revista e não conhecida. Multa do art. 477, § 8º, da CLT. Responsabilidade do tomador de serviços. A condenação subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas devidas pelo devedor principal, inclusive a multa pelo atraso do pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação. Essa condenação, no caso da reclamada, tal como ocorre com as demais verbas, é devida em observância ao princípio constitucional da responsabilidade objetiva e das culpas in vigilando e in eligendo. Revista desprovida. Descontos fiscais e previdenciários. Competência da justiça do trabalho. A justiça do trabalho é competente para apreciar questão acerca de descontos previdenciários e fiscais (Orientação Jurisprudencial nº 141). Revista parcialmente provida. Época própria da atualização monetária dos débitos trabalhistas. A legislação relativa à correção monetária fixou os índices respectivos com base num dado certo, objetivo, claro, que é a “época de pagamento”. A “época de pagamento” é constituída pela época em que o empregador habitualmente efetua o pagamento dos salários a cada mês. Esse dado adquiriu especial importância quando da aplicação da legislação referente à conversão de cruzeiros reais em “URV”. A época contratual para pagamento dos salários não pode, porém, recair em data posterior à data-limite fixada em lei. (CLT, art. 459, parágrafo único), vale dizer, além do 5º (quinto) dia útil do mês subsequente ao vencido (Orientação Jurisprudencial nº 124). Revista parcialmente provida. (DJ 25/10/2002).<sup>249</sup>*

Tal argumentação, todavia, carece totalmente de sentido. Deseja-se atribuir à norma constitucional um alcance que, de forma patente, não possui. A responsabilidade objetiva que o texto constitucional visa a alcançar diz respeito a danos que os agentes públicos, nessa qualidade, causem a terceiros. Ora, tendo a Administração realizado regularmente o procedimento licitatório, tendo a empresa contratada saído vencedora da licitação, tendo sido cumpridas todas as formalidades legais e tendo o objeto da licitação sido adjudicado à prestadora de serviços, não há que se falar em culpa de qualquer agente público, e muito menos de culpa *in eligendo*.

<sup>249</sup> Tribunal Superior do Trabalho; Terceira Turma; Recurso de Revista nº 522269/2006, unânime; Rel. Juiz Convocado Paulo Roberto Sifuentes Costa.



Ao seguir o processo licitatório disciplinado pela Lei nº 8.666/1993, torna-se claro que o Administrador não está escolhendo o contratado. Não existe margem de discricionariedade do administrador para contratar com essa ou aquela empresa. Existe um procedimento legal, que, uma vez seguido, acarretará na obrigatoriedade da Administração em contratar com a empresa vencedora do certame. Por isso, é descabida a tese da responsabilidade objetiva do Estado por ato praticado por seu agente, com fulcro na culpa *in eligendo*, uma vez que a empresa não foi eleita ao alvedrio do administrador, mas tornou-se a mais adequada para contratar com a Administração, de conformidade com os critérios taxativamente elencados na lei.

Também deságua na mesma situação a tese da culpa *in vigilando*. Tal argumento parte do pressuposto de que a Administração tem o dever de fiscalizar a execução dos contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/1993. Por maior que seja o dever de fiscalização, não tem o Poder Público como se infiltrar nas relações trabalhistas e saber se as horas extras dos trabalhadores da empresa contratada, o adicional noturno, ou a gratificação natalina foram pagos em dia. É atividade que foge às possibilidades da Administração a diuturna verificação de informações referentes à relação empregatícia que lhe não diz respeito diretamente.

Uma demanda judicial fundamentada na responsabilidade subsidiária da Administração com base na culpa *in vigilando* agride, inclusive, princípios constitucionais, tais como o contraditório e a ampla defesa, pois, como poderá a Administração se defender, se não possui acesso às informações necessárias para a defesa? O trabalhador alegará que não recebeu o adicional de férias. O que a Administração responderá, se não sabe, efetivamente, se o adicional de férias foi pago ou não? E se o adicional de férias não era devido, como a Administração saberá?

Terá que confiar na defesa da empresa contratada. E se a prestadora de serviços não oferecer defesa e tornar-se revel? A Administração terá apenas que se lamentar por não poder se defender e pagar quantia que não deve e não sabe se é devida por terceiro?

É natural que se queira proteger o trabalhador, parte mais fraca na relação empregatícia. É, de fato, um procedimento socialmente mais adequado e correto buscar amparar as classes menos privilegiadas, já tão sofridas. Daí o princípio amplamente utilizado no Direito do Trabalho segundo o qual, na dúvida, deve-se pender para a tese mais favorável ao trabalhador, *in dubio pro operario*. Todavia, o que não se concebe é proteger o trabalhador em detrimento da lei, ou apesar da lei. Deve-se proteger o operário dos desmandos do empregador em submetê-lo a uma carga horária de trabalho desumana, em não remunerá-lo de forma condigna, em não cumprir com o que assegura a lei, convenções e acordos coletivos.

Uma coisa, contudo, é constranger judicialmente o empregador a cumprir com o exigido pela lei ou com o pactuado, outra é obrigar, por incoerente e ilegal aplicação de súmula jurisprudencial, a quem não faz parte da relação de emprego a arcar com o ônus, utilizando-se de recursos do erário, de cumprir com obrigação pertencente ao particular. Se por um lado existe o desvalor da conduta da empresa privada que não cumpre com os seus deveres, engendrando situação de dificuldades para o empregado, por outro haverá a utilização de recursos públicos para suprir a falta do particular inadimplente, muito embora a lei exima expressamente a Administração de arcar com tal ônus.

É sanção demasiado pesada para a Administração ter que pagar a quem não deve, simplesmente pelo fato de, seguindo todo o rito exigido pela Lei nº 8.666/1993, ter contratado com empresa que deixou, sabe-se lá por que motivo, de pagar aos seus empregados.

## Capítulo 5

---

### Bens Públicos

#### Introdução

Os bens públicos encontram-se disciplinados na Constituição Federal, no Código Civil e em leis esparsas.

De acordo com a doutrina, eles podem ser conceituados como todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público, bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.<sup>1</sup>

O conjunto de bens públicos, formado de bens móveis e imóveis, é denominado de *domínio público*.

#### 1. Domínio público

O domínio público, apesar da inexistência de uniformidade na doutrina quanto ao seu conceito, pode ser definido como sendo o conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público.<sup>2</sup>

Na verdade, a expressão domínio público apresenta várias acepções, por isso há divergência na doutrina. O primeiro aspecto destacado está voltado apenas para o direito de propriedade exercido pelo Estado sobre os bens integrantes do seu patrimônio.

Já o outro aspecto relevante levantado pela doutrina refere-se ao exercício do Poder de Soberania interna, ou seja, com base na soberania, os bens particulares podem vir a sofrer limitações impostas pelo Estado, desde que essas imposições visem a atender ao interesse coletivo.

Outros significados podem ser extraídos da expressão domínio público, como, por exemplo, quando o aplicador do direito quer se referir ao conjunto de bens destinados ao uso público, ou, ainda, quando se pretende definir o regime jurídico a que estão subordinados tais bens afetados ao serviço público.

Segundo o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles,<sup>3</sup> em decorrência dos vários aspectos que a expressão domínio público apresenta, melhor seria conceituá-lo, sempre, de forma ampla,<sup>4</sup> pois assim se abarcaria todas as hipóteses levantadas pela doutrina; portanto, para ele, seria “o poder de dominação ou regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral coletiva (*res nullius*)”.

Pode-se afirmar, então, que o domínio público ora é exercido como Poder de Soberania, ora como direito de propriedade. Quando for afeto à soberania interna do Estado, denomina-se domínio eminente; por sua vez, quando se referir apenas ao direito de propriedade em relação aos bens integrantes do patrimônio estatal, recebe a nomenclatura de domínio patrimonial.

O *domínio eminente* é o Poder Soberano interno que o Estado exerce sobre todos os bens existentes em sua extensão territorial, podendo, inclusive, quando existir autorização legal, intervir na propriedade privada, utilizando-se, por exemplo, das servidões administrativas e da desapropriação.<sup>5</sup>

O Poder Soberano interno é, na verdade, o reconhecimento, dentro dos limites territoriais de um determi-

---

<sup>1</sup> Primeira controvérsia acerca dos bens públicos, principalmente com o advento do novo Código Civil, pois esses bens, *a priori*, não são públicos e, sim, privados, apenas merecem do legislador um tratamento especial tendo por base o princípio da continuidade dos serviços públicos.

<sup>2</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 204.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, p. 457.

<sup>4</sup> A mesma opinião tem José dos Santos Carvalho Filho, conforme se depreende de sua obra *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 767.

<sup>5</sup> José dos Santos Carvalho Filho define servidão administrativa como sendo: “Direito real público que autoriza o Poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo. Por sua vez, a desapropriação é: “o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização”. *Op. cit.*, p. 526 e 558.

nado Estado, da existência de um poder superior a todos os demais poderes.

Portanto, é correto afirmar que o domínio eminente que se caracteriza pelo exercício do poder soberano interno atinge tanto os bens públicos propriamente ditos, como os bens privados e os bens não sujeitos ao regime normal da propriedade, como, por exemplo, o espaço aéreo e as águas.<sup>6</sup>

Por sua vez, o domínio patrimonial é o direito de propriedade regulado pelo Direito Público. Ele recai sobre todos os bens integrantes do patrimônio do próprio Estado, ou seja, das pessoas jurídicas de direito público da Administração direta ou indireta. São esses bens que a doutrina denomina de bens públicos, e, em decorrência da natureza pública, são regulados por um regime administrativo especial, sendo aplicáveis às regras do direito privado, que disciplinam o direito de propriedade quando existir uma omissão na legislação própria para sua utilização e administração.

## 2. Bens públicos

### 2.1. Conceito

Bens Públicos, de acordo com Celso Ribeiro Bastos, “é o conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas, móveis, imóveis e semoventes de que o Estado se vale para poder atingir as suas finalidades”.<sup>7</sup> Portanto, são os bens necessários à Administração Pública para alcançar os fins coletivos visando a propiciar o bem-estar e a satisfação da sociedade em seu território.

Por seu turno, Hely Lopes Meirelles conceitua, em sentido amplo, os bens públicos como sendo:

[...] todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, móveis ou imóveis e semoventes, créditos, direitos e ações que pertençam a qualquer título às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.<sup>8</sup>

Na definição de Marcello Caetano, os bens públicos seriam:

[...] as coisas públicas submetidas por lei ao domínio de uma pessoa coletiva de direito público e subtraídas ao comércio jurídico privado em razão da sua primacial utilidade coletiva.<sup>9</sup>

O ordenamento jurídico pátrio sempre tratou dos bens jurídicos públicos ou privados no Código Civil; entretanto, existe também legislação esparsa disciplinando especificadamente bem público, como, por exemplo, o Decreto-Lei nº 970/1946, alterado pelas Leis nº 7.450/1985 e nº 9.636/1998.

Antes do advento do atual Código Civil a matéria acerca de bens públicos estava prevista nos arts. 65 a 68 do Código Civil de 1916 e apresentava grandes controvérsias quanto ao que seria considerado bem público, uma vez que se referia apenas a três entes federativos e não contemplava as entidades da Administração indireta, que, apesar de não integrarem a Federação, possuem personalidade jurídica de pessoa jurídica de Direito Público.

Diante desses fatos, a doutrina se esmerava para interpretar o referido art. 65 do Código Civil de 1916, sem, contudo, chegar a uma uniformidade; enquanto uns defendiam que eram bens públicos os bens integrantes do patrimônio das entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais, utilizando, assim, uma interpretação ampliativa,<sup>10</sup> pois poderia ser considerado bem público um bem de terceiro que estivesse afetado à prestação de um serviço público. Por outro lado, existiam doutrinadores que defendiam a tese de que só podiam ser considerados públicos os bens de que a Administração era detentora,<sup>11</sup> o que também não espelhava a realidade. E, por fim, existiam aqueles que entendiam que os bens públicos eram aqueles pertencentes à pessoa jurídica de direito público, seja ela entidade política ou administrativa.<sup>12</sup>

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, a matéria passou a ser tratada expressamente nos arts. 98 a 103, e a discussão acerca do alcance do dispositivo legal que disciplina os bens públicos se tornou ultrapassada, conforme se depreende do art. 98, pois restou claro que o legislador adotou a corrente doutrinária que determina serem públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, seja integrante da Federação ou de entidade da Administração indireta.

Com isso, a controvérsia existente quanto à natureza dos bens das empresas públicas e sociedades de economia mista, dotadas de personalidade jurídica de pessoa

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 768.

<sup>7</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.306 e s.

<sup>8</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 459.

<sup>9</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006, v.II, p.881.

<sup>10</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 459.

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 371.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 768.

jurídica de Direito Privado, não sobrevive mais, independentemente da atividade exercida por elas, uma vez que, de acordo com o art. 98 do Código Civil vigente, são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público interno, e afirma ainda que os demais bens serão considerados privados, independentemente da pessoa a que pertençam.

Partindo da linha de raciocínio decorrente da nova redação do artigo que disciplina o que são bens públicos no novo Código Civil, hoje, pode-se concluir, sem medo de errar, o que já vinha sendo defendido pela doutrina e jurisprudência majoritária em nosso país, que os bens integrantes do patrimônio das empresas públicas e sociedade de economia mista, via de regra, são bens privados, dada a natureza privada dessas entidades. Entretanto, por força da sua destinação pública, podem se submeter a um regime especial, mas jamais serão considerados bens públicos.

No entanto há, ainda, quem defenda que os bens das sociedades de economia mista e empresa pública, quando afetados ao desenvolvimento de atividade em caráter de monopólio, terão natureza de bens públicos, como também há aqueles que sustentam a natureza de bens públicos para os bens integrantes do patrimônio dessas entidades quando estiverem prestando serviço de natureza pública.

Apesar de existir entendimento diverso, atualmente, pode-se inferir que somente os bens pertencentes à União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações governamentais de Direito Público, possuem natureza de bens públicos. Os demais bens pertencentes a pessoas jurídicas de Direito Privado, mesmo que integrantes da Administração indireta, serão considerados bens privados;<sup>13</sup> entretanto, poderão estar sujeitos a regime jurídico especial.

## 2.2. Classificação

A classificação dos bens públicos e dos bens em geral é relevante, pois determina a inclusão de um bem em determinada categoria jurídica, fazendo com que o operador do Direito saiba de imediato qual regra jurídica deve ser aplicada para aquele bem; já que não podem ser aplicadas as mesmas regras a todos os bens indistintamente, devem-se observar as suas características.

O Código Civil em vigor classifica os bens em três categorias distintas que comportam subespécies, a saber:

- Bens considerados em si mesmos:
  - a) imóveis;
  - b) móveis;
  - c) fungíveis;
  - d) consumíveis;
  - e) divisíveis;
  - f) singulares; e
  - g) coletivos.
- Bens reciprocamente considerados:
  - a) principal; e
  - b) pertenças.
- Bens públicos:
  - a) de uso comum;
  - b) de uso especial; e
  - c) dominicais.

O compêndio civilista não divide os bens públicos de acordo com sua titularidade, até porque não se trata de matéria atinente à sua competência legislativa, mas é certo que podemos afirmar que, quanto à titularidade do bem, podem ser da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal.

Ademais, entendem os civilistas que a própria Constituição da República houve por bem relacionar quais os bens públicos que pertencem a cada ente da federação, isso no tocante aos bens de uso comum e de uso especial, já que os dominicais irão depender da aquisição por parte de cada ente, bem como da destinação que lhe deem.

Os bens da União estão relacionados no art. 20 da Constituição da República; os dos Estados no art. 26, sendo certo que o rol dos bens é exemplificativo.

A Constituição da República não relacionou quais os bens pertencem aos Municípios e ao Distrito Federal, podendo-se chegar a uma primeira conclusão: de que a tais entes não coube lugar na partilha dos bens públicos, o que não é correto, posto que há bens que pertencem a esses entes estatais, apenas não houve por bem, o Legislador Constituinte, relacioná-los no corpo da Constituição.

Ademais, a doutrina nos indica que, ao utilizarmos uma interpretação sistemática na aplicação dos preceitos constitucionais, são atinentes ao Distrito Federal aqueles bens que cabem aos Estados.

Estar-se-ia utilizando a própria sistemática de isonomia aplicada pela CRFB a estes dois entes estatais.

Quanto ao Município não há que se falar nessa interpretação sistemática, porquanto a Constituição da Re-

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. "Os bens públicos no Novo Código Civil". *Revista da Emerj*, v. 6, nº 21, p. 55.

pública não tratou este ente de forma similar a qualquer outro. Assim, conclui-se pela sua exclusão na divisão de bens. Sendo certo, contudo, que há bens que lhe pertencem, tais como as ruas, praças, prédios públicos etc.

Ressalte-se, por fim, que a Constituição da República ao partilhar os bens públicos ateve-se à sua finalidade, dando relevância àqueles que irão garantir a segurança nacional, os recursos naturais, a soberania nacional, em fim, aqueles bens que despertam interesse abrangente.

Concernente aos doutrinários administrativistas, os bens públicos podem ser classificados levando-se em conta sua natureza, seus aspectos geográficos, sua destinação (ou utilização), ou titularidade,<sup>14</sup> e ainda quanto à sua disponibilidade.<sup>15</sup>

A classificação que distingue os bens públicos de acordo com sua natureza é aquela que os divide em bens corpóreos ou incorpóreos, bens móveis ou imóveis e bens fungíveis e infungíveis. São utilizados, portanto, para classificá-los os mesmos critérios apontados para os bens de particulares.

Bens fungíveis são aqueles que podem ser substituídos por outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade; por sua vez, os infungíveis não possuem esses atributos, porque são considerados de acordo com suas qualidades individuais.

Segundo a lição do ilustre doutrinador J.M. Leoni,<sup>16</sup> chamam-se bens corpóreos aqueles que podem ser percebidos por qualquer dos sentidos, podendo-se, assim, incluir, entre as coisas corpóreas, os corpos em estado sólido, líquido ou gasoso. Já os incorpóreos são aqueles que não podem ser percebidos pelos sentidos, por isso são entidades ideais criadas pelo ordenamento jurídico.

Por seu turno, os bens móveis conforme disciplinado no Código Civil, art. 82, são aqueles bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem que haja alteração da sua substância ou da sua destinação econômico-social. E, por fim, de acordo com o art. 79, são bens imóveis o solo e tudo quanto for incorporado a ele, seja de forma natural ou artificial, isto é, são as coisas fixas que não podem ser transportadas de um lugar para outro, sem que ocorra a sua destruição.

A outra classificação existente utiliza-se dos critérios geográfico, que consiste em dividi-los em bens terrestres, bens hídricos – que se subdividem em marítimos,

quando se tratar de mar territorial; fluviais, referindo-se aos rios; e lacustres, quando a sua localização for em lagos, além dos bens que incluem tanto a terra como a água – por exemplo, os portos.

José dos Santos Carvalho Filho,<sup>17</sup> sem prejuízo das demais categorias apresentadas pela doutrina, classifica os bens públicos, também, conforme à sua disponibilidade, podendo ser, então, bens indisponíveis, bens patrimoniais indisponíveis e bens patrimoniais disponíveis.

Bens indisponíveis são aqueles que as pessoas não podem dele dispor, por não possuírem um caráter patrimonial, isto é, esses bens não podem ser alienados ou onerados e devem manter sempre a finalidade a que estão destinados, como exemplo, os bens de uso comum do povo.

Por sua vez, os bens patrimoniais indisponíveis são aqueles que, apesar de terem um caráter patrimonial, já que podem ser avaliados e expressados monetariamente, são considerados mesmo assim indisponíveis, porque são utilizados efetivamente pelo Estado ou por terceiros em nome daquele para realizarem a finalidade pública, exemplificando os bens de uso especial.

São bens patrimoniais disponíveis aqueles que podem ser alienados; entretanto, essa alienação não é livre, pois devem ser atendidas as condições previstas na lei autorizadora da alienação.

Por derradeiro, as classificações que utilizam os critérios relativos à destinação e titularidade dos bens, entretanto, em decorrência da relevância dessas classificações para este trabalho, serão abordadas em tópicos próprios.

### 2.2.1. Quanto à sua destinação

Sabe-se que Estado pode dar aos bens integrantes do seu patrimônio diferentes destinações, desde que não seja contrária à Constituição Federal e atendam ao interesse da sociedade.

O atual Código Civil utilizou-se deste critério classificatório para categorizar os bens de acordo com a sua destinação (ou utilização) que são: de uso comum, de uso especial e dominicais. Estão previstos no art. 99 do Código Civil, mas tal diploma não os conceitua, limitando-se a apontar exemplos das duas primeiras modalidades e informar em que se constitui a última. Vejamos:

<sup>14</sup> Classificação utilizada por Odete Medauar em seu livro *Direito Administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 775.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6. ed., v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.492.

<sup>17</sup> CARVALHO FILHO, *op.cit.*, p. 774.

Art. 99 – São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de Direito Público, como objeto de Direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público a que se tenha dado estrutura de Direito Privado.

Essa tripartição dos bens públicos, em decorrência da sua destinação, já era utilizada no Código Civil de 1916, sendo mantida no atual Código com apenas algumas modificações, quais sejam: a introdução do termo “administração”, que poderá ser a direta ou indireta, desde que possua personalidade jurídica de Direito Público, visando com isso mais uma vez a confirmar o domínio das pessoas jurídicas de Direito Público federal, estadual e municipal. Apesar de não mencionar a administração distrital, a doutrina é uníssona em incluí-la. Depois, a introdução das autarquias como titulares de bens de uso especial, visto que também são pessoas jurídicas de Direito Público. E, por fim, em relação aos bens dominicais, que constituem agora bens do patrimônio das pessoas jurídicas de Direito Público, e não mais patrimônio dos três entes federativos (União, Estado e Município), como previsto no art. 66, III do Código Civil de 1916.<sup>18</sup>

Os bens de uso comum não reclamam digressões profundas, pois são autoexplicativos, assim, são os bens que estão à disposição de toda a coletividade, que podem utilizá-los, muito embora seja possível que a Administração Pública imponha limitações ao seu uso, sem afrontar a essência do bem – sua classificação. Ressalte-se, ainda, que a limitação pode alcançar a vedação total do uso do bem por parte da coletividade.

Já os bens de uso especial, que têm previsão no inciso II do art. 99 do Código Civil, ainda que de forma exemplificativa, retrata bens que são utilizados pela própria Administração Pública para a persecução e efetivação da sua atividade fim. Diz-se que tais bens são afetados à atividade administrativa.

A limitação à utilização de tais bens é regra, mas é possível que o particular faça uso do bem, observando

as regras impostas para o seu uso, podendo ser cobrado, inclusive, preço para custear esse uso.

Já os bens dominicais, com previsão no inciso III do já citado dispositivo legal, não servem à atividade fim da Administração Pública, tampouco estão postos à disposição da coletividade para serem utilizados. Tais bens são, de acordo com a norma legal, os direitos pessoais e reais do ente público.

Do que se trata então? Não há, pois, um rol exemplificativo, ao menos, dos bens que integram essa classe. Na verdade, esse é um conceito residual, que inclui na categoria aqueles bens que não estejam relacionados nas espécies anteriores.

Carvalho Filho indica que são bens dominicais os prédios públicos desativados, os móveis sem uso, a dívida ativa e as terras devolutas. Portanto, podemos ter tais bens como exemplos daqueles que integram a classe dos bens dominiais, sendo certo que outros existem a integrar a classe.

A norma contida no parágrafo único do art. 99 do Código Civil pode, numa primeira análise, causar espanto ou perplexidade, uma vez que a pessoa jurídica ou é de Direito Público ou é de Direito Privado. Em razão de o Código Civil ter entrado em vigor há não muito tempo, a jurisprudência ainda não pôde manifestar-se, com abundância, acerca da norma contida no dispositivo legal anteriormente indicado. Mas a doutrina moderna já se posicionou quanto ao assunto, afirmando que a interpretação mais balizada é a que considera que a pessoa jurídica é de Direito Público na sua essência, mas altera alguns pontos adotando as regras próprias da pessoa jurídica de Direito Privado.

A doutrina diverge quanto ao nome a ser utilizado para classificar esses bens: alguns adotam o nome dominicais e outros dominiais. O ilustre Mestre Hely Lopes Meirelles adota a expressão *dominiais*, sendo seguido por tantos outros doutrinadores da atualidade. Aqueles que adotam a expressão dominical informam que dominial é o gênero que abrange as diversas espécies, entre elas os bens dominicais, pois todos os bens induzem à ideia de domínio de bens públicos em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.

#### 2.2.1.1. Bens de uso comum do povo

Os bens de uso comum do povo são aqueles que pertencem a todos e podem ser utilizados, sem restrições e de forma gratuita ou onerosa, por qualquer do povo,

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Os bens públicos no Novo Código Civil”. In: *Revista da Emerj*, v.6, nº 21, p. 56.

como as ruas, praças, mares e jardins. Portanto, o povo é o beneficiário direto e imediato desses bens.<sup>19</sup>

Vale ressaltar que a sociedade somente tem o direito de usar plenamente os bens de uso comum do povo, pois o domínio pertence à pessoa jurídica de Direito Público à qual está ligado o bem.<sup>20</sup>

Não acarretará a perda da qualidade de bem de uso comum do povo o fato de a Administração regulamentar o seu uso, ou torná-lo acessível apenas na forma onerosa, como ocorre, por exemplo, com as estradas que possuem pedágio e ruas com cobrança de estacionamento para veículos, conforme se depreende do art. 103 do Código Civil.

Por amor ao debate, vale ressaltar que, apesar de ser expresso no art. 103 do Código a possibilidade de se utilizarem os bens públicos de uso comum por meio de cobrança de taxa ou tarifa, há quem defenda<sup>21</sup> que essa categoria de bens públicos não pode ser onerosa, pois se estaria limitando o direito de uso, que deve ser exercido pela população sem qualquer restrição e independentemente de autorização ou permissão do Poder Público.

A propósito, vejamos a lição de Hely Lopes: “Qualquer restrição ao Direito Subjetivo de livre fruição, como cobrança de pedágios nas rodovias, acarreta a especialização do uso...”<sup>22</sup>

A Administração pode também restringir ou vedar o uso pela população de um bem de uso comum, em razão da segurança nacional ou por interesse público, ou ainda quando se tratar de área protegida por legislação específica.

É certo que cabe à Administração o dever de assegurar a utilização normal dos bens de uso comum do povo pela sociedade; para tal, lhe é conferida a guarda, administração, fiscalização e reivindicação dos referidos bens. Por isso, alguns doutrinadores sustentam que, em relação a esses bens, o que existe é um poder de gestão, e não um domínio patrimonial propriamente dito, uma vez que eles pertenceriam, na realidade, a toda a sociedade.

Cumprе mencionar que, se alguém vier a sofrer um dano, imputável à falta de manutenção ou ainda a obras e serviços públicos realizados em bens de uso comum do povo, a responsabilidade será do Estado, desde que o usuário não tenha agido com culpa para o evento danoso.<sup>23</sup>

A dúvida surge quanto ao tipo de responsabilidade que será aplicada na hipótese de omissão do Estado, como, por exemplo, na não conservação de uma via pública, pois há quem entenda que, nesse caso, a responsabilidade seria subjetiva,<sup>24</sup> isto é, o ônus de demonstrar a culpa da Administração caberia ao usuário que sofreu o dano, uma vez que, no art. 37, § 6º da Carta Magna, que disciplina a responsabilidade civil objetiva do Estado, trata apenas de conduta comissiva da Administração. Entretanto, vem crescendo na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado na hipótese de conduta omissiva será objetiva,<sup>25</sup> conforme art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Elas apenas dividem a omissão em genérica ou específica.

<sup>19</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 10. ed. 2006, p. 262.

<sup>20</sup> “Bem Público – Uso Comum do Povo – Desvirtuamento – Remédio Jurídico. Os bens públicos de uso comum do povo não podem ser colocados à disposição e uso exclusivo de nenhum cidadão, por mais ilustre que ele seja, pois isso contraria a sua própria natureza, que é incompatível com essa situação, ex vi do Código Civil, art. 66, I. Nessas circunstâncias, é evidente que ao Município cabe a obrigação de impedir que o seu uso seja desvirtuado em detrimento do restante da coletividade e, principalmente, dos munícipes que residem nas proximidades do local e que mais diretamente sofrem as consequências dessa indevida ocupação. A tolerância das autoridades municipais com essa anômala situação encontra remédio judicial no ajuizamento da ação cominatória destinada a compelir o Município, para, fazendo uso do seu poder de polícia pôr cobro a ela” (TJ-SP – Quarta Câmara Cível; Apelação Cível nº 122.541; Rel. Des. Freitas Camargo, j. 3/05/1990).

<sup>21</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 462.

<sup>22</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 462.

<sup>23</sup> Confira-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Responsabilidade extracontratual do Estado em decorrência de comportamento omissivo imputável aos agentes públicos. Falha anônima do serviço, (*faute du service*). Menor impúbere, de sete anos de idade, após chuva, em frente à sua casa, cai e é tragada em bueiro sem grades na via pública, vindo a ser encontrada e retirada morta pelos bombeiros quase um quilômetro de distância do local onde caíra. Deixando o Município – réu sem qualquer aviso, proteção ou advertência, – bueiro sem grades protetoras, em plena via pública, em local habitado, responde pelos danos causados aos munícipes. (TJRJ – Apelação cível – nº. 2006.001.11630 – Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível – Unânime – Des. Ronaldo Rocha Passos)”

“Responsabilidade Civil. Queda em buraco aberto em via pública. Dever de indenizar o dano causado à vítima. Empresa contratada pelo Estado para realizar obra de iluminação de via pública. Buraco para assentamento de poste, deixado aberto sem qualquer medida de proteção aos transeuntes. Pessoa que, ao passar pelo local, sem aviso, veio a cair nele, sofrendo lesão que lhe acarretou incapacidade parcial permanente. Negligência manifesta da empresa executora da obra, a vinculá-la ao dever de reparar o dano que tal conduta culposa causou a vítima. Sentença correta. (TJRJ – Apelação Cível – Nº.001.01271 – Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível – Unânime – Des. Des. Laerson Mauro – ).”

<sup>24</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.344.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 169.

Nesse sentido é a lição do renomado doutrinador Sergio Cavalieri: “A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva, como também a omissiva...”

Diz-se omissão específica quando o Estado tem o dever legal de incolumidade de determinada coisa ou pessoa, isto é, quando o Estado chama para si o dever de impedir a ocorrência de qualquer dano. Nessa hipótese, a responsabilidade será objetiva. Por sua vez, a omissão genérica é quando o dever de incolumidade não pode ser atribuído apenas ao Estado. Nesse caso, aquele que sofreu o dano deverá demonstrar, além do dano e do nexo causal, a culpa da administração, pois, nessa hipótese, a responsabilidade será subjetiva.

Este entendimento resta claro com a lição extraída da monografia do ilustre jurista Guilherme Couto de Castro: “... não [é] correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.”

Em recente aula ministrada na Escola da Magistratura, o ilustre professor Madeira defendeu que na hipótese de omissão, a responsabilidade civil do Estado será, sempre, subjetiva, sendo irrelevante a divisão que a doutrina apresenta acerca da omissão, isto é, se ela é genérica ou específica. Entretanto, deixará de ser subjetiva quando se tratar de hipóteses de aplicação da teoria do risco suscitado ou produzido, porque nessas situações não há que se falar em omissão genérica e, sim, em risco produzido.

Portanto, apesar de os argumentos apresentados por parte da doutrina que sustenta ser a responsabilidade do Estado, nas condutas omissivas, subjetiva, serem bastante razoáveis, isso não nos parece adequado, pois transfere à vítima o ônus de provar que o Estado agiu com culpa, contribuindo para a ocorrência do dano, o que afrontaria diretamente a vontade do Poder Constituinte originário, uma vez que está expresso na Constituição que o Estado tem o dever de indenizar aquele que sofreu um dano decorrente de uma conduta estatal, seja ela comissiva ou omissiva.

Por derradeiro, vale ressaltar que esses bens não podem ser alienados, enquanto conservarem a sua qualificação, conforme art. 100 do Código Civil vigente, como também não estão sujeitos ao usucapião, isto é, mesmo que alguém tenha a posse de um bem público por um

certo período de tempo jamais poderá adquirir a sua propriedade.

### 2.2.1.2. Bens de uso especial

Bens de uso especial são aqueles que se destinam especialmente à execução dos serviços públicos, portanto, os beneficiários diretos de tais bens são os usuários do serviço público e os servidores que trabalham na prestação do serviço.

Via de regra, os bens integrantes dessa categoria são utilizados de forma exclusiva pelo Poder Público e pode-se citar como exemplo desses bens os edifícios onde estão instalados os serviços públicos relativos a educação e saúde, como também os veículos que servem à Administração.

Os bens de uso especial estão disciplinados no inciso II do art. 99 do Código Civil, que menciona que os bens públicos dessa categoria são os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da Administração federal, estadual, territorial ou municipal, bem como os de suas autarquias.

Numa primeira leitura, pode parecer que só é possível a existência de bens de uso especial quando se tratar de bem imóvel; entretanto, não é correto esse entendimento, pois toda doutrina admite a inclusão nessa classe de bens públicos os bens móveis, apesar de não estar expresso, uma vez que, para ser classificado como tal, o que deve ser levado em conta é o fato de o bem móvel ou imóvel estar sendo utilizado para a realização das atividades administrativas em geral.

O uso e gozo desses bens são, via de regra, das pessoas jurídicas de Direito Público que detêm a sua propriedade, quais sejam União, Estados, Municípios e suas respectivas autarquias, uma vez que não são abertos para todos os indivíduos.

Com isso, não se pretende afirmar que a sociedade não pode fazer uso desses bens; ela poderá utilizar os bens de uso especial, pois haverá situações em que o indivíduo precisará estar presente em uma repartição pública, por exemplo. No entanto, deverá observar as condições estabelecidas pela pessoa jurídica de Direito Público a que está vinculado o bem de uso especial para sua utilização, tais como horário, autorização e preço.

Nessa linha é a lição de Odete Medauar:<sup>26</sup>

Tais bens não comportam uso geral, comum, aberto a todos. Fica a critério da Administração possibilitar, conforme o caso, o uso comum, se este não conflitar com a destinação preponderante do bem.

<sup>26</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 263.



De acordo com os arts. 100 e 102 do novo Código Civil, os bens de uso especial são inalienáveis enquanto afetados ao serviço público, e também não são passíveis de usucapião; nesse último caso, a vedação não é só infraconstitucional, pois há previsão constitucional, art. 183, § 3º, da Carta Magna. É certo que a inalienabilidade não é absoluta, visto que podem perder essa característica por meio da desafetação; nesse caso podem vir a ser alienados, na forma que a lei determinar.

Esse tem sido o entendimento da jurisprudência pátria. Vejamos uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Ação de Usucapião. Inteligência do art. 183, § 3º, da Constituição Federal. Impossibilidade jurídica do pedido. Ausência de condição necessária ao legítimo exercício do direito de ação. Extinção do processo sem julgamento meritório. Art. 267, VI, do Código de Processo Civil. O usucapião não pode recair sobre bem público. O imóvel, objeto de lide, pertence ao Município do Rio de Janeiro. Inalienabilidade e imprescritibilidade do bem de natureza pública, que está fora do comércio (Apelação cível – Nº Proc. 001.07710 – Comarca da Capital – Oitava câmara cível – Unânime – Des. Carpena Amorim).

### 2.2.1.3. Bens dominicais

De acordo com a redação do art. 99, inciso III, do Código Civil, bens dominicais são “os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de Direito Público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

O referido artigo, em seu parágrafo único, acrescenta ainda que, não havendo legislação em sentido contrário, serão considerados, também, dominicais os bens integrantes do patrimônio das pessoas jurídicas de Direito

Público a que se tenha dado estrutura de Direito Privado.<sup>27</sup>

Pode-se inferir, então, que a classificação de bens públicos como categoria de bens dominicais é sempre residual, pois primeiramente deve ser verificado se tal bem pode ser encaixado no conceito de bem de uso do povo ou de uso especial e, não sendo possível enquadrá-los nessas categorias, só aí é que poderá se afirmar que tal bem é um bem dominical.

Segundo a doutrina de Diógenes Gasparini,<sup>28</sup> bens dominicais “são destituídos de qualquer destinação, prontos para serem utilizados ou alienados ou, ainda, terem seu uso trespassado a quem por eles se interesse”.<sup>29</sup>

É certo, então, que os bens integrantes dessa categoria não possuem uma destinação pública determinada, nem um fim público específico, entretanto, não há impedimento legal para que esses bens venham a ser afetados ao serviço público, o que acarretaria a inclusão desse bem em outra classe, como, por exemplo, a de uso especial. Por outro lado, quando um bem de uso do povo ou de uso especial perde sua finalidade pública por meio do instituto da desafetação, passa a integrar a categoria de bem dominical, podendo, inclusive, ser alienado.

Os bens dominicais, por não estarem afetados a uma finalidade pública específica, podem ser alienados por meio de institutos de Direito Privado ou Público desde que observadas as exigências da lei, conforme se depreende do art. 101 do Código Civil.

Incluem-se nessa categoria as terras devolutas, os terrenos de marinha e os prédios públicos desativados.

Em relação aos beneficiários desses bens, é correto afirmar que o beneficiário direto é a própria Administração, uma vez que inexistente utilização desses bens pelos particulares; com base nessa premissa é que parte da doutrina de-

<sup>27</sup> É oportuno destacar a crítica feita por José dos Santos Carvalho Filho à nova redação do art. 99, parágrafo único, publicado na *Revista da EMERJ* nº 21/2003. “O texto causa perplexidade. E por mais de uma razão. A uma, porque é difícil conceber o que o legislador quis dizer com referência a pessoas de Direito Público com estrutura de Direito Privado. Ora, partindo-se da premissa de que o Poder Público pode instituir pessoas administrativas de Direito Privado, não caberia a concepção de pessoa de direito público estruturada nos moldes das de Direito Privado. A duas, porque uma pessoa jurídica de Direito Público tem regime jurídico dotado de linhas bem diversas daquelas que compõem o regime jurídico das pessoas privadas. A três, porque o texto dá a impressão de que tais pessoas públicas poderão ter seus bens qualificados como dominicais ainda que estejam destinados à execução de um serviço público, fato que os enquadraria como bem de uso especial. Causa espanto admitir que um bem com destinação pública – e, por isso mesmo, normalmente classificado como peculiarmente inalienável – se converta em dominical, permitindo sua alienação a despeito do objetivo a que se destina.”

<sup>28</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 687.

<sup>29</sup> Nas lições de Hely Lopes Meirelles, bens dominicais ou bens dominiais são: “aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar. Daí por que recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis ou de bens do patrimônio fiscal. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, isto é, sobre eles a Administração exerce poderes de proprietário...” (MEIRELLES, *op. cit.*, p. 461).

nomina esses bens de “bens-meios”,<sup>30</sup> porque instrumentalizam diretamente as atividades administrativas e por vezes são fontes de recursos ao ente estatal a que está vinculado.

### 2.2.2. Quanto à titularidade

O Brasil adota, como forma de Estado, a federação, que nada mais é que a forma de organização político-administrativa que exige a divisão do Estado em partes internas dotadas de autonomia. De acordo com a Carta Magna de 1988, são entes integrantes da Federação brasileira a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Com base na autonomia dos entes federados e no princípio da predominância do interesse<sup>31</sup> é que a Constituição Federal repartiu as competências estatais entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; portanto, é a partir dessa partilha de competência que surge a classificação dos bens públicos quanto à titularidade. Ou seja, conforme a entidade política a que pertençam, ou serviço autárquico a que se vinculem, poderão vir a serem denominados bens federais, estaduais, distritais e municipais.

A Constituição Federal enumera no art. 20 os bens integrantes do patrimônio da União, já no art. 26 o constituinte originário elencou os bens pertencentes aos Estados-Membros, no entanto, nada mencionou acerca dos bens do Distrito Federal e Municípios, mas a doutrina é uníssona em afirmar que, quanto aos bens do Distrito Federal, em decorrência da sua natureza específica, que faz com que acumule competências estaduais e municipais, é proprietário dos bens situados em seu território que a princípio seriam do Estado e do Município.

No que tange aos Municípios, afirma a doutrina que são bens integrantes do patrimônio desses entes federados aqueles de uso comum do povo que estiverem dentro do seu perímetro urbano, bem como aqueles bens afetados aos serviços públicos municipais.

#### 2.2.2.1. Bens da União

Os bens integrantes da União estão enumerados no art. 20 da Carta Magna, mas, além de não ser o rol taxativo, não exclui a possibilidade de outro artigo que atribui à União a titularidade de certo bem; como, por

exemplo, o art. 176.<sup>32</sup> Portanto, nos termos do art. 20 da Constituição Federal de 1988, são bens da União:

*I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;*

*II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;*

*III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;*

*IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II;*

*V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;*

*VI – o mar territorial;*

*VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;*

*VIII – os potenciais de energia hidráulica;*

*IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;*

*X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;*

*XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.*

Por seu turno, o art. 176 da Carta Política atribuiu também à União a titularidade das jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica que constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, mas assegurou ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Ao classificar, portanto, os bens como bens federais, o Poder Constituinte originário levou em consideração alguns critérios, tais como a segurança nacional, a proteção à economia do país, interesse público nacional e a extensão do próprio bem,<sup>33</sup> conforme se depreende dos incisos do art. 20.

Vale ressaltar que continua vigente o Decreto-lei nº 9.760, datado de 05/09/1946, alterado pela Lei nº 9.635/1998, que dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências acerca, por exemplo, da utilização desses bens, como também apresenta concei-

<sup>30</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 264.

<sup>31</sup> MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. “O princípio da predominância de interesse é o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal. Assim, com base neste princípio à União caberão aquelas matérias e questões de interesse geral, isto é, nacional, ao passo que aos Estados as matérias de interesse regional, e, aos Municípios, concernem os assuntos de interesse local. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (art. 32, § 1º), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.”

<sup>32</sup> Art. 176 – As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 771.

tos das espécies de bens federais, tais como terreno de marinha ou faixas de fronteira.

#### 2.2.2.2. Bens dos Estados

Segundo o art. 26 da Constituição Federal, são considerados bens dos Estados federados:

*I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;*

*II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;*

*III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;*

*IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.*

As hipóteses do texto constitucional não constituem *numerus clausus*, uma vez que não foi retirada dos Estados a titularidade de outros bens que já integravam o seu patrimônio, como: os prédios estaduais, os valores depositados judicialmente para a Fazenda Estadual e a Dívida Ativa.

#### 2.2.2.3. Bens dos Municípios

A Constituição Federal de 1988 não elencou expressamente os bens pertencentes aos Municípios; todavia, ao fazer a interpretação sistemática dos artigos que arrolam os bens pertencentes aos demais entes federados e o art. 30, em especial os incisos I, III, V e VIII, que relaciona suas competências, conclui-se que pertencem aos Municípios os bens situados dentro de seus limites geográficos e que não sejam integrantes do patrimônio da União e dos Estados Membros.

Como regra, são considerados bens públicos municipais as ruas, praças e jardins, como também os prédios onde estão instaladas as repartições e órgãos do Município.

#### 2.2.2.4. Bens do Distrito Federal

No que tange aos bens pertencentes ao Distrito Federal, José dos Santos Carvalho Filho defende que, apesar de o art. 32 da Constituição não dispor sobre os bens públicos distritais, nada impede que lhe sejam aplicadas as regras relativas aos Estados e Municípios, pois emana do sistema constitucional a semelhança do Distrito Fe-

deral com esses entes, conforme se depreende do § 1º do art. 32<sup>34</sup> da Carta Magna.

Por derradeiro, vale ressaltar que também se incluem entre os bens integrantes do patrimônio do Distrito Federal aqueles que lhe forem atribuídos pela União na forma da lei, de acordo com o art. 16, § 3º, do Ato de Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988.

#### 2.3. Afetação e desafetação

Ao se tecer qualquer análise acerca do tema “bens públicos” torna-se absolutamente imprescindível conhecer, paralelamente, os institutos da *afetação* e da *desafetação*, pois são eles que definirão o fim a que se destinam os bens quando da sua utilização e destinação e, em última análise, permitirão identificar o bem quanto à sua classe, ou seja, se são de uso comum, de uso especial ou dominical.

A afetação é a destinação ou finalidade pública atribuída a um bem público. Via de regra, é proveniente de uma lei ou de um ato administrativo, entretanto, há uma parcela da doutrina que defende a possibilidade de ocorrer a afetação de modo implícito,<sup>35</sup> isto é, sem a existência de manifestação formal por parte do Estado, pois entendem que a afetação é um fato administrativo, citando como exemplo uma casa doada a um ente estatal onde se instala uma biblioteca infantil.<sup>36</sup>

É corriqueiro o uso das expressões *afetação* e *desafetação*, mas é preciso consignar que Diógenes Gasparini utiliza como sinônimo as expressões: *consagração* e *desconsagração*.

Assim, afirmamos que os bens que são utilizados pela Administração Pública ou pela coletividade estão afetados, e aqueles que não servem, desafetados.

Não há previsão legal para a forma de afetar ou desafetar o bem público, sendo, a princípio, a sua utilização ou não que indicará se o bem está ou não afetado. Ressalte-se, contudo, que há quem entenda ser necessário ato administrativo para efetivar a afetação ou desafetação.

Quanto a ser fato administrativo, é preciso ressaltar que mais técnico e correto seria considerar a afetação/desafetação um ato administrativo em razão da sua própria natureza e importância, mas para a maioria da doutrina é fato administrativo.

<sup>34</sup> Art.32 – O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

<sup>35</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 265.

<sup>36</sup> Comunga desse entendimento José dos Santos Carvalho Filho: “...entendemos ser irrelevante a forma pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto ao seu fim público ou não. Relevante, isto sim, é a ocorrência em si da alteração da finalidade, significando que na afetação o bem passa a ter uma destinação pública que não tinha...” (Carvalho Filho, op. cit., p. 777).

Haverá afetação de fato quando a Administração desapropriar indiretamente o bem particular, o que resultará em ato ilícito. É um esbulho.

José Cretella Júnior conceitua afetação como:

[...] instituto do Direito Administrativo mediante o qual o Estado, de maneira solene, declara que o bem é parte integrante do domínio público. É a destinação da coisa ao uso público.<sup>37</sup>

Portanto, afetar um bem é atribuir a ele uma finalidade pública, podendo ser enquadrado na classe de bens públicos de uso do povo ou de uso especial.

Segundo alguns autores,<sup>38</sup> os bens públicos podem ser classificados de acordo com sua afetação, por isso afirmam que os bens de uso comum do povo são aqueles que possuem afetação máxima; por seu turno, os de uso especial, afetação média; os dominicais, os que não apresentam nenhum grau de afetação.

É certo que os bens de uso comum e os de uso especial, que possuem afetação máxima e média respectivamente, podem vir a sofrer alterações em suas destinações específicas, passando, por exemplo, para a categoria de bens dominicais. O mesmo pode ocorrer na situação inversa, ou seja, um bem dominical vir a ser transformado em bem de uso comum do povo ou de uso especial por meio da afetação.

A desafetação seria o caminho inverso, isto é, o bem que *a priori* possuía uma destinação específica, passa a não mais tê-la de modo definitivo ou temporário. Ela pode ocorrer por força de lei ou por ato administrativo, como também por um fato, ou seja, a Administração atua diretamente, sem a manifestação expressa da sua vontade. O que não se admite é a desafetação pelo não uso, ainda que prolongado, nessa hipótese, faz-se necessário um ato expresso por parte da Administração. Caso assim não fosse, poderiam ocorrer arbitrariedades, violando o interesse coletivo.

Vale lembrar a definição do ilustre professor Cláudio Brandão:

[...] A desafetação indica que um determinado bem não é destinado ao atendimento da comunidade, seja através da prestação de serviços públicos ou da destinação ao público de um modo em geral. São, portanto, desafetados os bens dominicais que integram o patrimônio público, mas não têm destinação pública.<sup>39</sup>

A competência para afetar ou desafetar um bem é exclusiva da pessoa política proprietária do bem. Essa

competência retrata a autonomia outorgada pela Constituição Federal de 1988 a cada ente integrante da Federação; portanto, caberá a eles regular alguns aspectos referentes, por exemplo, à aquisição, uso, administração e alienação dos bens integrantes dos seus patrimônios, ressalvada a competência da União para legislar sobre matéria cível, nos moldes do art. 22, inciso I da Constituição.

A afetação de um bem público, seja ele da espécie de bem de uso comum ou de uso especial, torna esse bem *inalienável*, sendo, portanto, necessária a desafetação prévia do bem para que possa ser alienado.

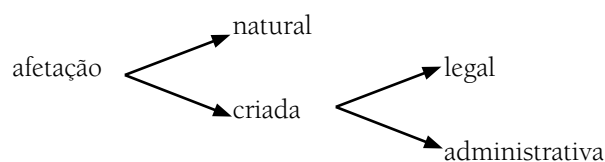
Admite-se, também, que a Administração Pública, sem efetuar prévia desafetação do bem, obtenha uma autorização legislativa para posterior alienação do bem público. Todavia, há na doutrina quem<sup>40</sup> sustente que, se um bem foi alienado sem a prévia desafetação, apenas com autorização legislativa, estaria a Administração burlando a lei e, portanto, a alienação seria considerada inválida, uma vez que se descumpriu um requisito exigido por lei.

Nessa linha de raciocínio, que defende a necessidade de desafetação prévia do bem para só então ser alienado, é que vem sendo o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Registro de imóveis. Matrícula. Bem público. Desafetação.

O imóvel foi adquirido pelo Poder Público de forma originária, por afetação decorrente da implantação de loteamento aprovado. Após, houve a desafetação do bem em regular processo legislativo, tornando-o bem dominical, passível de alienação. Recurso ordinário conhecido e provido. (ROMS nº 12958/SP – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 0026083-7 – Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – unanimidade).

De acordo com o magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello a afetação pode ser natural, decorrendo da própria finalidade do bem, ou ser legal ou administrativa, conforme decorra da lei ou do ato administrativo que lhe afete.



<sup>37</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 558.

<sup>38</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 336.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 166.

<sup>40</sup> GASPARINI, *op. cit.*, p. 690.

Mais uma vez precisamos nos socorrer da legislação civilista para saber se os bens públicos podem ou não ser alienados de acordo com a afetação, o que será objeto de estudo no capítulo pertinente.<sup>41</sup>

## 2.4. Características

O princípio regente do domínio público, o da indisponibilidade dos bens públicos, é primordial para a compreensão das características desses bens, de acordo com as classes em que se encontram.

Em razão de tal princípio, é correto afirmar que a disponibilidade de um bem público é exceção, só ocorrendo se existir previsão legal e ato expresso da Administração.

As características dos bens públicos, portanto, variam conforme a categoria que eles integram. Os bens de uso comum do povo e os de uso especial em decorrência da afetação que possuem e do princípio da indisponibilidade, apresentam como características a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a não oneração, isto é, não podem ser vendidos, usucapidos, penhorados ou dados em garantia.

Por seu turno, os bens dominicais apresentam como características a alienabilidade relativa, porque podem perdê-la pelo instituto da afetação, mas também são imprescritíveis, ou seja, não podem ser usucapidos.

Em decorrência da relevância do tema para os bens públicos, visto que as maiores controvérsias surgem das características a eles atribuídas, examinaremos cada uma em separado.

### 2.4.1. Inalienabilidade

O Código Civil revogado informava que sobre os bens públicos pairava a característica da inalienabilidade relati-

va, pois se observando os preceitos legais, restaria afastada tal característica e o bem poderia ser alienado. Não esquecendo quais bens podem ser alienados – dominiais.

No entanto, da forma como redigida, a norma contida no art. 67 do Código Civil de 1916 induzia alguns intérpretes a concluir que os bens públicos eram inalienáveis, o que já observamos não ser verdade. Foi necessária a construção de entendimento doutrinário e jurisprudencial para afastar essa meia verdade.

O Código Civil em vigor veio sanar o engano, trazendo a regra clara a respeito da matéria, posto que fez inserir a expressão: enquanto conservarem a sua qualificação. E que os bens dominicais podem ser alienados, ainda que com observância da legislação pertinente. Ora, se podem ser alienados os bens dominicais, sem perda da sua classificação, e os de uso especial ou de uso comum tão logo percam tal qualidade, conclui-se, por consequência, que a regra é a possibilidade da alienação.

Mas a regra comporta exceção, e há na própria Constituição, que prevê bens que são absolutamente impenhoráveis. Tais bens não poderão ser desafetados para perderem sua característica e passarem à classe de bens dominicais.

Os autores utilizam diversas expressões para referirem-se à inalienabilidade dos bens públicos, a saber: inalienabilidade absoluta e relativa; inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei; inalienabilidade; alienabilidade condicionada.

Inalienabilidade, segundo a ilustre doutrinadora Odete Medauar,<sup>42</sup> é “a qualidade do bem que não pode ser vendido, doado, transferido etc.”

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que, de um modo geral, os bens públicos são inalienáveis por

<sup>41</sup> Vejamos decisão de nossos Tribunais:

REsp nº 361689/RS; Recurso Especial 2001/0145976-4 – DJ 04/03/2002; p. 00214; RSTJ; v. 00158; p. 00143; Rel. Min. JOSÉ DELGADO (1105) Ementa: Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Alegativa de Violação aos arts. 65 a 67 do Código Civil e 128 e 460, do Código de Processo Civil. Afetação de Imóvel pelo Estado. Acórdão que, ao Decidir Sobre a Alegada Nulidade do Título de Propriedade do Imóvel, Baseou-se nas Provas Constantes dos Autos.

Incidência da Súmula nº 7/STJ. Conversão da Ação Reivindicatória em Ação de Indenização por Perdas e Danos. Possibilidade. Recurso Parcialmente Conhecido e Nesta Parte Desprovido.

1. Os arts. 65 a 67 do Código Civil não foram prequestionados, fundando-se o Acórdão, ao decidir sobre a alegativa de nulidade do título de propriedade dos recorridos, nas provas constantes dos autos, o que atrai o óbice da Súmula nº 7/STJ. Não se conhece do Especial, neste aspecto.

2. Não configura ofensa aos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil a conversão da Ação Reivindicatória em Ação de Indenização por perdas e danos, pois já não é possível a devolução do bem imóvel ao proprietário em face do apossamento administrativo. Ocorreu, no caso, uma Desapropriação Indireta. O Poder Público se apossou e não pagou.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido

(Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Min. Francisco Falcão, Luiz Fux, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Min. Rel.).

<sup>42</sup> MEDAUAR, *op. cit.*

expressa determinação legal, conforme se extrai da redação do art. 100 do Código Civil: os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

Trata-se, então, de uma inalienabilidade relativa, uma vez que haverá hipóteses em que aqueles bens poderão ser alienados. Só será absoluta a inalienabilidade quando estivermos diante de bens que são, por sua natureza, insuscetíveis de valoração patrimonial, como, por exemplo, os mares, praias e rios navegáveis, que, de acordo com a lição de Celso Ribeiro Bastos,<sup>43</sup> são bens *extra commercium*.<sup>44</sup>

A doutrina tem reconhecido que existe uma graduação da inalienabilidade. Quando se tratar de bens de uso do povo ou de uso especial, essa inalienabilidade estará mais próxima de ser considerada absoluta, uma vez que esses bens possuem graus de afetação máxima e média respectivamente, e, conseqüentemente, as regras relativas à alienação desses bens serão mais rigorosas; já em relação aos bens dominicais os preceitos relativos à alienação serão menos rigorosos, porque esses bens não estão afetados ao serviço público, ou seja, não possuem uma finalidade específica.

Quando se refere aos bens dominicais, o Código Civil, em seu art. 101, autoriza uma possível alienação desses bens desde que observadas as exigências da lei, que deverá ser elaborada por cada ente federativo. Verifica-se que não se trata de uma alienabilidade absoluta, pois se não existir legislação autorizando e prevendo os requisitos para alienação do bem dominical ou se for afetado ao serviço público, ele será, a princípio, inalienável.

Assim sendo, José dos Santos Carvalho Filho<sup>45</sup> afirma não ser correto falar em inalienabilidade dos bens públicos, mas sim em alienabilidade condicionada, visto que existem situações em que poderão ser alienados desde que observadas as condições previstas em lei e não possuam destinação específica, isto é, estejam desafetados.

Em recente trabalho publicado na *Revista da Emerj*,<sup>46</sup> comentando as questões acerca dos bens públicos à luz

do novo Código Civil, em especial o art. 100, o professor Carvalho confirma seu entendimento anterior sobre o tema:

O texto denota nitidamente que não há o axioma da inalienabilidade por princípio. Ao contrário, dimana da norma que tais categorias de bens são suscetíveis de alienação se não mais estiverem preordenadas a seus objetivos naturais. Como a alienação só se dará se for implementada tal condição, tratar-se-á realmente de alienabilidade condicionada, como vimos sustentando em repetidas ocasiões.

#### 2.4.2. Impenhorabilidade

Os bens públicos, por força de disposição constitucional são impenhoráveis, ou seja, não sofrem o ato constitutivo da penhora, que acarreta a venda do bem em hasta pública ou mesmo a sua adjudicação por parte do credor. Assim, temos mais uma exceção que se aplica quando a Fazenda é a parte devedora. O credor não pode utilizar-se dos mecanismos de cobrança previstos no Código de Processo Civil e utilizados quando o devedor é um particular. A execução contra a Fazenda tem rito próprio (arts. 730 e 731 do CPC).

Assim, os credores da Fazenda Pública podem cobrar seus créditos, mas terão que se sujeitar ao precatório, que é o sistema de pagamento das dívidas pública, com previsão constitucional – art. 100 da CRFB; mas há exceção, igualmente constitucional, que excetua os valores que a norma infraconstitucional estabeleça como mínimo. A exceção não atinge a impenhorabilidade, apenas afasta a necessidade do recebimento pelo precatório.

Necessária uma análise acerca dos bens pertencentes às sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações, no que concerne à impenhorabilidade.

Sabemos que as autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público e, portanto, gozam de todas as proteções que recaem sobre os bens públicos. Igual sorte seguirá a fundação pública, pelas mesmas razões que circundam as autarquias.

No entanto, outra sorte segue as sociedades de economia mista e empresas públicas uma vez que integram espécies de pessoa jurídica de Direito Privado, e por esta

<sup>43</sup> BASTOS, *op. cit.*, p.310.

<sup>44</sup> STJ – REsp nº 176078/SP; Segunda Turma:

“Processo Civil. Execução de Título Extra Judicial. Penhora em Bens de Sociedade de Economia Mista que Presta Serviço Público. A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público; só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público. Recurso especial conhecido e provido.”

<sup>45</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 778.

<sup>46</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Os bens públicos no Novo Código Civil”. In: *Revista da EMERJ*, v.6, nº 21, p. 57.

razão não gozam dos benefícios e proteções atrelados às pessoas jurídicas de Direito Público, inclusive no que toca aos seus bens. Tendo tal assertiva como correta, temos a corroborá-la a regra do art. 173, § 1º, da CRFB.

Mas é preciso retornar no tempo para apresentarmos a forma como eram tratados os bens destas empresas.

Os bens das sociedades de economia mista e empresas públicas eram passíveis de penhora, pois se sujeitavam às regras do Direito Privado. O art. 242 da Lei nº 6.404/1976 que cuida das sociedades anônimas, tipo societário obrigatório para as empresas públicas, admitia expressamente a penhora dos seus bens.

Com o advento do novo Código Civil – Lei nº 10.303 de 10/01/2002, houve a revogação do citado dispositivo da Lei das S.A., mas que não trouxe alteração ao tratamento dessas pessoas jurídicas em virtude de não ter havido alteração constitucional.

Mas, em virtude de um caso concreto específico, em que houve a penhora dos bens da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública, o STF adotou posição contrária ao ditado pela legislação, e que se coaduna com o pensar do professor Canotilho, para quem o legislador pode, de acordo com a sua discricionariedade, que só encontra limites nos princípios, instituir regime diferenciado para alguma empresa pública, o que foi feito com a ECT; e afirma ainda o STF, que o serviço postal desenvolvido por aquela empresa classifica-se como de natureza pública.<sup>47</sup>

A impenhorabilidade consiste na impossibilidade de incidir constrição judicial sobre os bens públicos. Ela decorre da primeira característica referente aos bens públicos, isto é, da inalienabilidade, pois só pode ser penhorado o bem que no futuro possa ser alienado, uma vez que a penhora significa medida judicial drástica de apreensão de bens constantes no patrimônio do devedor para a satisfação de um crédito, e, como a penhora será concretizada por meio da arrematação ou adjudicação, é necessário que o bem seja alienável. No entanto, não é correto afirmar o inverso, isto é, que todo bem impenhorável é inalienável, pois ele pode ser, por força de lei, impenhorável, como, por exemplo, o bem de família (Lei nº 8.009/1990), que, no entanto, não é inalienável.

Segundo Plácido e Silva diz do vocábulo impenhorabilidade:

[...] formado de penhorável, regido pelo prefixo negativo in, quer exprimir o vocábulo a condição de não ser penhorável, de não estar sujeito à penhora. É a impenhorabilidade benefício outorgado pela lei a certos bens, em virtude do que não podem ser os mesmos fiados pela penhora. Encontram-se, assim, a salvo de qualquer apreensão, em execução judicial.<sup>48</sup>

A lei processual é bastante clara quanto à impossibilidade de incidir penhora sobre os bens inalienáveis, vejamos o art. 649, inciso I, do Código de Processo Civil:

*Art. 649 – São absolutamente impenhoráveis:*

*I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução.*

O fundamento da impenhorabilidade tem sede constitucional, pois de acordo com o art. 100 da Constituição Federal os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal e respectivas autarquias, serão pagos exclusivamente por precatórios, que nada mais são do que requisição de pagamento.

Portanto, o bem público não pode ser penhorado em razão dos débitos das Fazendas Públicas, devendo-se, por meio do processo diferenciado de execução contra a Fazenda, apurar o débito e incluí-lo no orçamento do ano seguinte para então ser pago por precatórios. Caso fosse permitida a penhora de bens públicos, poderia ocorrer burla ao pagamento dos precatórios, uma vez que aquele que penhorou o bem e o levou a hasta pública, iria receber na frente daquele que está com seu crédito habilitado aguardando a ordem cronológica para pagamento dos precatórios.

Vê-se, assim, que o escopo do art. 100 da Constituição Federal é evitar a preterição de quem tem o legítimo direito de receber seu crédito na ordem de pagamento, por outro credor que tenha valor a receber, mas tenha sido incluído na lista mais recentemente. Com base nessa premissa é que se sustenta a impenhorabilidade dos bens públicos.

A desobediência da Administração da referida ordem de pagamento pode ser enfrentada, pelo credor preterido, por meio do pedido de sequestro da quantia necessária à satisfação de seu crédito nos termos dos arts. 100, § 2º, da Carta Magna e 731 do Código de Processo Civil. Ainda é possível, nessa hipótese, a abertura de processo

<sup>47</sup> Ementa: “Constitucional. Processual Civil. Empresa Pública Prestadora de Serviço Público: Execução: Precatório. I. – Os bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, uma empresa pública prestadora de serviço público, são impenhoráveis, porque ela integra o conceito de fazenda pública. Compatibilidade, com a Constituição vigente, do DL nº 509, de 1969. Exigência do precatório: CF, art. 100. II. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE nº 220.906/DF, 229.696/PE, 230.072/RS, 230.051/SP e 225.011/MG. III. – RE. conhecido e provido” (RE nº 220907/ RO – Rondônia – Recurso Extraordinário; Rel. (a): Min. Carlos Velloso).

<sup>48</sup> DE PLÁCIDO e SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, v.I, 2004, p. 418.

por crime de responsabilidade da autoridade do Executivo responsável.

Com efeito, há quem defenda que a impenhorabilidade dos bens públicos não pode ser absoluta, pois se estaria retirando do cidadão garantias para realização plena, tempestiva e eficaz do direito de ação, previsto na Constituição, cujo exercício não pode ser limitado em face de privilégios concedidos a entes públicos.

Não resta dúvida de que a impenhorabilidade deve persistir em relação aos bens públicos de uso comum do povo e aos bens de uso especial, principalmente, por estarem afetados ao serviço público que é regido pelos princípios da indisponibilidade e da continuidade; entretanto, em relação aos bens dominicais, que são bens sem finalidade específica de utilização, não há por que serem protegidos pela impenhorabilidade.

### 2.4.3. Imprescritibilidade

Outra característica peculiar dos bens públicos é a imprescritibilidade, que se traduz na impossibilidade desta espécie de bem ser usucapida. Observe-se que o usucapião é a prescrição aquisitiva da propriedade. Assim, se alguém possuir, ocupar determinado bem seu, com *animus domini*, o decurso do tempo não terá o condão de afastar a propriedade da Administração Pública, passando ao patrimônio do particular ou de outro ente federativo.

De acordo com Odete Medauar,<sup>49</sup> a imprescritibilidade “tem por finalidade, sobretudo, a preservação dos bens públicos, protegendo-os até contra a negligência da própria Administração”.

A legislação nacional sempre se estabeleceu no sentido da proibição do usucapião, isso desde os tempos do Brasil Império, não sofrendo alteração desde então.

O Código Civil afirmou peremptoriamente que nenhum bem público está sujeito ao usucapião, não especificando, nem excetuando. Assim, a doutrina afirma que nenhum bem público poderá ser usucapido, nem as terras devolutas.

Mas, não se trata de matéria pacífica. Ao revés, comporta divergência, uma vez que renomados autores, como Silvio Rodrigues e Juarez de Freitas, entendem que as terras devolutas podem ser usucapidas. Essa posição não é totalmente infundada, pois a Constituição, pela redação do art. 188, criou uma nova espécie de bens: as terras devolutas, e não proibiu que fossem usucapidas.

Há ainda que se observar que num passado recente não havia registro público, portanto as terras eram transmitidas informalmente.

Embora cientes de que há tal posição e que é dotada de grande plausibilidade, o STF editou o verbete da Súmula nº 340 e colocou como que uma pá de cal sobre a discussão, que, se persiste, não sai das folhas dos livros.

Nas relações privadas, é possível que o bem seja gravado com cláusulas que visem a alguma garantia. É a imposição de um direito real sobre o bem.

Segundo parte da doutrina, o usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, uma vez que não existe vínculo entre o usucapiente e o proprietário anterior, isto é, não há transmissão do bem para o adquirente por interposta pessoa. Para aqueles que defendem ser o usucapião forma derivada de aquisição da propriedade, o fundamento reside no fato de que existe a transmissão da propriedade através do registro do título. Data vênia, não nos parece ser esse o melhor entendimento, principalmente se atentarmos para o fato de que basta o usucapiente comprovar a posse mansa e pacífica pelo prazo determinado em lei, para que ele adquira a propriedade, sem ser necessário qualquer ato de transmissão do proprietário anterior.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o usucapião é forma originária de aquisição da propriedade. Vejamos:

Direito civil. Usucapião. Aquisição do imóvel por contrato de promessa de compra e venda. Bem gravado com cláusula de Inalienabilidade. Aquisição por usucapião. Possibilidade. Recurso provido.

Na linha dos precedentes desta Corte, a existência de cláusula de Inalienabilidade não obsta o reconhecimento do usucapião, uma vez tratar-se de modalidade de aquisição originária do domínio.

(REsp nº 207167/RJ – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – Quarta Turma – unanimidade).

A Constituição Federal em seu art. 183, § 3º, dispõe que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, mesmo entendimento possui o art. 191, parágrafo único do mesmo diploma legal, todavia, esse refere-se à imprescritibilidade dos imóveis públicos rurais.

Nesse sentido, sempre foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende da Súmula nº 340: “*desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião*”.

<sup>49</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 266.



A impossibilidade de adquirir bens públicos por meio de usucapião abrange tanto os bens imóveis, como os bens móveis.

Quanto à imprescritibilidade dos bens públicos, há na doutrina quem defenda<sup>50</sup> que ela decorre de os mesmos serem inalienáveis; entretanto, não deve prosperar essa posição, uma vez que não se pode dizer que um bem é imprescritível apenas pelo fato de ser inalienável, inclusive porque esse bem público, por exemplo, de uso especial, pode até ser alienado quando desafetado, já que passará a integrar a classe dos bens dominicais, mas, continuará a ser imprescritível.

Não obstante, cumpre informar que parte da doutrina, de forma minoritária, sustenta existir possibilidade de serem usucapidos os bens dominicais e as terras devolutas,<sup>51</sup> uma vez que eles não possuem uma finalidade específica.

Merece ser destacado o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, acerca do tema apresentado na *Revista da Emerj*:

Dessa maneira, nenhuma posse, ainda que presente o *animus* de possuir e o fato concreto da ocupação pelo possuidor, pode converter-se em propriedade, se exercida sobre bem público. Cuida-se de postulado necessário para garantir o patrimônio público contra ocupações irregulares por particulares, fato que, pela grande imensidão das áreas públicas, nem sempre pode restar sob a esfera de vigilância do Poder Público.

#### 2.4.4. Impossibilidade de oneração

A impossibilidade de oneração consiste em não admitir que recaia sobre os bens públicos direitos reais de garantia, como, por exemplo, a hipoteca e o penhor.

De acordo com a lição do ilustre doutrinador Marco Aurélio Bezerra de Melo,<sup>52</sup> os direitos reais de garantia são:

[...] Direitos Subjetivos constituídos pelo devedor em favor do credor, mediante a afetação de um bem, cujo valor representativo no momento da execução garantirá o cumprimento da obrigação.

Esses direitos reais de garantia estão previstos no art. 1.419 do Código Civil pátrio: “Nas dívidas garanti-

das por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.”

Os bens públicos não podem, então, ser gravados com as modalidades de direitos reais de garantia em favor de terceiro. Concorrendo com essa afirmativa, José dos Santos Carvalho Filho<sup>53</sup> aduz que essa impossibilidade é fruto da própria Carta Magna quando disciplina o regime dos precatórios para o pagamento dos créditos de terceiros contra as Fazendas Públicas, como também da própria interpretação da lei civil.

Por fim, é certo mencionar que essa característica decorre da inalienabilidade dos bens públicos, conforme se depreende do art. 1.420 do Código Civil:

*Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.*

Ocorre que as características se interligam, assim se o bem público não pode ser alienado nem penhorado, pela mesma razão não pode servir de garantia a nenhuma dívida ou negócio.

Essa é uma premissa lógica que deflui de sistemática constitucional aplicada aos bens públicos e, em consonância com a lei maior, o Código Civil regulamentou a matéria, ainda que de forma indireta, no seu art. 1.420, e assim o fazia também na legislação revogada (art. 756 da CC/1916).

Mas não podemos deixar de apontar posição divergentes como a de Seabra Fagundes. Para esse autor, é possível a oneração do bem público dominial, uma vez que esse bem pode ser alienado.

Não é de todo incongruente essa posição como querem fazer parecer os adeptos da posição contrária, uma vez que o óbice reside apenas na forma de pagamento fixada para a Administração Pública. Contudo é preciso ressaltar que, em tese, é possível a oneração de bens como forma de garantia de dívidas de pequeno valor.

#### 2.4.5. Imunidade de imposto

A Constituição Federal, em seu art. 150, inciso VI, alínea a e § 2º, confere aos entes federativos, bem como às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo

<sup>50</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 453.

<sup>51</sup> Alguns doutrinadores sustentam que as terras devolutas não estão enquadradas na classe de bens dominicais, constituem uma categoria própria, entre eles Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, citado na obra “Usucapião de bens imóveis e móveis” de José Carlos Moraes Salles. Em sentido oposto, Maria Sílvia Zanella Di Pietro: “as terras devolutas constituem uma das espécies do gênero, terras públicas, ao lado de tantas outras, como os terrenos de marinha, terras de índios, ilhas, etc.”

<sup>52</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado (arts. 1.196 a 1.510)*. v. V, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 279.

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 776.

Poder Público, uma imunidade<sup>54</sup> tributária recíproca, ou seja, exclui a possibilidade de tributação do patrimônio, renda e serviços de cada pessoa política por qualquer uma das demais pessoas políticas. Essa imunidade visa a proteger a própria Federação.<sup>55</sup>

De acordo com o § 2º do referido artigo, a imunidade recíproca só será estendida às autarquias, impedindo a tributação, se o patrimônio, a renda e os serviços estiverem vinculados às finalidades essenciais ou delas decorrentes. Portanto, pode-se afirmar que incidirá a tributação quando o patrimônio, renda e serviço não estiverem relacionados com essas finalidades essenciais.

## 2.5. Bens das Autarquias

As autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público, criadas pelo Estado, e integram a Administração Indireta.<sup>56</sup> São criadas por lei, após o processo de descentralização estatal, para executarem atividades típicas da Administração Pública, visando a, sempre, alcançar maior eficiência.

O Decreto-lei nº 200/1967, recepcionado pela atual ordem constitucional, disciplina a organização da Administração Federal, e, apresenta no art. 5º, inciso I, um conceito para autarquia:

*[...] o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*

Semelhante é o conceito expresso na Constituição Estadual do Estado do Rio de Janeiro, art. 77, § 2º, inciso I, que apenas acrescenta o termo “Direito Público” à personalidade jurídica delas, não restando qualquer dúvida quanto ao regime jurídico de Direito Público a ser seguido:

*Autarquia – o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica de Direito Público, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*

O Código Civil vigente traz, de forma expressa, que os bens pertencentes às autarquias são bens públicos, principalmente em relação aos bens de uso especial, conforme art. 99, inciso II.

Segundo Hely Lopes Meirelles, os bens das autarquias são:

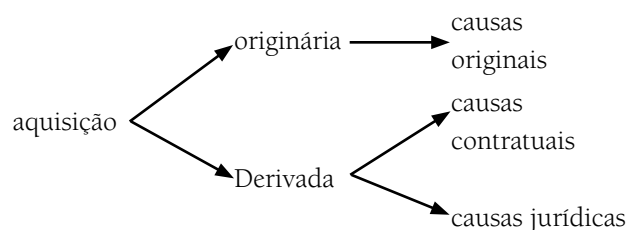
*[...] considerados patrimônio público, mas com destinação especial e administração própria da entidade a que foram incorporados, para realização dos objetivos legais e estatutários.*

Não resta dúvida na doutrina e jurisprudência,<sup>57</sup> que os bens integrantes do patrimônio das autarquias possuem natureza de bens públicos, por isso, aplicam-se aos mesmos as regras referentes aos bens públicos dos entes que compõem a Administração Direta, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim sendo, esses bens, são, também, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e sobre eles não pode ser instituído nenhum direito real de garantia.

## 3. Formas de aquisição e alienação

A aquisição de bens pode, portanto, dar-se de duas formas:



A aquisição originária reflete a causa natural. São bens naturais que brotam da natureza, podem decorrer de uma atividade humana como a caça, a pesca ou até a conquista de novos territórios, bem como se originar de fato natural como o aluvião, onde há acréscimo de terra por fato da natureza.

A Administração Pública pode celebrar contratos com particulares para adquirir bens, mas esses contratos reger-se-ão pelas normas do Direito Privado, sendo certo que haverá contratos ditos administrativos que serão regidos por normas peculiares a Administração Pública.

<sup>54</sup> Segundo Luciano Amaro em sua obra *Direito Tributário brasileiro*, imunidade é: “...a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre qual é autorizada a instituição do tributo” (p.147-48).

<sup>55</sup> Nesse sentido, confira-se a Súmula nº 724, do Supremo Tribunal Federal: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.”

<sup>56</sup> “Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.” conceito apresentado por CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 316.

<sup>57</sup> REsp nº 64.287/RS e Resp nº 64.130/RS

Assim teremos que observar a espécie de contrato que esta sendo celebrado.

Nos contratos administrativos que se prestam para a persecução da própria atividade administrativa, há a incidência das cláusulas exorbitantes ou de privilégio. E, a princípio, resta afastada a sua incidência nos contratos particulares. Mas há corrente na doutrina que propugna pela aplicação de algumas cláusulas exorbitantes previstas no art. 58 da Lei nº 8.666.

Ocorre que, adotando-se tal posição a Administração Pública nunca se encontrará em igualdades de condições com o particular quando excursiona nas relações privadas, o que, convenhamos, não se mostra justo e legal, nem consoante com a ordem política.

Já tratamos da usucapião de bens públicos e concluímos pela sua impossibilidade. Mas a afirmativa inversa não é negativa, ou seja, a Administração pública pode usucapir bens de terceiros pela posse ininterrupta do bem como se fosse seu. A lei civil, que trata da matéria, não vedou a possibilidade, nem há vedação constitucional.

É essa uma forma de aquisição originária por parte da Administração Pública. Ressaltando que para sua efetivação, ter-se-á que observar todos os requisitos da lei civil.

No que tange aos bens públicos, móveis, imóveis e semoventes, podem ser adquiridos de diversas formas, como por doação, compra e venda, dação em pagamento e desapropriação.

Cada modalidade de aquisição tem forma e requisitos específicos para sua concretização e irão variar de acordo com a natureza do bem e de seu valor.

Os bens podem, portanto, serem adquiridos tanto pelas regras previstas pelo Direito Privado como pelos meios disciplinados pelo Direito Público.

Com relação às modalidades de transferência de propriedade reguladas pelo Direito Privado prevista no Código Civil, pode-se afirmar que a Administração Pública poderá fazer de uso de todas, desde que observados os requisitos exigidos na lei civil.

Assim, a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios podem adquirir a propriedade imóvel pelo usucapião, de acordo com os arts. 1.238, 1.240 e 1.242; pelo registro do título, art. 1.245; por acessão, art. 1.248, que se subdivide em: formação de ilhas, aluvião, avulsão; abandono do álveo e por plantações ou construções.

Entretanto, as formas mais comuns de aquisição de um bem imóvel pela Administração Pública são compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta, usucapião e sucessão.

O usucapião ou prescrição aquisitiva transfere a propriedade, quando alguém, por exemplo, o Estado, detém a posse de uma coisa com ânimo de dono, por determinado tempo, sem interrupção, nem oposição. Esse prazo poderá ser de 10 anos, quando existir justo título e boa-fé, ou diminuir para 5 anos no caso de existir justo título e boa-fé e a aquisição tiver ocorrido de forma onerosa, somando-se a esses requisitos o fato de que no local ter sido estabelecida moradia ou realização de investimentos de interesse social e econômico. A doutrina denomina esse usucapião de ordinário.

Existe, também, o usucapião extraordinário para o qual se exige o prazo de 15 anos, quando não houver justo título, nem boa-fé; esse diminuiu o prazo para 10 anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou tiver nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Cumprir lembrar que os bens públicos não podem ser usucapidos, conforme já abordado anteriormente, mas o Poder Público pode usucapir bens de particulares.

A outra forma dos bens ingressarem no patrimônio público é a aquisição pelo registro do título, o que significa dizer que só haverá a transferência da propriedade quando o título translativo for registrado no registro de imóveis, por isso se diz que quem não registra não é dono.

A acessão consiste em acréscimos que incidem em um imóvel em decorrência do trabalho humano ou por causas naturais. A acessão artificial, ou seja, por força humana, dá-se pela construção de obras num terreno, ou pelas plantações. Já a acessão natural pode ocorrer pela formação de ilhas, por aluvião que são depósitos de matérias, trazidas pelas águas, que a acumulam junto a imóveis lindeiros, de modo contínuo e quase imperceptível, por avulsão, que é o arrancamento de um bloco considerável de terra, também pelas forças das águas e o seu consequente arremesso de encontro a terras de outrem. Por fim, o álveo abandonado, que é a superfície que as águas dos rios não navegáveis cobrem, sem transbordar para o solo natural. É no fundo, o leito do rio, que surge em decorrência do desvio do seu curso, que poderá ocorrer de forma natural ou artificial, deixando o leito antigo seco, formando, dessa forma, o álveo abandonado.

A compra ou venda de um bem público são sempre precedidas de licitação e, de acordo com a melhor doutrina, uma vez que há lacuna na lei, deverá ser utilizada como modalidade licitatória a concorrência, fazendo assim uma analogia com a alienação de bem público. Apenas na hipótese prevista na Lei nº 8.666/1993, art. 24,

inciso X, é que poderá ser dispensada a licitação prévia para aquisição de um imóvel.

Doação é um contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens para o de outra, que os aceita. Conforme lição de Odete Medauar,<sup>58</sup> é importante distinguir se a doação do bem, que irá integrar o patrimônio público, foi com ou sem encargos, porque nessa última hipótese, isto é, doação com encargo,<sup>59</sup> será necessária autorização legislativa ou um ato equivalente para que possa ser aceita pela Administração.

Alguns bens podem vir a integrar o patrimônio público por meio da dação em pagamento, que é forma de pagamento de dívida de modo diverso daquele que foi pactuado originariamente; a concordância da Administração e avaliação prévia para sua efetivação são requisitos necessários para a efetivação dessa forma de aquisição de bens.

Para a permuta, que é a troca de um bem por outro, também, se faz necessária autorização legislativa, avaliação prévia e licitação na modalidade concorrência, que poderá ser dispensada se a situação se enquadrar na hipótese prevista no art. 17, inciso I, alínea c c/c art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993.

Quando a permuta envolver bens da União será necessário um parecer prévio da Secretária do Patrimônio da União para, só então, o Presidente da República ou o ministro da Fazenda por delegação, dar a autorização, conforme previsto nos arts. 23 e 30 da Lei nº 9.636/1998.

*Art. 23 – A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto a sua oportunidade e conveniência.*

*Art. 30 – Poderá ser autorizada, na forma do art. 23, a permuta de imóveis de qualquer natureza, de propriedade da União, por imóveis edificadas ou não, ou por edificações a construir.*

Por fim, a aquisição de um bem poderá ocorrer por força do direito hereditário, ou seja, por sucessão através de testamento ou herança jacente. Nessa última hipótese, após cinco anos da abertura da sucessão sem que

haja, nesse período, a habilitação de qualquer herdeiro, os bens vagos passarão para o domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nos respectivos territórios, e à União quando forem situados em território federal, conforme disposto no art. 1.822 do Código Civil.

No entanto, se a transferência da propriedade imóvel seguir as regras do Direito Público, poderá ser efetivada pela desapropriação, prevista na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXIV, e pela adjudicação disciplinada no art. 647, inciso II,<sup>60</sup> do Código de Processo Civil.

O Código Civil trata, em capítulo específico, da perda da propriedade e inclui entre as diversas formas de perdê-la a desapropriação. Cabe ao Direito Administrativo regular a matéria, uma vez que a desapropriação é ato administrativo e incide sobre os bens dos administrados, ou seja, dos particulares, como regra.

A desapropriação revela-se num procedimento em que o titular da propriedade a perde para o Poder Público, acarretando o pagamento de uma indenização que tem por finalidade compensar a perda patrimonial. Tal indenização deve ser justa e prévia, de acordo com o § 3º, do art. 182, da Constituição da República.

A desapropriação encontra seu fundamento na utilidade pública ou no interesse social, obedecendo-se aos pressupostos previstos no Decreto-lei nº 3.365/1941 e na Lei nº 4.132/1962, que tratam da desapropriação com base nesses fundamentos.

A norma constitucional é clara e nos indica que apenas a Administração Pública direta pode implementar a desapropriação. E a competência para levá-la ao fim decorre da relevância ou necessidade do bem desapropriado.

Portanto, não é possível que o particular desapropriar bens, só a Administração Pública direta é dotada de tal prerrogativa, mas pergunta-se: é possível que um ente da federação desapropriar bem de outro ente federativo? A resposta é positiva em parte, pois no escalonamento vertical decrescente é possível sim, mas não é possível no escalonamento vertical ascendente dos entes que compõem a federação.

A União pode desapropriar bens dos Estados, Municípios e Distrito Federal porque o seu interesse tem abran-

<sup>58</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 274.

<sup>59</sup> A doação com encargo, também denominada de onerosa ou modal, é aquela em que o doador impõe ao donatário uma incumbência ou dever. O encargo pode ser imposto a benefício do doador, de terceiro, ou de interesse geral.

<sup>60</sup> Art. 647- A expropriação consiste:

I – na alienação de bens do devedor

II – na adjudicação em favor do credor

III – no usufruto de imóvel ou de empresa

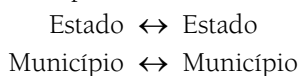
gência nacional; já os Estados podem desapropriar bens dos Municípios que os integram. E os bens da União não podem ser desapropriados por outro ente, e os Municípios e o Distrito Federal não poderão desapropriar bens de nenhum ente que integra a federação brasileira.

Assim, a competência para a desapropriação é sempre vertical decrescente, nunca horizontal.

#### Competência Vertical Decrescente



#### Competência Horizontal

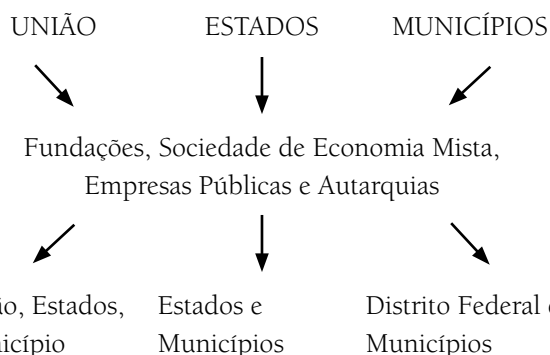


A vedação horizontal significa que o estado não pode desapropriar bens de outro estado, ainda que localizado em seu território, isto que dizer que o Estado do Maranhão não pode desapropriar imóvel localizado na sua capital e que pertença ao Estado do Piauí. Ocorrendo o mesmo com os municípios, não pode o Município de Rio Claro desapropriar bem localizado no seu território, mas que pertença ao Município de São Fidélis.

Vista a possibilidade de desapropriação do bem público por outro ente da federação observamos que, embora inafastáveis todos os requisitos da desapropriação, mais um soma-se a esse rol, que é autorização legislativa para a edição do edital desapropriatório.

Até esse momento só analisamos os bens que integram a Administração Pública direta, mas há ainda os bens no âmbito da Administração Pública, que são aqueles bens que pertencem às autarquias, às sociedades de economia mista, às fundações e às empresas públicas.

Quando se observa a competência vertical, nenhum óbice se apresenta para impedir a desapropriação.



A divergência consiste na possibilidade de desapropriação vertical ascendente, ou seja, o Município, por exemplo, desapropriar bem de autarquia federal. Identificamos, na doutrina, ao menos, três posições antagônicas.

Para alguns autores o ente federativo poderá desapropriar bem de qualquer autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista pertencente a qualquer ente federativo.

Já Hely Lopes Meirelles advoga tese temperada, pois admite a desapropriação quando o bem objeto da desapropriação não esteja vinculado à atividade fim da pessoa administrativa.

Carvalho Filho leciona tese diametralmente contrária, que vislumbra a total impossibilidade de desapropriação dos bens das pessoas que integram a Administração indireta em virtude do uso de interpretação sistemática dos princípios aplicados às sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e autarquias. Se a tais pessoas jurídicas aplicam-se os princípios da imprescritibilidade, não onerosidade, impenhorabilidade etc., não pode ser admissível estejam elas sujeitas à desapropriação.

Os Tribunais Superiores já tiveram a oportunidade de manifestarem seus entendimentos e foram uníssonos no sentido da impossibilidade de desapropriação de bens pertencentes às pessoas integrantes da Administração indireta, sob o argumento de que há uma estruturação hierárquica e a própria natureza do serviço desenvolvido pela pessoa jurídica pertence àquele ente que a instituiu, afetando, assim a separação dos entes federativos.<sup>61</sup>

<sup>61</sup> Ementa: "Desapropriação, por Estado, de Bem de Sociedade de Economia Mista Federal que Explora Serviço Público Privativo da União. 1. A União pode desapropriar bens dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios e os Estados, dos Municípios, sempre com autorização legislativa específica. A lei estabeleceu uma gradação de poder entre os sujeitos ativos da desapropriação, de modo a prevalecer o ato da pessoa jurídica de mais alta categoria, segundo o interesse de que cuida: o interesse nacional, representado pela União, prevalece sobre o regional, interpretado pelo Estado, e este sobre o local, ligado ao Município, não havendo reversão ascendente; os Estados e o Distrito Federal não podem desapropriar bens da União, nem os Municípios, bens dos Estados ou da União, Decreto-lei nº 3.365/1941, art. 2º, § 2º. 2. Pelo mesmo princípio, em relação a bens particulares, a desapropriação pelo Estado prevalece sobre a do Município, e da União sobre a deste e daquele, em se tratando do mesmo bem. 3. Doutrina e jurisprudência antigas e coerentes. Precedentes do STF: RE nº 20.149, MS 11.075, RE nº 115.665, RE nº 111.079. 4. Competindo a União, e só a ela, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres, art. 21, XII, f, da CF, esta caracterizada a natureza pública do serviço

Há, ainda, a corroborar a decisão do STF e do STJ a regra do § 3º, do art. 2º, do Decreto-lei nº 3.365 de 21/06/1941 que reclama autorização do Presidente da República para a expedição do decreto expropriatório.

É preciso, ainda, observar que quanto aos bens tombados aplica-se a mesma lógica utilizada para os bens públicos. Tanto para o próprio tombamento, quanto para a desapropriação. Ou seja, bem tombado pelo Município pode ser desapropriado pelo Estado e pela União. Bem tombado pela União não pode ser desapropriado.

Outra forma de se adquirir bens é pela acessão, prevista no Código Civil – art. 1.248. A acessão traz a propriedade pela aderência da coisa àquilo que já pertence a alguém.

O art. 1.248 do compêndio civilista indica as formas como pode dar-se a acessão: aluvião; avulsão, formação de ilhas; abandono de alveo e pela construção de obras ou plantações.

Todas as formas de acessão acarretam o aumento do bem ou até mesmo a criação do bem, como na formação de ilhas.

Na legislação civil revogada os Estados adquiriam a propriedade em virtude do falecimento do proprietário que não tem herdeiros e não deixou testamento. Hoje o Código Civil estabelece que tais bens pertencem ao Município. Essa herança recebe o nome de jacente.

Para que o bem pertença ao Município, é preciso que a herança seja declarada vacante, seja arrecadada e após cinco anos declarada a jacência.

De certo a Administração Pública pode adquirir bens pelas mesmas vias que podem se utilizar os particulares. Assim, é possível que lance mão da arrematação, da adjudicação, que são formas previstas na legislação processual civil. Não há nessas espécies de aquisição

participação do particular do bem que integrará o patrimônio público.

A arrematação ocorrerá quando houver a praça, ou seja, o leilão judicial do bem quando então a Administração Pública poderá dar lance e sair vitoriosa.

Pode, ainda, no processo em que é credora adjudicar o bem por não ter havido interessados em participar da praça. O bem passa a integrar o seu patrimônio e o crédito é satisfeito no equivalente ao valor do bem. Sendo maior o valor do bem, deverá pagar o valor excedente. Sendo menor o valor do crédito, pelo remanescente continua a execução.

Em qualquer dessas modalidades o bem passa a pertencer a Administração Pública e, portanto será bem público, mas a sua classificação dependerá da destinação que se lhe dê.

Mas, na contramão, há aquelas formas de aquisição que só podem ser exercidas pela Administração Pública, nunca tocará ao particular. Dentro dessas espécies encontramos o loteamento, o perdimento de bens e a reversão.

O loteamento decorre da prática particular de dividir um terreno em lotes. As ruas que se fizerem nesse loteamento integrarão *ab initio* o patrimônio público na classe dos bens de uso comum.

Já o perdimento de bens decorre da prática de um ilícito. O Código Penal o prevê em seu art. 91, incisos I e II e outras leis especiais também preveem tal figura. O ilícito pode ser penal ou administrativo, ou ambos. Sendo certo, também, que em regra o bem perdido integrará o patrimônio da União.

A reversão configura-se na transferência dos bens que pertencem ao cessionário para o Poder Público quando extinto o contrato. Há um grande equívoco no emprego

---

de docas. 5. A Companhia Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista federal, incumbida de explorar o serviço portuário em regime de exclusividade, não pode ter bem desapropriado pelo Estado. 6. Inexistência, no caso, de autorização legislativa. 7. A norma do art. 173, § 1º, da Constituição aplica-se as entidades publicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação as sociedades de economia mista ou empresas publicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade. 8. O dispositivo constitucional não alcança, com maior razão, sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado à União. 9. O art. 173, § 1º, nada tem a ver com a desapropriabilidade ou indesejabilidade de bens de empresas publicas ou sociedades de economia mista; seu endereço e outro; visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante. 10. O disposto no § 2º, do mesmo art. 173, completa o disposto no § 1º, ao prescrever que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos as do setor privado”. 11. Se o serviço de docas fosse confiado, por concessão, a uma empresa privada, seus bens não poderiam ser desapropriados por Estado sem autorização do Presidente da Republica, Súmula nº 157 e Decreto-Lei nº 856/1969; não seria razoável que imóvel de sociedade de economia mista federal, incumbida de executar serviço publico da União, em regime de exclusividade, não merecesse tratamento legal semelhante. 12. Não se questiona se o Estado pode desapropriar bem de sociedade de economia mista federal que não esteja afeto ao serviço. Imóvel situado no cais do Rio de Janeiro se presume integrado no serviço portuário que, de resto, não e estático, e a serviço da sociedade, cuja duração e indeterminada, como o próprio serviço de que esta investida. 13. RE não conhecido” (Recurso Extraordinário; Rel. (a): Min. Paulo Brossard; Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

do termo reversão, uma vez que o referido bem nunca havido pertencido ao Poder Público.

Na verdade há é a reversão do serviço público, que era prestado pelo próprio Poder Público; assim quando o serviço é revertido traz consigo os bens necessários à continuidade da prestação do serviço, uma vez que vigora o princípio da continuidade do serviço público.

A reversão tem previsão legal na Lei nº 8.987/1995 nos arts. 35, § 1º, e 36.<sup>62</sup>

A forma mais comum do Poder Público adquirir patrimônio é pela compra, instituto que vem regulado no art. 1.122 do CC, mas também encontra regras na Lei nº 8.666/1993, posto que para que compre bens, a Administração tem que se utilizar da licitação para a busca do

<sup>62</sup> Recurso Especial. Ação Civil Pública. Administrativo e Processual. Nulificação de Processo Licitatório. Imposição de Reversão das Partes ao Estado Anterior. Lei Local Legitimando a Concessão. Pedidos Alternativos Compatíveis. Possibilidade de Acolhimento de Parcela dos Pedidos Cumulados.

1. Ação Civil Pública. Pedidos formulados pelo Ministério Público de nulidade do pleito licitatório ou proibição de cobrança do pedágio até a disponibilização ao usuário de rodovia alternativa. Pedido acolhido em primeiro grau para nulificar o procedimento licitatório. Providência liminar posterior de sustação da cobrança do pedágio. Aceitação da decisão pelo Estado e pelo Departamento de Estradas – Daer. Apelo da Concessionária. Acórdão pela manutenção da decisão com a reversão das partes ao estado anterior, incluindo a indenização da concessionária na forma do novel diploma regulador das licitações (Lei nº 8.666/1993, art. 59).

2. Recurso especial dos litisconsortes que aceitaram a decisão. Possibilidade pela "surpresa" decorrente do surgimento do gravame no acórdão recorrido e por força do reexame necessário.

3. A restituição das partes ao estado anterior à nulificação do ato é efeito da sentença anulatória da licitação nos termos expressos da lei especial (8.666/1993) e do art. 158 do C. Civil.

4. Deveras, é de sabença que os efeitos acessórios do decisum independem de pedido. Ressalta à ilogicidade anular uma licitação e ao mesmo tempo permitir o prosseguimento da cobrança do pedágio, bem como não reverter às partes ao estado anterior, por influxo do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

5. É possível a um só tempo nulificar a licitação e deferir a sustação da cobrança do pedágio que tem como premissa a higidez do certame. Interpretação do pedido. Na cumulação eventual, em sendo compatíveis, é lícito acolher parte de um pedido e parcela do outro.

6. Nulidade da licitação e sustação da cobrança do pedágio encerram pleitos compatíveis e atendíveis por *unum et idem iudex*.

7. As matérias supostamente pré-questionadas nos embargos de declaração devem ter sido questionadas na apelação. É vedado prequestionar através dos embargos de declaração questão não suscitada no apelo, porquanto a isso corresponderia conferir efeitos infringentes àquele recurso. Inocorrente a investida, inadmite-se o recurso especial.

8. Questão federal devolvida atinente à "legalidade da licitação" consistente na não inclusão do trecho do pedágio pela lei que autorizou o certame.

9. Legislação posterior inserindo o referido trecho. Prova inequívoca da vontade coletiva pela manutenção do pedágio. O interesse local é exteriorizado pela vontade política. A lei local reflete o anseio da comunidade mediante a boca e a pena dos legisladores eleitos pelo povo da região.

10. Em consequência, o MP não pode, via ação civil pública, opor-se à vontade manifestada pela comunidade através de lei, porquanto os legisladores eleitos sobrepõem-se ao Parquet na revelação da real vontade comum.

11. Cabe o MP velar pelos interesses supraindividuais decorrentes da má aplicação da lei no caso concreto, vedando-se-lhe atentar contra os objetivos contidos no ato legislativo que consubstancia a vontade popular através dos legisladores eleitos, obedecendo a legítima reserva política. Nessa hipótese, o Ministério Público deve, previamente, obter a declaração de inconstitucionalidade da norma, retirando-lhe eficácia, mercê da sua legitimação social.

12. Exsurgindo lei local definindo a necessidade de pedágio da via, impõe-se respeitar a vontade da comunidade, vetando-se ao MP transmutar-se em senhor dos interesses sociais, contrapondo-se aos mesmos, a revelar-se "mais realista do que o rei".

13. Superveniência do interesse coletivo coadjuvado pelo interesse público manifestado pela União Federal, concitando à preservação do estado anterior à nulificação do pleito com a manutenção do pedágio. Supremacia do interesse público.

14. Reversão das partes ao estado anterior. Devolução do pedágio. Impossibilidade de locupletamento pelo Estado em confronto com os serviços prestados. Inexistência de prejuízo pela efetiva prestação do serviço.

15. Via alternativa. Limitação da matéria pelos recursos interpostos o que inviabiliza a análise da obrigatoriedade de disponibilização de via alternativa. Matéria discutida à luz de cânone constitucional (art. 175 da CF) a inviolar a competência do STJ para a cognição do tema.

16. Conhecimento do recurso pela violação da Lei Federal que dispõe que autorizada a licitação por lei, cumpre especificar-lhe o objeto no contrato.

17. Recurso provido para reconhecer a validade da licitação, por força do novel diploma especificador da lei pretérita que inaugurou o procedimento licitatório, reconhecendo encartado o trecho na previsão originária. Aplicação do art. 462 do CPC.

18. Provimento parcial. Afastadas as indenizações previstas para a reversão, impõe-se declarar legítima a replantação do pedágio, com efeitos *ex nunc*, a partir da presente decisão. Prejudicado o recurso do Estado, embora parcialmente conhecido (Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer parcialmente de ambos os recursos, dar parcial provimento ao recurso da Convias S.A. Concessionária de Rodovias e julgar prejudicado o do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator).

melhor preço e fornecedor, isso porque estamos tratando do dinheiro público.

A exigência da licitação para a compra de bens esta na própria Constituição da República – art. 37, XXI.

A compra é utilizada de forma corrente para a aquisição de bens móveis. Para a aquisição de bens imóveis nenhum óbice legal se apresenta para a sua efetivação. No entanto, quando o Poder Público tem interesse em algum imóvel, ter-se-á um interesse público, que visa a um interesse coletivo e relevante, não podendo ficar à mercê da vontade do proprietário de vender ou não seu bem, razão pela qual é comum utilizar-se da desapropriação.

São essas, então, as formas de aquisição dos bens que, a partir da sua efetivação passam a integrar o patrimônio público e a ser regido pelas normas que lhe são pertinentes.

A desapropriação, por seu turno, consiste na transferência compulsória da propriedade de alguém para o Poder Público, mediante indenização, dentro dos requisitos legais.<sup>63</sup> Segundo a doutrina<sup>64</sup> é a modalidade mais radical de intervenção no exercício do direito fundamental que é a propriedade.

Segundo a ilustre doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro, a desapropriação é um

procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda do bem, substituindo-a por justa indenização.

De acordo com o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição, a desapropriação pode decorrer de interesse social, regulada, nesse caso, pela Lei nº 4.132/1962, ou por utilidade pública que será regulada pelo Decreto-lei nº 3.365/1941; entretanto, em qualquer das hipóteses é imperativo constitucional a prévia e justa indenização.

Em regra, desapropriam-se bens particulares, mas com autorização legislativa, a União pode desapropriar bens do Estado e do Município, e aquele pode desapropriar bens deste, conforme art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 3.365/1941.

Convém ressaltar existência de controvérsia na doutrina acerca da possibilidade de um Município desapropriar um bem de outro Município que esteja situado em seu território.

Há quem defenda a impossibilidade da desapropriação, uma vez que os dois Municípios ocupam a mesma posição na estrutura da federação; no entanto, há aqueles que dizem ser possível a desapropriação e fundamentam esse entendimento no fato de que um Município não pode ter em seu território um bem de uso comum do povo, por exemplo, pertencente a outro Município.

A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, semelhante ao usucapião, o que significa dizer que o ente expropriante não se vincula a qualquer título anterior, recebendo o bem livre de qualquer ônus e, se existir qualquer gravame, o credor se subroga no valor da indenização. No entanto, a aquisição da propriedade só ocorrerá após o pagamento da verba indenizatória ao expropriado, quando então o Poder Público levará o título para ser registrado. Por tal motivo, a perda da propriedade por parte do expropriado se dará no momento do pagamento efetivo da indenização por parte do poder expropriante, uma vez que a indenização prévia e justa é requisito constitucional para a desapropriação.

No que tange à adjudicação, outro meio de aquisição, é correto afirmar que haverá a transferência do bem, penhorado ou praceado, para o domínio público, quando qualquer pessoa jurídica de Direito Público estiver na posição de credora e preencher os requisitos previstos no art. 647 da lei processual.

José dos Santos Carvalho Filho,<sup>65</sup> em sua obra, apresenta a reversão como forma usual de aquisição de bens pelo Poder Público, essa previsão expressa na Lei nº 8.987/1995, art. 35, § 1º.<sup>66</sup> Para ele, reversão é a transferência dos bens do concessionário, utilizados na prestação do serviço, para o patrimônio do poder concedente, em virtude da extinção do contrato. Normalmente, passam a integrar a categoria de bens de uso especial, se continuarem servindo à prestação do serviço.

Alguns autores, entre eles Odete Medauar, elencam outras formas de aquisição, como, por exemplo, aposamento administrativo, perda ou confisco de bens e arrematação, mas as espécies anteriormente apresentadas são as mais usuais.

<sup>63</sup> Os requisitos para que o Estado desapropriar um bem são: utilidade pública, interesse público ou interesse social.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 198 e ss.

<sup>65</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 890.

<sup>66</sup> Art. 35 – Extingue-se a concessão por:

§ 1º – Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.



Quando o bem for móvel, a aquisição será mais simples, pois só se exige licitação e o regular processo de compra e venda, sendo que em algumas situações será necessário fazer o registro patrimonial do bem adquirido.

Os bens públicos *a priori* são inalienáveis, conforme art. 100 do Código Civil pátrio; todavia, a própria lei civil admite a alienação desses bens, desde que respeitados os requisitos impostos pela lei autorizativa. Normalmente os requisitos são: desafetação do bem público, ou seja, que o bem deixe de ter destinação especial;<sup>67</sup> autorização legislativa, isto é, a manifestação prévia do Poder Legislativo; avaliação prévia, conforme previsto no art. 17, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 e, por fim, o procedimento licitatório, uma vez que a Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI, exige licitação para alienação do bem público, ressalvadas as hipóteses estipuladas em lei de dispensa de licitação, art. 17, incisos I e II, da Lei de Licitação.

A modalidade de licitação, prevista em lei, para alienação de bens imóveis é a concorrência, porém, a própria lei excepciona a hipótese em que bens tenham ingressado no patrimônio da Administração Pública por força de decisões judiciais ou de dação em pagamento. Nessas hipóteses, mesmo tratando-se de bens imóveis, a alienação poderá ser na forma de leilão, que normalmente é a modalidade licitatória utilizada para alienar bens móveis, de acordo com os arts. 19 e 22, § 5º e, ainda, art. 17, p § 6º, todos da Lei nº 8.666/1993.

Ressalta-se que, quando estivermos diante de bem integrante do patrimônio da União, a legislação a ser seguida será a Lei nº 9.636/1998, em especial art. 23.

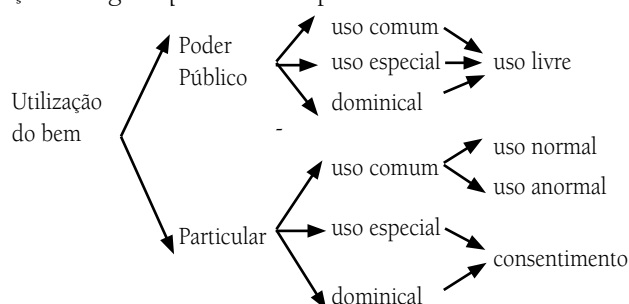
É certo que todas as formas de aquisição de bens públicos podem ser utilizadas para alienação, portanto, o que foi exposto anteriormente sobre as formas de aquisição de um bem pelo Poder Público aplica-se no que couber à alienação.

Deve-se registrar, porém, que existe uma forma especial de alienação de bem público, prevista na Lei nº 8.666/1993, art. 17, inciso I, alínea d, e § 3º, incisos I e II, denominada investidura que consiste, na alienação de um pedaço pequeno de terra que, após uma obra pública, não irá servir para nada, situação em que a Administração Pública, depois de ter a avaliação do bem, o vende para o dono da terra limítrofe.

#### 4. Meios de utilização dos bens públicos

No que tange à utilização do bem público, observamos que a mesma é livre para o titular do bem, ou seja, a pessoa jurídica de Direito Público, sem que se restrinja a sua classificação. Qualquer bem pode ser utilizado, seja ele de uso comum, especial ou dominical.

Mas a utilização do bem público por particulares detém algumas particularidades. Quando se tratar de bem de uso comum, o particular poderá livremente utilizar-se deste bem. Quando estivermos diante de bens de uso especial e dominical ter-se-á que se observar as limitações e regras que lhes são aplicáveis. Assim temos:



Vejamos, portanto, a utilização de cada bem.

Os bens de uso comum podem ser utilizados livremente por toda a coletividade. A utilização dessa espécie de bem é gratuita, nada pode ser cobrado para o seu uso, pois do contrário efetivar-se-ia uma discriminação pela imposição de ônus que acarreta a vedação do seu uso por certa classe de pessoas. Isso traz por consequência a inconstitucionalidade da cobrança de qualquer taxa de utilização por ferir preceito constitucional.

Nessa classe, incluímos as praças, as ruas, as praias, entre outros, que são bens usufruíveis por qualquer pessoa.

Já os bens de uso especial poderão ou não ser livremente utilizados pelo particular. Para saber como se dará a utilização, necessário se faz observar a que se destina tais bens: haverá uns que poderão ser livremente utilizados pelos particulares, outros haverão que não serão passíveis de utilização pelos particulares.

Ressalte-se, ainda, que quando o uso do bem público for comum não restará afastada a possibilidade de imposição de limitações ao seu uso, mas que não poderá alcançar a vedação total nem a discriminação.

Os bens públicos de uso comum do povo, de uso especial e dominicais podem ser usados de duas formas:

<sup>67</sup> Em sentido contrário, Odete Medauar (2006, p. 278), pois sustenta que não é necessária a desafetação, uma vez que não há previsão legal para tal, sustentando, ainda, que a própria autorização legislativa ou equivalente abrange a prévia desafetação do bem.

ou de forma comum ou de forma especial. A denominação dada à utilização do bem não é a mais desejada, pois se confunde com a classificação do próprio bem.

Assim sendo, vejamos cada forma.

Os bens que têm uso comum assim o são porque podem ser utilizados por quaisquer pessoas, sem que se imponham limites, sendo certo que a lei pode proibir que se tomem determinadas condutas, mas a regra é a livre utilização.

E, ainda, os bens de uso comum do povo são, geralmente, de uso comum. Isso ocorre, por exemplo, com as praias, cuja utilização é livre sem qualquer ônus, mas onde são vedadas certas práticas.

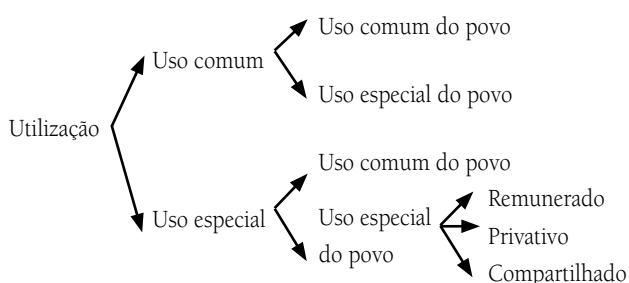
São também de uso comum os bens de uso especial do povo quando se trata do seu uso normal, ou seja, os hospitais, prédios públicos etc podem ser livremente acessados sem qualquer ônus, pois a finalidade da sua utilização é comum.

Portanto, os bens que têm uso comum não podem ser onerados com cobrança de ingressos ou taxas, não pode haver discriminação para o uso do bem pelo particular, o bem deve ser usado para o seu fim normal – aquele para o qual foi criado.

Já os bens de uso especial distinguem-se dos anteriores em virtude de haver regramento específico para a sua utilização, além de, geralmente, ter que pagar para usá-lo.

Enquadram-se nessa categoria tanto os bens de uso comum do povo como os de uso especial do povo.

A figura do uso especial pode ser subdividida em uso remunerado e uso privativo, como vemos a seguir:



Carvalho Filho nos apresenta a questão do uso compartilhado do bem público, ou seja, quando é preciso que mais de uma pessoa jurídica de Direito Público ou prestadora de serviço utilizem o mesmo bem.

A solução para a pluralidade de pessoas jurídicas de Direito Público é a celebração de convênios, e quando houver a concorrência com pessoa jurídica de Direito Privado ou integrante da Administração Pública indireta haverá que se utilizar de bom senso e razoabilidade para instituir-se uma servidão administrativa, ou então, ser cobrado o preço pela utilização do bem.

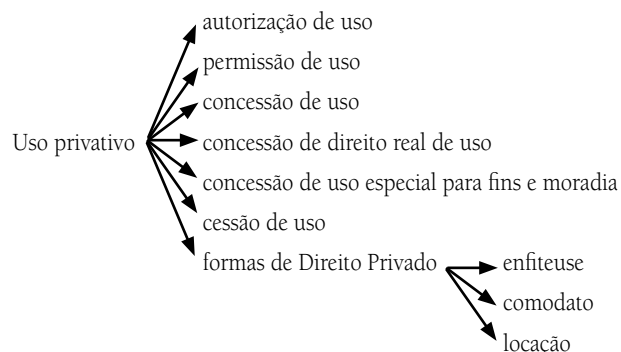
Por fim, a Constituição da República em seu art. 37, *caput*, fixa que a Administração Pública deve observar o princípio da eficiência do serviço público, portanto nenhum ente pode impedir que o outro realize o serviço essencial, por exemplo, a passagem de oleodutos, gasodutos etc. Frisando-se, contudo, que há causas que podem impedir, de maneira justificada, a realização do serviço.

Como já vimos, a regra é de que os bens públicos podem ser utilizados por toda a coletividade ou o seu uso é restrito à Administração Pública, mas esta poderá permitir que o bem seja usado de forma privativa por certas pessoas sem ferir qualquer princípio constitucional, devendo, no entanto, ao permitir tal uso, fazê-lo por instrumento próprio.

O uso privativo tem como característica primária a própria privatividade, pois se o uso é privativo é vedada a sua utilização por qualquer outra pessoa. E, é ainda instrumental, pois reclama um documento formal para a sua existência. Há que haver a celebração de um contrato que obedecerá a regras rígidas, ou seja, o regime de Direito Público.

Não obstante isto, o uso privativo do bem público é precário, posto que o interesse da Administração Pública sobrepõe-se ao particular.

O uso privativo pode perfazer-se de várias formas, a saber:



Como regra, os bens públicos são utilizados pelas pessoas jurídicas de Direito Público que os detêm em seu patrimônio, independentemente da categoria em que se encontram: de uso especial, de uso comum do povo, ou dominicais.

No entanto, é possível a utilização desses bens por particulares, desde que sua utilização por eles atenda ao interesse público, pois é vedada a utilização de bens públicos que visem a atender apenas interesses privados.

O uso privativo de bens públicos pode abranger todas as categorias de bens públicos anteriormente mencionados; entretanto, para tal uso é necessário atender

a certos requisitos, quais sejam: privatividade, instrumentalidade formal, precariedade e regime de Direito Público.

A privatividade é o uso exclusivo do bem por alguém devidamente autorizado pelo ente estatal, isto é, aquele que recebeu o consentimento da Administração Pública para fazer uso do bem tem o direito de usá-lo de modo exclusivo, não se admitindo a utilização simultânea com outras pessoas interessadas.

A instrumentalidade formal consiste no fato de a Administração utilizar-se do título correto previsto em lei, para expressar o seu consentimento dado ao particular para fazer uso do bem, como um contrato administrativo para conceder uma concessão.

A precariedade do uso nada mais é que admitir a existência da supremacia do interesse público em detrimento do particular, decorrendo desse fato que o instrumento formal que concedeu o uso poderá ser revogado pela Administração. Via de regra, o particular não fará jus à indenização, salvo quando o uso for concedido por prazo certo e, sobrevivendo interesse coletivo, a Administração revogue o instrumento antes do termo ajustado.

O regime jurídico regulador da utilização de um bem público por particular será o de Direito Público, ou seja, os contratos ou atos serão norteados pelos princípios administrativos, não podendo ser afastada a finalidade pública pela Administração. É fundamental que a utilização de bens públicos por particulares traga benefícios para o Poder Público ou para a coletividade.

São estabelecidos, portanto, para o uso privativo de um bem público, dois tipos de vínculos, quais sejam: ato administrativo ou contrato administrativo.

O uso privativo de um bem concedido por ato administrativo pode decorrer da autorização de uso, permissão de uso e cessão de uso. Já por força de contrato administrativo, tem-se concessão de uso, concessão de direito real de uso e o aforamento administrativo. Analisaremos, em separado, cada modalidade de utilização de bens públicos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>68</sup> em sua obra, elenca, além das modalidades apresentadas anteriormente, como forma de utilização de bens públicos por entidades públicas ou privadas, o consórcio (ato complexo celebrado entre entes congêneres), convênios (ato complexo com as características mais versáteis e flexíveis), contratos de gestão e termos de parceria, ambos previstos na Lei nº 9.637/1998.

#### 4.1. Autorização de uso

A autorização de uso é um ato precário porque pode ser revogado a qualquer momento pela Administração Pública sem que haja necessidade de indenizar o autorizatário. Salvo se a autorização houver sido concedida a prazo certo, que mediante comprovação do prejuízo, dará azo à indenização. Cabendo informar que a autorização a prazo certo não é a melhor técnica de autorização de uso, posto que desvirtua o instituto.

A razão da autorização ser um ato precário reside no fato que o particular usa do bem público em seu interesse, sem trazer qualquer benefício para a Administração Pública.

Outras características que recaem sobre a autorização de uso é o fato de externar ato discricionário, ou seja, é o Administrador que em análise de conveniência e oportunidade decide pela sua concessão ou não. Essa análise do ato discricionário traz outra característica para a autorização que se revela em ato unilateral, ou seja, há uma única manifestação de vontade.

Pelas características que afetam a autorização de uso, podemos afirmar que não é necessário nem lei nem licitação. Fica adstrita ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador.

A Medida Provisória nº 2.220, de 04/09/2001, introduziu em nosso ordenamento mais uma modalidade de autorização de uso, que é adjetivada pela natureza urbanística que possui.

A autorização de uso de natureza urbanística envolve-se de peculiaridades, pois embora seja espécie do gênero, com ele não se confunde, nem compartilha de todas as características, uma vez que essa modalidade não revela ato precário, pois concedida a autorização torna-se definitiva e a sua discricionariedade é estrita porque há que se observar a existência dos pressupostos postos no art. 9º da MP nº 2.220/2001 para que possa ser concedida.

Os pressupostos são: possui como *animus domini*; de forma ininterrupta; por prazo superior a cinco anos; sem oposição; imóvel público urbano de até 250 m²; e a utilização há de ser para fins comerciais.

A autorização de uso possui natureza jurídica de ato administrativo, unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração consente que um particular utilize privativamente um bem público, por um período curto de tempo. Nela, o objetivo maior é atender o interesse do particular em eventos ocasionais ou temporários, podendo ser gratuita ou onerosa.

<sup>68</sup> MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 344.

O nobre doutrinador Cláudio Brandão,<sup>69</sup> quando trata da questão da possibilidade de ser gratuita ou onerosa a autorização, afirma:

[...] a regra é no sentido da remuneração, pois inegavelmente o autorizatário vai se beneficiar com o uso do bem que pertence à sociedade. Somente em situações especiais deverá o legislador viabilizar o uso não remunerado de um bem público por particulares.

É ato unilateral uma vez que exterioriza a vontade da Administração. Discrecionário porque cabe ao administrador valorar os critérios da oportunidade e conveniência do ato autorizativo para, então, concedê-lo ao interessado. É precário tendo em vista que a Administração poderá revogá-lo a qualquer tempo para atender o interesse público superveniente.

Via de regra, a revogação de uma autorização de uso não gera indenização ao particular; entretanto, se existir prazo estipulado e o Poder Público vier a revogar o ato antes do término do prazo, o particular poderá fazer jus a indenização.

Para ser concedida uma autorização, não se faz necessária autorização legislativa, nem licitação, uma vez que não há interesse público em jogo, mas há quem defenda a necessidade de licitar, quando existir interesse de mais de um particular, prestigiando, assim, o princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da Constituição.

A Medida Provisória nº 2.220/2001 criou nova modalidade de autorização de uso tendo por base os arts. 182 e 183 da Constituição da República, que tratam da política urbana que será executada pelos Municípios, denominada autorização de uso de natureza urbanística, como se vê do que dispõe o artigo:

*Art. 9º – É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.*

Apesar dessa nova modalidade de autorização possuir um regime jurídico próprio sua formalização também se dá por ato administrativo, que, entretanto, por expressa determinação legal, não será dotado de precariedade e uma vez concedido será tido como definitivo. Quanto à discricionariedade, pode-se afirmar que estará vinculada a pressupostos legais, ou seja, presentes os requisitos

legais, pouco poderá ser valorado pela Administração, no que tange à conveniência e oportunidade do ato.

De acordo com a lição de José dos Santos Carvalho Filho,<sup>70</sup> essa autorização de uso de natureza urbanística se diferencia da outra, também, em relação ao vínculo, pois como afirma:

Na autorização comum, o indivíduo tem plena ciência de que o imóvel não lhe pertence, tendo, portanto, mera detenção. Já a autorização urbanística pressupõe que o indivíduo possua o imóvel como seu, para usar a linguagem da lei, o que significa que o fato jurídico que o liga ao imóvel corresponde indubitavelmente à posse, desde que seja esta ininterrupta e sem oposição.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>71</sup> sustenta a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.220/2001, que criou essa nova modalidade de autorização, porque foi elaborada sem observância dos pressupostos constitucionais da urgência e relevância exigidos para a Medida Provisória.

Por amor ao debate, cumpre informar que a doutrina diverge quanto à existência da autorização para exercer um serviço público, pois o art. 175 da Constituição Federal só menciona concessão e permissão como forma de delegação de serviço público; no entanto, há quem defenda a possibilidade de ser concedido um serviço público por meio de autorização, uma vez que a própria Constituição, no art. 21, incisos XI e XII, faz previsão desse instituto, com isso, o art. 175 deve ser lido em consonância com o art. 21 da Carta Magna. Outros defendem que a autorização só existe para a União e nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, porque o referido artigo refere-se apenas à União e por isso não há que se falar em autorização no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por derradeiro alguns exemplos apresentados pela doutrina: autorização para uso de terreno baldio, para retirada de água de fontes não aberta ao público, fechamento de ruas para festas comunitárias e utilização de um terreno público para instalação de um parque de diversões.

#### 4.2. Permissão de uso

O instituto da Permissão de Uso tem a natureza de ato administrativo unilateral dotado das características

<sup>69</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p.171.

<sup>70</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 792.

<sup>71</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 799-800.

da discricionabilidade e da precariedade, por meio do qual a Administração permite a determinada pessoa que utilize privativamente um bem público.

Ocorre que nesta especial circunstância há um interesse correlato entre o público e o privado, ou seja, tanto a Administração quanto o particular compactuam de um interesse horizontal, embora com motivações diferentes.

Enquanto a utilização do bem pelo particular de forma privativa guarda estreito interesse lucrativo, a Administração, por seu turno, não deixa de ostentar algum interesse público com esta mesma exploração, muito se assemelhando a uma troca de interesses, em que cada qual busca alcançar objetivos distintos.

#### 4.2.1. Semelhanças entre a Autorização e a Permissão de Uso

Feitos tais relatos, é imperioso que se desvirtue esta análise para outro foco, qual seja, o que tem defendido a melhor doutrina, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho,<sup>72</sup> de que Autorização de Uso e Permissão de Uso são muito semelhantes, “e que a distinção entre ambos está na predominância, ou não, dos interesses em jogo”.

Na Autorização de Uso há a prevalência do interesse privado, conforme já dito em tópico próprio, não deixando de existir, contudo, um interesse público que esteja de permeio com aquele, diferenciando-se da Permissão de Uso, conforme já narrado, em que há simultâneos e visíveis interesses das duas partes: Administração e particular.

Em se tratando das demais características entre Autorização e Permissão de Uso, a doutrina tem entendido que não se vislumbra nenhuma que se sobressaia a ponto de distingui-las em dois institutos diferentes, pois comportam o mesmo semblante jurídico, e compactuam da mesma forma de outorga, eficácia e revogação.

É partindo desta premissa que os juristas têm opinado com bastante veemência para que se considere uma uniformização destes institutos, o que significaria um grande passo na evolução do estudo destes temas, se considerarmos que os temas relacionados ao direito não são estáticos, mas suscetíveis de evoluções constantes.

#### 4.2.2. A Permissão segundo a Lei Federal 9.636/1998

Como se não bastasse o entendimento doutrinário que tende a unificar a Autorização e a Permissão de Uso, não reconhecendo grandes diferenças entre elas, ressaltamos a existência de um ordenamento jurídico vigente que cria um verdadeiro embaraço entre tais institutos,

ofuscando ainda suas distinções, bem como dificultando sobremaneira a tentativa de diferenciá-los.

Trata-se da Lei Federal nº 9.636, de 15/05/1998, que “dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, além de alterar outros dispositivos”. Esta lei, que trata de bens públicos federais, preceitua, em seu art. 22 o instituto da Permissão, a seguir transcrito:

*Lei nº 9.636/1998*

*(...)*

*Da Permissão de Uso*

*Art. 22. A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União.*

*§ 1º A competência para autorizar a permissão de uso de que trata este artigo poderá ser delegada aos titulares das Delegacias do Patrimônio da União nos Estados.*

*§ 2º Em áreas específicas, devidamente identificadas, a competência para autorizar a permissão de uso poderá ser repassada aos Estados e Municípios, devendo, para tal fim, as áreas envolvidas lhes serem cedidas sob o regime de cessão de uso, na forma do art. 18. (Grifamos o texto original)*

Conforme se depreende da leitura *supra*, o texto da lei federal é bastante confuso no que tange à distinção entre Permissão e Utilização de Uso. Ela conceitua Permissão, mas basicamente utiliza as características da Utilização, notadamente quando fala em ato precário em eventos de curta duração, termos que se aproximam mais da ideia de ato precaríssimo, que é característica da Utilização e não da Permissão.

Mais confuso ainda se torna o texto da lei quando utiliza a expressão: “autorizar a permissão de uso”, criando uma verdadeira confusão entre os dois institutos. Em se tratando de buscar uma distinção entre a Permissão e a Autorização, o mais coerente e seguro seria evitar a menção destes institutos em âmbito federal, salvo no caso de uma pergunta específica e discursiva em concursos públicos, o que pressupõe um estudo mais profundo sobre o tema.

#### 4.2.3. Distinções básicas entre “precário” e “precaríssimo” na “Utilização” e na “Permissão”

A bem da verdade, tanto a “Utilização” quanto a “Permissão” são atos precários, mas quanto à primeira podemos dizer que é precaríssima, ao passo que a Permissão, não obstante ser precária, carrega outras características

<sup>72</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed. Lúmen Júris, pág. 94, Rio de Janeiro.

um tanto inversas, pois é também rotineira, constante, permanente, e pressupõe uma “precariedade mais duradoura e mais contínua”, ou seja, um tanto menos precária que os exemplos dados à Utilização.

Exemplo de Permissão é bem ilustrado com a cena da feira hippie da Praça General Osório, em Ipanema. Apesar de a feira hippie estar ali instalada todos os domingos, sua outorga de uso se dá por meio de mera “Permissão de Uso”, que é ato administrativo precário.

Registre-se ainda que a praça, que é bem público de uso comum, pois que sua natureza originária não foi feita para ostentar comércio, se transforma, aos domingos, com a instalação da feira, em bem de uso especial, por meio de outorga de uso do Poder Público através do instituto da Permissão, que, sendo precária, pode ser revogada a qualquer tempo.

No que alude à “Autorização de Uso”, conforme já dito, trata-se de ato precaríssimo, não carregando as características que pressupõem uma maior permanência, como é o caso da “Permissão de Uso”.

Exemplo típico é o de uma passeata que transcorre ao longo da Avenida Rio Branco, e geralmente se estende da Candelária à Cinelândia, percorrendo toda a sua extensão e muito comum de acontecer naquele trecho. Como a rua, ou neste caso específico, a avenida, são bens públicos de uso comum, por sua natureza são utilizados rotineiramente pela coletividade sem que a isso deva preceder nenhum ato da Administração Pública.

Ao servir de trecho para a passeata, adquire circunstancialmente a natureza de uso especial. Contudo, trata-se de um evento esporádico, transitório, pois ao contrário da feira hippie, aquela não ocorre todos os domingos, ou semanalmente, independentemente do dia.

Um artifício que pode ser utilizado, e que facilmente identificará, num exemplo qualquer, o meio de outorga através do qual será deliberado, é a verificação do calendário. Ao se tratar de uma festividade cujo calendário traga uma previsão de dia ou período certo, e anualmente, se tratará de um evento rotineiro e constante, sendo outorgado pelo instituto da permissão. Não obstante, pode também ser revogado a critério da Administração.

#### 4.2.4. Há Licitação na Permissão de Uso?

Insta ainda trazer a análise sobre a necessidade ou não de licitação na Permissão de Uso, tema este que foi objeto de questão em Concurso Público da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, ao indagar se Permissão de Uso de bem público precisa ou não de prévia licitação.

Sem titubear, qualquer candidato responderia, a princípio, que “não”, já que a Permissão se dá via ato administrativo e não via contrato administrativo.

Não obstante, como quase tudo no Direito é controvertido, tem-se conhecimento de que a resposta exigida deveria ser positiva, entendendo-se pela necessidade de licitação. Portanto, há que se esclarecer que figuram no meio jurídico duas justificativas que dariam ensejo ao entendimento exigido como resposta na prova da Procuradoria do Município do RJ, as quais afirmam a necessidade de licitação na permissão de uso, sendo mais coerente entender que apenas uma deve corresponder à verdadeira.

Uma das justificativas da aceitação da licitação em permissão de uso seria a que se baseia no entendimento da obra dos mestres Marcus Juruena e Toshio Mukai acerca de Licitação Pública, a qual passaremos a discorrer nesta sequência.

##### 4.2.4.1. Exigência de licitação na Permissão de Uso com fulcro no art. 2º da Lei nº 8.666/1993

Relata a obra dos citados juristas que o fundamento da exigência da Licitação Pública para a Permissão encontra respaldo na própria Lei de Licitação Pública, Lei nº 8.666/1993, que em seu art. 2º assim dispõe:

*Lei nº 8.666, de 21/06/1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal*

*Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências:*

*[...]*

*Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.*

*Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (Grifos sobre o texto original)*

A interpretação dos ilustres juristas se inclinou, salvo melhor juízo, de maneira inédita, no sentido de que a “permissão” a que se refere o art. 2º da Lei nº 8.666/1993, além dos outros institutos ali citados, serão necessariamente precedidos de licitação, quando contratadas com terceiros, incluindo-se também neste rol a obrigação de licitação para a “Permissão de Uso de Bem Público”.

Neste sentido, podemos perceber que o argumento utilizado pelos autores fez supor que a “Permissão” descrita no art. 2º da Lei nº 8.666/1993 é **utilizada de maneira genérica**, ignorando a relevante distinção entre a “Permissão de Uso de Bem Público”, objeto de estudo no presente texto, e a “Permissão de Serviço Público”, esta elencada na Constituição de 1988, em seu art. 175, ca-

put, sendo oportuno, neste momento, uma leitura deste dispositivo constitucional:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO  
BRASIL DE 1988

[...]

TÍTULO VII

*Da Ordem Econômica e Financeira*

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMI-  
CA

[...]

*Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (Grifos sobre o texto original)*

Há que se atentar para este fato, ressaltando com todas as nuances possíveis que o art. 175 da Constituição da República, ao fazer menção à palavra permissão, se refere exclusiva e taxativamente à Permissão e Concessão da prestação de Serviço Público, que é estudada minuciosamente na Lei nº 8.987/1995, atualizada pela Lei nº 9.648/1998, senão vejamos:

*Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.*

*“Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”.*

Essa, contudo, também não guarda nenhuma relação com a “permissão” citada no art. 2º da Lei nº 8.666/1993, que institui normas de licitação e contratos da Administração Pública, tampouco as duas anteriores têm relação com a “Permissão” objeto deste estudo, no que alude à diferença entre Permissão e Autorização como formas de outorga da Administração para uso privativo de bem público.

A “permissão” referida no art. 2º da Lei de Licitação, Lei nº 8.666/1993, que usa o termo “quando contratadas com terceiros” e se equipara às obras, serviços, alienações, entre outros, serão necessariamente precedidas de licitação, pois se trata claramente de contrato administrativo o qual será celebrado entre a Administração e o terceiro que prestará o serviço.

Com efeito, faz-se mister ressaltar que a “Permissão de Uso de Bem Público” é tão somente forma de outorga concedida pelo Poder Público a particular, sendo mero ato administrativo que, em regra, não justifica o uso da Licitação Pública.

Ademais, a “Permissão de Uso” não se encaixa no teor do art. 2º da Lei nº 8.666/1993, podendo tal negativa ser justificada tão somente pelo termo ali utilizado: “...Quando contratadas com terceiro”. Ao se referir à permissão contratualizada com terceiro se está diante de uma permissão de serviço público.

Já a Permissão de Uso de bem público não pode se revestir de outra natureza, senão a de ato administrativo precário, não se contratando com terceiro, mas sim se ajustando com a Administração Pública.

#### 4.2.4.2. Entendimento da PGM/RJ segundo Instrução Técnica nº 19/1998

Nada obstante o que foi explicitado anteriormente com relação à exigência ou não de licitação pública para a Permissão de Uso, cuja afirmativa seria com base no entendimento da obra dos juristas Marcos Juruena e Toshio Mukai, sobre licitação pública e que foi por nós refutada, devemos citar a segunda opção de fundamento.

O segundo entendimento é proferido pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, com base em um parecer interno que foi regularmente aprovado

<sup>73</sup> Estamos falando da Instrução Técnica nº 18/98, que com base no Parecer da Procuradora do Município VERA HELENA CALDAS FRANCISCO, cuja Ementa recebe o nome de “Utilização de Bem Público por Particular – Permissão de Uso, Adequação e Exigência de Processo Licitatório”, datada de 23 de maio de 1997, e submetido à apreciação superior, foi aprovado com honras pelo Procurador Assessor e Coordenador da Consultoria DENIS BORGES BARBOSA, em 13 de março de 1998, e posteriormente aprovado pelo Procurador Geral do Município Alexandre Nery Brandão, em 16 de março de 1998, se formatando no aludido documento o qual se posta neste estudo para uma leitura parcial.

Permissão de Uso.

Orientação Técnica 18/98

Aprovo a brilhante manifestação da Procuradora Vera Helena Caldas Francisco, em estudo cuja ementa é “Utilização de Bem Público pelo Particular. Permissão de Uso. Adequação e exigência de processo licitatório”. Tal estudo resume reiteradas manifestações desta Procuradoria, entre as quais (...).

O que se conclui dessa soma de eminentes pronunciamentos é o seguinte:

- 1) A Lei Orgânica deste Município, em seu artigo 240, define como Permissão de Uso tanto a outorga unilateral de precária, como o negócio jurídico administrativo, de caráter contratual.
- 2) Todas as Permissões de Uso, em qualquer de suas modalidades, estão sujeitas:
  - a) aos princípios do art. 37, *caput* da Constituição Federal, ou seja, à outorga nos termos precisos da lei, através de método impessoal, após publicidade adequada, com obediência à regra da moralidade administrativa.

pelo Procurador Geral, e que se transformou formalmente em uma Instrução Técnica,<sup>73</sup> cujos termos já vêm sendo aceito pela doutrina vigente há algum tempo.

Segundo este documento, há que se distinguir dois tipos diferentes de permissão de uso: Primeiro, a permissão de uso precária, revogável e sem prévia licitação, se traduzindo na clássica e única distinção de permissão de uso, segundo alguns doutrinadores.

O segundo tipo de permissão de uso seria aquela com prazo determinado, a que se tem denominado de **permissão de uso condicionada ou qualificada**, com prazo determinado, ou seja, eliminado a característica da precariedade, e sendo **precedida de licitação**.

A estipulação de prazo determinado e a exclusão da precariedade como característica da permissão de uso gera a obrigação recíproca entre as partes e faz nascer a natureza contratual do ato. Em outras palavras, poderíamos classificá-la de um ato com conteúdo de contrato.

Resguardadas as devidas controvérsias no meio jurídico acerca deste entendimento, o que se pode afirmar é que esta modalidade de **concessão condicionada** se originou justamente pela decorrência de atos abusivos

de administrados que usavam indevida e ilegalmente a permissão de uso com prazo determinado e sem licitação pública.

Como estes atos administrativos distorcidos escondiam a feição de uma concessão disfarçada e sem a devida licitação, a Administração Pública, neste caso específico, o Município, bem como alguns doutrinadores, se manifestaram no sentido de coibir a continuidade destes atos ilegais e criaram esta “permissão de uso com prazo determinado e com a exigência de prévia licitação, cuja natureza passa a ser contratual.”

A bem da verdade a criação deste “novo instituto” causou uma certa exaltação de ânimos no mundo jurídico, chegando alguns doutrinadores a declará-lo um absurdo, ao passo que a natureza contratual não se compactua com o instituto da permissão, e que ao invés desta nomenclatura, o mais coerente seria nomeá-lo de concessão.

Todavia, após a apropriada leitura da Orientação Técnica 18/1998, em nota de rodapé, pode-se concluir que a criação deste instituto se aplica a âmbito municipal e nas relações deste ente com os administrados.

---

b) aos requisitos da prévia avaliação e da motivação das razões de interesse da Administração pelas quais devam ser abertos à utilização pelos particulares.

3) As Permissões de Uso de caráter contratual, ou seja, aquelas sujeitas a prazo contra a Administração, ou a outros termos e condições que desfigurem a precariedade ou a unilateralidade da outorga, estão sujeitas às regras adicionais do art. 37, XXI da Constituição Federal, expressas nas normas gerais da Lei nº Federal 8.666/93.

Denis Borges Barbosa

Procurador Assessor

Coordenador da Consultoria

Em 13 de março de 1998.

Exmo. Sr. Procurador Geral do Município

Proponho a V.Exa. que se empreste à Promoção PG/PSE/4/97-MSM, do Procurador Marcelo Salles Melges, com visto favorável do ilustre Procurador Chefe da PG/PSE, conjuntamente com o estudo da Procuradora Vera Helena Caldas Francisco, cuja ementa é “Utilização de Bem Público pelo Particular. Permissão e Uso. Adequação e exigência de processo licitatório”, os efeitos de Orientação Técnica obrigatória para todo o sistema jurídico municipal, na forma do art. 5º § 1º da Res. PGM nº 214 de 14 de fevereiro de 1995, com o seguinte teor:

ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 18/98

A Lei Orgânica deste Município, em seu artigo 240, define como Permissão de Uso tanto a outorga unilateral e precária, como o negócio jurídico administrativo, de caráter contratual.

Todas as Permissões de Uso, em qualquer de suas modalidades, estão sujeitas:

– Aos princípios do art. 37, *caput* da Constituição Federal, ou seja, à outorga nos termos precisos da lei, através de método impessoal, após publicidade adequada, com obediência à regra da moralidade administrativa;

– Aos requisitos da prévia avaliação e da motivação das razões de interesse da Administração pelas quais os bens devem ser abertos à utilização pelos particulares.

– As Permissões de Uso de caráter contratual, ou sejam, aquelas sujeitas a prazo contra a Administração, ou a outros termos e condições que desfigurem a precariedade ou a unilateralidade da outorga, estão sujeitas às regras adicionais do art. 37, XXI da Constituição Federal, expressas nas normas gerais da Lei Federal nº 8.666/93.

Aprovo.

Em 16 de março de 1998

Alexandre Nery Brandão

Procurador Geral do Município.



Neste sentido, em caso de Concurso Público Municipal, o candidato há que estar atento para esta peculiaridade no que tange à Permissão de Uso de bem público por particular criada pela aludida Orientação Técnica 18/1998, qual seja, a criação da Permissão de Uso de caráter contratual, que pela desfiguração da precariedade passa a estar sujeita às regras da licitação pública nos termos do art. 37, XXI da CRFB e da Lei nº 8.666/1993.

## 5. Autorização de uso de natureza urbanística – (MP 2.220/2001)

Instituto diverso e com peculiaridades distintas da “Autorização de Uso” comum, anteriormente estudada, esta se constitui em uma outra espécie de autorização, criada pela Medida Provisória 2.220, de 04/09/2001, a qual a doutrina vem batizando especificamente de “Autorização de Uso de Natureza Urbanística”.

Aplica-se a imóvel público e segue a linha traçada pela Lei nº 11.257/2001 – Estatuto da Cidade –, que é a implementação do planejamento urbano, com a finalidade de regularizar propriedades urbanas já ocupadas ao longo do tempo, mas à margem da informalidade, ou seja, desprovidas do competente registro público de propriedade.

Em suma, algumas destas pretensões recentes do legislador, tanto da Lei nº 11.257/2001 como da MP 2.220/2001, tiveram como escopo oferecer o devido respaldo legal a situações clandestinas de uso do imóvel público ou privado, pois que, apesar de longos anos ocupados, não tinham seus usuários como consolidar os “supostos direitos” referentes a estes imóveis.

De fato, a Lei nº 11.257/2001 foi a responsável por dar início a uma nova política urbana, com respaldo no art. 182 e 183 da Constituição Federal, buscando atender ao princípio da função social da propriedade, e inovou com a criação do instituto do “Usucapião Especial de Imóvel Urbano”, que se aplica expressamente para fins de moradia, contudo se restringe a imóvel privado. Vejamos a previsão em seu art. 9º, nos termos que se segue:

*Lei nº 11.257/2001 (Estatuto da Cidade) – Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. [...]*

*Seção V*

*Da usucapião especial de imóvel urbano*

*Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o*

*domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

*§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

*§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.*

*§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. (Grifamos o texto original)*

Não obstante este notável avanço, referido dispositivo legal não acobertou aqueles que faziam uso de imóvel público, pois se aplica tão somente a imóveis privados, assim como restringiu o bem do novo direito ao “uso de moradia”, ficando de fora aquele que utilizava o bem público para fins comerciais, em condições pacíficas, além das outras características exigíveis na Lei nº 11.257/2001.

Aqueles, porém, não podiam regularizar o uso do imóvel, ora porque era público, ora porque era destinado a fins comerciais, e isto nem com base no Estatuto da Cidade, conforme reza o art. 9º, nem com base na própria Constituição Federal, pois esta prevê expressamente em seu art. 183, § 2º, que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

Com feito, a partir dos benefícios criados pela Lei nº 11.257/2001 aos imóveis privados, para fins de moradia, inclinou-se o legislador a traçar direitos semelhantes que pudessem ser aplicados aos imóveis públicos, tanto para fins de moradia como para a utilização comercial, desfazendo a linha discriminatória daqueles que tinham o uso do imóvel público sem a devida regulamentação.

A partir deste ideário foi editada a Medida Provisória de nº 2.220, de 04/09/2001, criando o instituto da “Autorização de uso de natureza urbanística”, em seu art. 9º, que nada mais é do que a “autorização de uso de imóvel público para fins comerciais”, observados os demais requisitos do artigo, e sendo esta a mesma MP que criou o instituto da “Concessão de uso especial pra fins de moradia”, em seu art. 1º. Não obstante, o presente item se restringe ao estudo do instituto inserido no art. 9º, senão vejamos:

*Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001.*

*Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e dá outras providências. [...]*

*Art. 9º É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem*

*oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.*

*§ 1º A autorização de uso de que trata este artigo será conferida de forma gratuita.*

*§ 2º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.*

*§ 3º Aplica-se à autorização de uso prevista no caput deste artigo, no que couber, o disposto nos arts. 4º e 5º desta Medida Provisória*  
[...]

De acordo com o texto do art. 9º da Medida Provisória, podemos subtrair as suas semelhanças e as suas diferenças desta com a Autorização de Uso comum.

Ao que tudo indica, o legislador, ao editar a Medida Provisória, objetivou complementar os termos do Estatuto da Cidade, com lastro nos arts. 182 e 183 da CF/1988, pois o novo instituto também se constitui em instrumento de implementação da política urbana traçado nos citados artigos da Lei Maior.

## 5.1. Semelhanças e diferenças: Autorização de uso comum e Autorização de uso de natureza urbanística

### 5.1.1. Quanto ao quesito temporal

No que alude à Autorização de uso comum, esta se constitui em uma outorga do Poder Público para que o particular utilize bem público de modo privativo, sem que a esta autorização se atrele qualquer limitação de tempo.

Na Autorização de uso de natureza urbanística, o prazo para a autorização vem expressamente regulado na MP que a institui, em seu art. 9º, delineando que se aplica àquele que possuía como seu imóvel público, até 30 de junho de 2001, por cinco anos ininterruptos.

### 5.1.2. Quanto ao quesito territorial

Da mesma forma que a questão temporal, no quesito territorial também não incide na Autorização de uso comum quaisquer restrições quanto a uma extensão mínima exigível no território do bem público a ser utilizado pelo particular.

O mesmo não ocorre com a Autorização de uso de natureza urbanística utilizado, cujo direito de uso para fins comerciais se restringe à área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados. Registre-se que a lei

permite que a este prazo se some o da posse de seu antecessor, quando comprovadamente contínuos.

Noutra vertente, acima deste limite territorial, não cabe a aplicação do aludido instituto, não fazendo jus a este benefício jurídico o usuário do imóvel público que o use para fins comerciais.

### 5.1.3. Quanto ao quesito finalístico

No ato administrativo de Autorização de uso comum, o Poder Público não estipula nenhuma vertente especial de interesse a ser seguido. Fala-se tão somente que prevalece o próprio interesse do administrado, lembrando-se, contudo, que a sua concessão está atrelada à conveniência e à oportunidade administrativas.

Trata-se, por isso, de ato precário que pode ser revogado independentemente do interesse do particular se sobrevierem razões posteriores que justifiquem a mudança na conduta administrativa em prol do interesse público. Ademais, é imprescindível lembrar que o imóvel deverá estar localizado em propriedade urbana.

Na Autorização de uso de natureza urbanística não há outra possibilidade de adquirir a autorização do uso do imóvel público se este uso não se destinar a fins comerciais, pois é esta justamente uma de suas principais características. Apesar de parecer desnecessário, acrescenta-se também a questão de que o imóvel deve situar-se ser necessariamente em área urbana.

## 5.2. Cessão de uso

A outra forma de uso privativo do bem público é a cessão de uso, que é um empréstimo do bem público por órgãos da própria pessoa jurídica de Direito Público ou por qualquer outra pessoa jurídica de Direito Público. O uso deste bem é gratuito.<sup>74</sup>

A questão que surge, e reclama uma solução, é aquela atinente à possibilidade de a cessão de uso do bem público ser restrita apenas a outra pessoa jurídica integrante da Administração Pública direta ou se seria possível conceder o uso de forma mais ampla integrando no rol as pessoas jurídicas de Direito Público integrantes da Administração Pública indireta. Há na doutrina duas correntes que são bem defendidas por ilustres autores. A primeira é capitaneada por Hely Lopes Meirelles, e que restringe a cessão apenas as pessoas jurídicas de Direito Público, integrantes da Administração Pública direta, posição também adotada por Diógenes Gasparini.

<sup>74</sup> Art. 64, § 3º, do Decreto-lei nº 9.760/1946: "A cessão se fará quando interessar à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que pretenda prestar."

Para este último autor, se o beneficiário for integrante da Administração Pública indireta, haverá permissão, autorização ou concessão. Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, qualquer pessoa integrante da Administração Pública, seja direta seja indireta, pode ser beneficiária da cessão de uso, inclusive o particular.

Importante informar que para Carvalho Santos será possível a cessão, inclusive para particular, em situações peculiares, ou seja, quando a atividade desenvolvida seja não lucrativa e vise a beneficiar a coletividade integral ou parcialmente. Afirma ainda o festejado autor que não se trata de fato estranho, visto que ocorre de forma quase habitual.

Essa discussão reside no fato de que a cessão de uso visa a permitir o desenvolvimento de atividade que tenha fundamento no interesse coletivo, fato que nem sempre está presente nas atividades desenvolvidas pelas pessoas que integram a Administração indireta e, muito menos, pelos particulares.

O cedente e o cessionário formalizam a cessão por meio do Termo de Cessão ou Termos de Cessão de Uso, em que pode ou não estar estabelecido prazo, o que não é indispensável. Isso porque pode o cedente, a qualquer tempo, reclamar a posse do bem cedido. Traduz isso um “termo”

precário, pois não gera direito a cessão nem qualquer indenização pela inobservância do prazo estipulado.

Prescinde de lei posto que a cessão de uso orbita na discricionariedade do administrador que avaliará a conveniência de ceder ou não o bem público; não obstante possa haver lei que autorize a cessão de determinado bem, ou que a proíba.

A cessão só poderá ocorrer entre entes públicos, e, via de regra, esses órgãos ou entidades são integrantes da mesma pessoa jurídica de Direito Público, mas não há impedimento legal para que a cessão ocorra entre entidades de pessoas jurídicas de Direito Público diverso, como quando, por exemplo, o Estado cede um espaço para a União instalar um órgão do Ministério da Saúde.

No entanto, a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, nos arts. 239 e 240, prevê de modo excepcional a cessão de uso para particulares,<sup>75</sup> quando estes não tiverem fins lucrativos e forem de utilidade pública.

*Art. 239 – Admitir-se-á o uso de bens imóveis do Município por terceiros, mediante concessão, cessão ou permissão, na forma da lei.*

*Art. 240 – É facultada ao Poder Executivo:*

*I – a cessão de uso gratuitamente, ou mediante remuneração ou imposição de encargos, de imóvel municipal a pessoa jurídica de Direito Público interno, a entidade da*

<sup>75</sup> Nesse sentido, afigura-se imprescindível transcrever a observação, no Acórdão nº 2.289/2005, expedido pelo Tribunal de Contas da União: “Em princípio, a utilização de espaços do Senado Federal para fins privados das entidades partidárias e institutos a elas vinculados não caracteriza, propriamente, desvirtuamento das finalidades preordenadas para aqueles bens públicos de uso especial. Não se cogita, na espécie, do emprego de imóveis em finalidades completamente estranhas às atribuições daquela casa legislativa.

Ao contrário, ainda que tais entidades associativas utilizem os imóveis para o desenvolvimento de ações privadas, os seus trabalhos, em última instância, têm nítido contorno público, na medida em que se destinam a fortalecer as legendas partidárias a que se acham jungidas e a promover a memória de importantes referências democráticas e republicanas. Portanto, também nesse aspecto, a representação deve ser considerada improcedente.

Nesse passo, à guisa de orientação, convém estabelecer o instrumento jurídico mais adequado à utilização desses bens de uso especial pelo Senado Federal.

Tanto a autorização quanto a permissão de uso são autorizações unilaterais e precárias, destinadas normalmente a eventos de curta duração, as quais não se harmonizam com as atividades permanentes desenvolvidas por essas sociedades civis. Gize-se que algumas dessas instituições ocupam imóveis do Senado Federal há mais de 20 anos, como é o caso do Partido da Frente Liberal.

Embora as atividades desenvolvidas por essas entidades tenham por fim mediato subsidiar os trabalhos de parlamentares cuja legenda representam, não atendem estritamente ao interesse da coletividade, integrante da Administração Pública daquela Casa Legislativa, o que contraria a natureza desses mecanismos de uso de bens públicos.

Também não se justifica a utilização dos espaços públicos em espécie pelo instituto da concessão de uso. Esse instrumento tem por finalidade estabelecer relação contratual necessária à realização de atividades de utilidade pública de maior vulto, a exigir certa estabilidade das relações jurídicas. Não é o caso dos partidos políticos e respectivas fundações, quanto ao desenvolvimento de suas atividades privativas. Embora essas entidades realizem trabalhos de grande e inquestionável relevância, suas atividades não podem ser caracterizadas como de utilidade pública a demandar significativos investimentos que somente seriam amortizáveis por intermédio de relações contratuais estabelecidas. Finalmente, verifico na cessão de uso o título mais apropriado à ocupação dos espaços físicos do Senado Federal, tendo em vista as finalidades mencionadas na representação.

A utilização desses bens imóveis não desnatura os fins para os quais aqueles prédios públicos foram concebidos, a qual também foi caracterizada pela autoridade administrativa competente como típica atividade de apoio do Senado Federal, conforme autorizam o art. 20 da Lei nº 9.636/1998 e o art. 12, inciso VI, do Decreto nº 3.725/2001.

*administração indireta ou fundacional, pelo prazo máximo de dez anos, ou a pessoa jurídica de Direito Privado cujo fim consista em atividade não lucrativa de relevante interesse social.*

Existem outros diplomas legais que tratam da cessão de uso, só que restringem o instituto ao âmbito da União; são eles o Decreto-lei nº 9.760/1946, que dispõe sobre bens imóveis e a Lei nº 9.636/1998, que disciplina a administração desses bens. As cessões de uso baseadas nas leis supracitadas serão concedidas quando presente o interesse da União em prestar colaboração ou auxílio aos Estados, Municípios e entidades sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural ou de assistência social, e após autorização do Presidente da República. São os seguintes os dispositivos pertinentes:

**Decreto-lei nº 9.760/1946**

*Art.64 – Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a natureza, ser alugados, aforados ou cedidos.*

*§ 3º – A cessão se fará quando interessar à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar.*

**Lei nº 9.636/1998**

*Art. 18 – A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qual-*

*quer dos regimes previstos no Decreto-lei nº 9.760, de 1946, imóveis da União a:*

*I – Estados, Municípios, entidades, sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural ou de assistência social;*

*II – pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional, que mereça tal favor.*

### 5.3. Concessão de uso

A Concessão de Uso já difere dos institutos estudados anteriormente por transmutar a característica da sua natureza contratual, pois se formaliza via contrato administrativo, ao contrário dos demais analisados, cuja formalização se dá via ato, e pela falta de discricionariedade.

Em razão disso, por não ser a Concessão de Uso um ato precário, o particular que contratar com o Poder Público e tiver rescindido este contrato antes do prazo estipulado, ou por motivos de o bem não mais poder ser utilizado antes do prazo previsto no contrato, fará jus ao recebimento de eventual indenização.

Em linhas gerais, define-se a Concessão de Uso como forma de outorga de uso privativo de bem público, conferida pelo Poder Público a particular, com as características da unilateralidade e da discricionariedade, prevale-

Outro aspecto relevante que confere legitimidade aos atos administrativos praticados pelo Senado Federal refere-se ao fato de as cessões de uso ora questionadas terem sido deferidas a título oneroso, o que afasta qualquer possibilidade de prejuízo ao Erário advindo dessas ocupações. Embora tais entidades desenvolvam atividades sem fins lucrativos, não estão sendo beneficiadas com nenhuma utilização gratuita de prédio público.

A esse respeito, o art. 18, § 3º, da Lei nº 9.363/1998 exige da autoridade administrativa que as cessões para a execução de empreendimentos de fins lucrativos sejam realizados a título oneroso e, sempre que houver condições de competitividade, precedidos de procedimentos licitatórios previstos em lei. Nos casos em análise, além de não haver cessão de uso gratuita a entidades associativas, mesmo consideradas sem fins lucrativos, não restaram caracterizadas as condições que frustrassem a realização de uma licitação pública. Refiro-me ao fato de não estar caracterizado, nos autos, uma demanda de todos os partidos e entidades a eles vinculadas para a utilização de bens imóveis do Senado Federal com vistas ao desenvolvimento de suas atividades privadas.

Se ocorrer essa hipótese, isto é, diante da impossibilidade de o Senado Federal acolher a eventuais requisições de cessão de uso por todas as entidades da espécie e dada a escassez de espaços físicos não utilizados pela Administração Pública para o atendimento daquelas solicitações, deverá a autoridade administrativa competente deflagrar o certame público, conforme determina o art. 18, § 3º, *in fine*, da Lei nº 9.363/1998.

Em arremate, não há, nos autos, indícios veementes de que a administração do Senado Federal não tenha adotado os procedimentos necessários e preliminares às cessões de uso ora impugnadas, previstas no art. 13, do Decreto nº 3.725/2001, o qual regulamentou a Lei nº 9.636/2001.

Dentre essas condições, destaco a disponibilidade de espaço físico, de forma que não venha a prejudicar a atividade-fim da repartição; inexistência de qualquer ônus para a União, sobretudo no que diz respeito aos empregados da cessionária; compatibilidade de horário de funcionamento da cessionária com o horário de funcionamento do órgão cedente; obediência às normas relacionadas com o funcionamento da atividade e às normas de utilização do imóvel; precariedade da cessão, que poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo interesse do serviço público, independentemente de indenização; participação proporcional da cessionária no rateio das despesas com manutenção, conservação e vigilância do prédio."

cendo a conveniência e a oportunidade administrativas para a realização do contrato da Concessão de Uso.

Outro fato relevante em relação à Concessão de Uso é que o seu concessionário não obterá características peculiarmente inerentes ao Poder Concedente, sobretudo não se convertendo em autoridade coatora para fins de Mandado de Segurança.

Ou seja, não faz parte do contrato de Concessão de Uso que o concessionário aja como se Poder Público fosse. Sendo assim, não adquirindo esta qualidade, por não ser pertinente ao contrato, ele não se torna autoridade coatora para sofrer Mandado de Segurança.

### 5.3.1. O prazo e as generalidades da Concessão de Uso

Apesar de este instituto pressupor um maior prazo de duração, em razão da atividade a ser desenvolvida por meio desta “especial concessão”, não alcança este instituto a estabilidade absoluta.

Não se sobressai, também, o diferencial observado nos institutos já estudados quanto a prevalecer um maior grau de interesse do ente público, pois pelas razões da formalização do contrato, pode ocorrer de o interesse ser até mesmo menor, ou, ainda, ser nivelado ao interesse privado.

Todavia, não devemos ignorar a regra geral de que sobre qualquer interesse privado há que prevalecer o interesse público, pois a superveniência de fatos novos pode alterar o quadro antes estabelecido, quando se tratar de negócios pactuados entre Poder Público e particular, e minguar o maior grau de interesse privado, revertendo-o ao Poder Público.

Excluindo-se a parte quanto ao direito atribuído ao particular, o qual passa a ter o uso privativo do bem público, enquanto perdurar o contrato, fato este que não difere dos demais institutos até então analisados, ressaltamos que há outros diferenciais que caracterizam a Concessão de Uso, os quais abordaremos na sequência deste estudo.

A princípio, destacamos o fato de que a Concessão de Uso pressupõe um ato, cuja execução é assumida pelo concessionário na formatação do contrato. Em geral, este ato se refere a atividades que pressupõem investimentos de relevante valor, sobretudo pelas obrigações que são assumidas com terceiros, o que justifica a exclusão da característica da precariedade.

Não somente pelo risco inerente a qualquer negócio a que se submete qualquer investidor, que não raro está à mercê das reações do mercado financeiro, neste caso específico nos referimos ao risco assumido pelo concessionário, mas, sobretudo, pelo vulto do investimento a

ser aplicado, este deve ter como contrapartida o benefício da aquisição de prazos mais flexíveis e prolongados por parte do Poder Público, sem os quais não haveria um mínimo de estabilidade em benefício do concessionário.

Sendo assim, a característica da precariedade, muito comum nas outorgas de uso de bem público, perde a razão de ser em razão da característica de que a Concessão de Uso se destina a investimentos que pressupõem a necessidade de um grande volume de investimento. Se assim não fosse, o particular não se sentiria atraído para realizar o contrato com o Poder Público, mas sim com a iniciativa privada.

Em outras palavras, isso quer dizer que, em tese, o Poder Público também detém sua parcela de interesse em realizar o contrato de Concessão de Uso com o particular, e, conforme veremos adiante, a doutrina tem se inclinado para a existência de duas modalidades de Concessão de Uso: Concessão remunerada de uso e Concessão gratuita de uso.

Oportuno que se diga, porém, que não obstante esta necessidade por parte do particular em obter um prazo bastante flexível no contrato, em nada altera a certeza de que não há uma estabilidade absoluta, tampouco um contrato *ad eternum*.

### 5.3.2. Necessidade de Licitação

Em se tratando a Concessão de Uso de contrato administrativo, é certo que este será regido pelas normas incidentes no Direito Público, onde ficará expresso que as partes não gozarão dos mesmos privilégios inerentes ao Poder Público, pois que não extensíveis ao particular, assim como se obrigarão a seguir as regras das normas que a ele se aplicam.

Neste sentido, não restam controvérsias de que o concessionário estará obrigado a realizar prévia licitação pública, a fim promover a seleção do particular que apresentar as melhores condições para a contração com o Poder Público, bem como para o uso do bem público.

### 5.3.3. Cessão de Uso Perpétuo

Fazemos a ressalva, quanto ao fato de se admitir o contrato *ad eternum*, que a contratualista Di Pietro levanta a bandeira para a modalidade de concessão de bem público de uso perpétuo, usando como clássico exemplo o caso de instalação de cemitérios públicos, em que o particular, ao obter a Concessão de Uso para desenvolver esta atividade, adquire a perpetuidade do uso.

De fato, não há que se negar que faz um certo sentido atribuir o caráter perpétuo a este tipo de atividade, pois que o término ou a eventual interrupção do prazo

do contrato, e a consequente suspensão das atividades daquela natureza, até mesmo com a necessidade de uma casual mudança de local, envolveria até mesmo uma questão de ordem de saúde pública.

É sabido que na área onde se instalam cemitérios e crematórios é gerada uma provável poluição do solo e contaminação do lençol freático daquela área, fato este que tem sido frequentemente questionado pelo Ministério Público em relação às áreas de vários cemitérios.

Isto se dá, sobretudo, quando para suas instalações não se procede ao adequado estudo de impacto ambiental, ou, quando o fazem, na maioria das vezes não se conformam a todas as normas estabelecidas.

Os túmulos que não são adequadamente vedados, seguindo as normas legais de saúde pública e as estipuladas no estudo de impacto ambiental, permitem que os chorumes, líquido resultante da decomposição dos corpos, atinjam o solo, causando grave contaminação.

Dito isso, há que se compactuar, neste sentido, da tese da eminente contratualista no sentido de atribuir uso perpétuo a bens públicos destinados à instalação de cemitérios, pois que, não obstante os cuidados que esta instalação requer para a saúde pública, eventuais mudanças de local poderiam causar mais danos ao solo e aos lençóis freáticos, se porventura as normas legais de instalação e manutenção não estiverem sendo devidamente observadas e cumpridas, o que não é fato inédito em nosso país.

#### 5.4. Concessão de direito real de uso

Outro instrumento estatal de outorga de uso de bem público que se formaliza via contrato é a ‘Concessão de Direito Real de Uso’. Frise-se que este instituto encontra amparo legal no Decreto-Lei nº 271/1967, e em termos gerais sua definição pode se dar como sendo um contrato administrativo em que o Poder Público confere ao particular o direito real de uso de terreno público ou particular, com demais características específicas que serão analisadas no decorrer deste estudo.

Importa fazer a ressalva de que a Concessão de Direito Real de Uso exige o precedente de que os terrenos públicos sobre os quais estes incidirão não possuam nenhuma benfeitoria anterior ao contrato; bem como de que eventuais benfeitorias construídas pelo concessionário que der destinação diversa ao imóvel, de acordo com os termos do contrato e da lei, serão por ele perdidas e reavidas juntamente com o bem pelo Concedente.

Faz também a lei ressalva no que tange à permissão da concessão de uso de espaço aéreo que se ergueu acima da superfície, em seu art. 8º, abaixo transcrito, além de

menção a concessão de uso de terrenos públicos ou privados, no art. 7º. Registramos, ainda, que a Concessão de Direito Real de Uso trata de um direito resolúvel.

*Art 8º do Dec-Lei nº 271/1967*

*É permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que for regulamentada. (grifamos o texto original)*

##### 5.4.1. Principal característica da Concessão de Direito Real de Uso

A doutrina tem registrado como principal característica da Concessão de Direito Real de Uso o fato de que ela institui um Direito Real, ao contrário do que ocorre com a Concessão de Uso, em que se institui um Direito Obrigacional.

Outro assentamento doutrinário relevante é no que concerne à ratificação quanto à possibilidade de se efetivar a Concessão de Direito Real de Uso não apenas sobre as superfícies dos bens públicos, mas também nos espaços aéreos sobre estes terrenos públicos.

Referida ratificação, que já é pacífica, tem como justificativa o precedente de que esta segunda opção pode ensejar um conteúdo econômico relevante, o que na prática é bastante comum ocorrer e vantajoso para o concessionário.

Um fato interessante que merece ser tratado é que há uma consequência de inserir o Direito Real na Concessão de Direito Real de Uso, pois diferentemente do que ocorre na Concessão de Uso, no primeiro caso, que é o presente objeto de análise, gera-se o dever de gravar este contrato no Registro Geral de Imóveis – RGI.

Com efeito, este competente registro efetivado no RGI confere um direito real resolúvel ao particular sobre o terreno público ou privado, transferindo-se a este, por se tratar de um direito real, todas as características próprias desta modalidade de direito, como exemplo o direito de sequência.

O caráter resolúvel, por seu turno, se atrela à finalidade previamente definida, finalidade esta que rendeu ensejo à concessão do direito real de uso daquele determinado bem público, conforme demanda o ordenamento jurídico legal pertinente, e que será melhor analisada nesta sequência.

##### 5.4.2. Finalidade do Poder Público em outorgar a Concessão de Direito Real de Uso

No estudo do instituto da Concessão de Direito Real de Uso, se bem analisadas as suas características, somos

remetidos a um incontestável questionamento sobre os motivos que levam o Poder Público a proceder à Concessão de Uso, nos parâmetros do Direito Real, ao invés de transferir a propriedade ao particular por meio da posse permanente, sem maiores imposições ou restrições, já que objetiva dar ao bem uma destinação específica que se atrele ao interesse público, e que, em linhas gerais, alcança toda a coletividade.

#### 5.4.3. A destinação específica dada ao bem público (art. 7º, *caput*)

Não obstante a pergunta parecer razoável, a resposta é bastante convincente e robusta, já que ao efetivar o contrato de Concessão de Direito Real de Uso, o Poder Público cria uma obrigação para que o particular dê uma destinação específica ao bem público, delineada em lei por meio de um rol não taxativo, uma vez que termina os termos do dispositivo legal equivalente com a frase: "...ou outra utilização de interesse social", senão vejamos:

*Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967*

*Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências.*

[...]

*Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007) (Grifamos o texto original)*

#### 5.4.4. Interesses sociais diversos

Resta claro que a intenção do legislador é não rotular, de forma restritiva, quais seriam as "outras utilizações de interesse social", sobretudo porque com o passar do tempo é certo que vão surgindo cada vez mais interesses sociais conflitantes e diferentes dos já existentes, os quais reclamam uma adequação na legislação em vigor.

Neste sentido, podemos até mesmo adiantar que nos tempos atuais os "interesses sociais" estão cada vez mais focados em questões tanto mais antigas e pendentes como em outras mais novas que têm se sobressaído mais recentemente.

No que tange às mais antigas e pendentes, podemos citar os "problemas de ordem fundiária", sobretudo em

razão do vácuo que tem sido deixado na demora da tão esperada Reforma Agrária, e que contribui cada vez mais para criar instabilidades e conflitos de determinados grupos que tanto anseiam por esta reforma, além da sociedade de uma forma geral.

Não obstante, sobressai a isto a indiscutível obrigação de ordem do governo federal em pôr termo a este antigo problema, cujo tema foi abordado e tido como prioritário desde a sua primeira campanha eleitoral.

Há também a questão da regularização de terras indígenas, cuja solução, em determinados casos, poderia ser analisada sob o aspecto legal de se conceder a estes povos o Direito Real de Uso, até que se regularizasse a questão da posse definitiva, tema este sempre constante nos noticiários, haja vista a também pendência de desfecho que há muito se arrasta sobre o tema.

Referentemente às questões mais novas, as quais muito têm se sobressaído nas discussões que envolvem problemas de ordem social, podemos mencionar os de ordem ambiental.

São novos problemas, se comparados aos relacionados às questões fundiárias, mas cada vez estão se tornando mais graves e frequentes, exigindo a atuação rápida e eficaz do Poder Público, a fim de evitar que se tornem insolúveis, dadas as proporções de dano que podem causar à natureza e conseqüentemente à sociedade.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>76</sup> cita, com muita propriedade, exemplos de interesses sociais diversos de ordem ambiental, tais como "o aproveitamento sustentável das várzeas", "a preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência".

#### 5.4.5. Direito Real resolúvel

Conforme se depreende da leitura da *caput* do art. 7º, com redação dada pela Lei nº 11.481/2007, os fins específicos elencados, em parte, no texto da lei, se atrelam antes a um "direito real resolúvel". Daí o motivo de ter o legislador criado o instituto da Concessão de Direito Real de Uso, para que o administrador, ao contratá-lo com terceiros, em geral um particular, tenha assegurado o cumprimento dos fins pretendidos.

Em caso negativo, ou seja, caso o Poder Público não alcance a destinação específica que planejou atribuir ao imóvel contratado, e o particular não dê a ele a destinação pretendida, há este instrumento legal previsível e disponível o qual aquele poderá usar para que a propriedade seja consolidada novamente como sua.

<sup>76</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit., p. 998.

Podemos confirmar estas assertivas com a leitura do § 3º do mesmo art. 7º, que dispõe expressamente quais as consequências que recaem sobre o concessionário se este não se adequar aos termos estatuídos no citado dispositivo legal.

*§ 3º do art. 7º do Decreto Lei nº 271/1967*

*§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.*

Em suma, o Estado consente a utilização de determinado bem público, de forma remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado. Contudo, ainda que se marque no contrato a cláusula de tempo indeterminado, esta de nada valerá se o particular der uma destinação distinta daquela almejada pelo Poder Público, além de conferir a este o direito de reaver o bem tão logo tome conhecimento do descumprimento da destinação conferida pelo contrato.

#### 5.4.6. Direito de sequela

A doutrina se refere ao “direito de sequela” com referência ao que estipula com a finalidade e em relação à destinação específica dada ao bem público, em casos de Concessão de Direito Real de Uso, elencados do *caput* do art. 7º do Decreto-Lei nº 271/1967, com redação dada pela Lei nº 11.481/2007.

Neste sentido, o que ocorre, em linhas gerais, é que a legislação criou um vínculo indissociável entre o Cedente e o Concessionário, que é justamente a obrigação de que este confira a correta destinação ao imóvel objeto do contrato, nos termos da lei, além de adquirir a característica do direito real em relação à concessão do bem, e não a obrigacional.

Todavia, a característica do direito real não justifica que ocorra a transferência total do domínio pleno do bem para o particular, pois que se sobrepõe a sequela que está atrelada ao fiel cumprimento da destinação do imóvel. Caso contrário, uma vez realizada a transferência total, o Concessionário poderia dar fim diverso ao bem e o Concedente nada mais poderia fazer para reverter este quadro.

O direito de sequela se assemelha, então, a uma espécie de garantia que o Poder Concedente detém, podendo ser comparado àquela “carta guardada na manga” para a jogada final, caso necessário, se estiver na iminência de perder o jogo, que é a destinação específica que deve ser dada ao bem.

#### 5.4.7. Instrumentos legais de contratação do Direito Real de Uso

As formas que poderão ser utilizadas na contratação da concessão de Direito Real de Uso são as dispostas no § 1º do art. 7º, tratando-se de um rol taxativo, o qual deverá ser rigorosamente observado, sob pena de invalidar o contrato.

*Art. 7º do Decreto-Lei nº 271/1967*

*[...]*

*§ 1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.*

Trata-se, conforme se constata, de um contrato celebrado entre o Poder Público e o Concessionário, e em caso de ser formalizado por simples termos administrativo, deverá ser tanto inscrito como cancelado em livro especial.

Não obstante, tendo tal contrato a natureza de direito real, além da eventual necessidade de inscrição e cancelamento em livro especial, caso ocorra pela via administrativa, deverá ser necessariamente registrado no Registro Geral de Imóveis – RGI, inclusive se houver a resolução do contrato antes do seu termo por descumprimento de cláusula do Concessionário.

#### 5.4.8. Questão de Prova de Concurso Público (PGE) relativa à Concessão de Direito Real de Uso

Demonstrando que o tema relativo ao Direito Real de Uso não é irrelevante no estudo do Direito Administrativo, trazemos à baila a informação referente à questão relacionada ao tema que foi objeto de prova oral em Concurso para a Procuradoria Geral do Estado.

Perguntou a Banca Examinadora “Em que ocasião o Estado do Rio de Janeiro poderia fazer uso da Concessão de Direito Real de Uso”.

Em se tratando de prova de âmbito estadual, há que se observar o que diz a Constituição do Estado em questão, e neste caso específico, ressaltamos que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro dispõe em seu Capítulo III, da Política Urbana, sobre o instituto da “Concessão Real de Uso”:

*Constituição do Estado do Rio de Janeiro*

*[...]*

*Art. 230 – Para assegurar as funções sociais das cidades e da propriedade, o Estado e o Município, cada um nos limites de sua competência, poderão utilizar os seguintes instrumentos:*

*[...]*

*i) concessão real de uso ou domínio;*



Trata-se de hipóteses em que o Estado, com o escopo de regularizar casos de reforma agrária, assentamentos de “sem tetos”, ou mesmo de indivíduos que se encontram sem abrigo, pode fazer uso do instituto da “concessão real de uso ou domínio”.

Além do aludido artigo que dispõe sobre a utilização da “concessão real de uso ou domínio”, insta trazer à baila outro artigo pertinente ao tema do assentamento de população de baixa renda, o qual também faz parte desta mesma legislação estadual:

*Art. 233 – As terras públicas estaduais não utilizadas, subutilizadas e as discriminadas serão prioritariamente destinadas a assentamentos de população de baixa renda e a instalação de equipamentos coletivos, respeitados o plano diretor ou as diretrizes gerais de ocupação do território.*

*§ 1º – É obrigação do Estado e dos Municípios manter atualizados os respectivos cadastros imobiliários e de terras públicas abertos a consultas dos cidadãos.*

*§ 2º – Nos assentamentos em terras públicas e ocupadas por população de baixa renda ou em terras não utilizadas ou subutilizadas, o domínio ou a concessão real de uso serão concedidos ao homem ou à mulher ou a ambos, independentemente de estado civil.*

Podemos certificar, com a leitura do texto supra, que a preocupação com as questões de caráter eminentemente sociais são temas que reclamam soluções eficazes e cujas iniciativas devem partir de todos os entes da Federação, a exemplo do que dispõe a Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

### 5.5. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia

Por fim, após discorrer sobre os demais instrumentos de outorga dos bens públicos, abordaremos uma das mais recentes modalidades em termos de instrumento de outorga, que é a “Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia”.

Para dar início à sua análise, importa mencionar que a ideia deste instituto iniciou-se na Lei nº 11.257/2001 – Estatuto da Cidade, já que esta lei tinha por meta estabelecer diretrizes gerais de política urbana, ou, em palavras mais informais, tentar pôr ordem no caos urbano que há muito já se instalou nos grandes centros, e, sobretudo, está fora do controle do Poder Público.

Basta, para tanto, ler diariamente os noticiários, ou no mínimo, circular pela cidade para se ter uma constatação mais fática desta cena, e se deparar com as crescentes e incessantes desocupações desordenadas que se instalam no meio urbano e que, conforme já dito, estão nitidamente fora de controle das autoridades públicas competentes.

O que ocorre, todavia, é que passados mais de 7 anos da edição do Estatuto da Cidade, podemos constatar que pouco mudou em relação à ocupação desordenada nos espaços urbanos, incluindo-se aqui os bens públicos dominicais, que não raro são ocupados como se residências fossem.

#### 5.5.1. A criação da “concessão de uso especial para fins de moradia” pela Lei nº 11.257/2001 e o seu veto pelo Presidente

Pois bem, nos reportando à questão teórica, cabe-nos falar que a Lei nº 11.257/2001 – Estatuto da Cidade – trouxe inicialmente a previsão da criação de um instituto denominado “concessão de uso especial para fins de moradia”, que constava em seus arts. 15 a 20, mas que foi integralmente vetado pelo Presidente da República, não tendo entrado sequer em vigor.

Para um melhor entendimento do que se seguirá, importa que se faça a leitura do texto dos arts. 15 a 20, os quais foram objeto de veto, e na sequência as razões do veto,<sup>77</sup> na íntegra, todos postados em nota de rodapé.

<sup>77</sup> B Seção VI, compreendendo os arts. 15 a 20

“Seção VI

Da concessão de uso especial para fins de moradia

Art. 15. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados situada em imóvel público, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação à referida área ou edificação, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 16. Nas áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados situadas em imóvel público, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam concessionários de outro imóvel urbano ou rural.

Com a leitura do texto vetado e das razões de seu veto não fica difícil concluir que houve total bom-senso em vetar tais dispositivos legais, pois de fato contrariam o interesse público, já que assegurariam ao ocupante do bem público o seu uso privativo sem quaisquer restrições.

Conforme reza o art. 183, § 3º, “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”, daí não se justificar a criação de um instituto que a ele se equipare em termos de aquisição irrestrita. Em termos gerais, a legislação foi frágil e inadequada ao interesse público, por não fazer nenhuma restrição, nem em relação aos bens públicos que poderiam ser passíveis deste benefício, nem quanto à forma de ocupação do bem público.

Se tais dispositivos estivessem em vigor, poderíamos com frequência presenciar a cena de pessoas se instalando em locais públicos, tais como uma praia ou um parque ecológico, e ao se instalar, fixando residência, não poderiam ser retiradas com base no texto da lei.

Outra questão que justificou o veto foi o fato de que o projeto não estabelecia uma data limite para a aquisição do direito à concessão de uso.

Este se constituiu em uma outra falta grave do legislador, pois se ele pretendia instituir uma política urbana sólida e pôr termo à desordem urbana, a não fixação de prazo que estabelecesse um limite de data, assim como fazem outros institutos afins, acabaria por criar uma maior desordem institucionalizada.

---

Parágrafo único. Aplicam-se no caso de que trata o *caput*, no que couber, as disposições dos §§ 1º a 5º do art. 10 desta Lei.

Art. 17. No caso de ocupação em área de risco, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei em outro local.

Art. 18. O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

§ 1º Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.

§ 2º O título conferido por via administrativa ou a sentença judicial servirão para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Aplicam-se à concessão de uso especial para fins de moradia, no que couber, as disposições estabelecidas nos arts. 11, 12 e 13 desta Lei.

Art. 19. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

Art. 20. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se, retornando o imóvel ao domínio público, no caso de:

I – o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou sua família;

II – os concessionários remembrarem seus imóveis.

Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração consubstanciada do Poder Público concedente.”

(Grifos sobre o texto original)

#### **Razões do veto:**

“O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares. Algumas imprecisões do projeto de lei trazem, no entanto, riscos à aplicação desse instrumento inovador, contrariando o interesse público.

O *caput* do art. 15 do projeto de lei assegura o direito à concessão de uso especial para fins de moradia àquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados situada em imóvel público. A expressão “edificação urbana” no dispositivo visaria a permitir a regularização de cortiços em imóveis públicos, que no entanto é viabilizada pela concessão a título coletivo, prevista no art. 16. Ela se presta, por outro lado, a outra leitura, que poderia gerar demandas injustificadas do direito em questão por parte de ocupantes de habitações individuais de até duzentos e cinquenta metros quadrados de área edificada em imóvel público.

Os arts. 15 a 20 do projeto de lei contrariam o interesse público sobretudo por não ressaltarem do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas. Seria mais do que razoável, em caso de ocupação dessas áreas, possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local, como prevê o art. 17 em relação à ocupação de áreas de risco.

O projeto não estabelece uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada.

Por fim, não há no art. 18 a definição expressa de um prazo para que a Administração Pública processe os pedidos de concessão de direito de uso que, previsivelmente, virão em grande número a partir da vigência deste instrumento. Isto traz o risco de congestionar o Poder Judiciário com demandas que, num prazo razoável, poderiam e deveriam ser satisfeitas na instância administrativa.

Pelas razões expostas, propõe-se o veto aos arts. 15 a 20 do projeto de lei. Em reconhecimento à importância e validade do instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, o Poder Executivo submeterá sem demora ao Congresso Nacional um texto normativo que preencha essa lacuna, buscando sanar as imprecisões apontadas.”

### 5.5.2. A criação do instituto da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia pela Medida Provisória nº 2.220/2001

Não obstante o seu veto, reconheceu o Presidente, dentro de suas exposições, a iminente necessidade de criar um instituto que de fato viesse cumprir o papel de organizar a política urbana, mas com as devidas cautelas legais a fim de evitar abusos ou afronta ao interesse público, editando então a Medida Provisória nº 2.220/2001.

Logo em seu art. 1º tem-se a definição do novo instituto da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, embora a lei a nomeie apenas de “Concessão de Uso Especial”, observando-se claramente as devidas correções em relação às falhas dos artigos vetados na Lei nº 11.257/2001:

*Medida Provisória nº 2.220, de 04/09/2001*

#### CAPÍTULO I

#### DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL

*Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.*

A Medida Provisória estabeleceu tanto o prazo para a aquisição do gozo desta concessão, “até 30 de junho de 2001”, “por cinco anos ininterruptos”, como não deixou de mencionar a metragem limite do imóvel público, qual seja, “até duzentos e cinquenta metros quadrados”, tratando-se de edificações de pequena metragem, incluindo-se aqui facilmente as denominadas favelas.

De grande valia também falar sobre certo termo utilizado no texto da lei, pois a regra, em se tratando de espécies de concessão de bem público a particular, tem sido a discricionariedade do Poder Público, sobretudo a observância do interesse público sempre acima do interesse privado, fato este incontestável.

Todavia, o art. 1º, em seu texto, usou a expressão: **“tem o direito à concessão de uso especial para fins**

**de moradia”**, tornando-se uma exceção e gerando até mesmo certas polêmicas no meio doutrinário.

Há que se ressaltar a existência de outra exceção neste mesmo sentido, já citada neste trabalho no item nº 2, a qual retira a discricionariedade do Poder Público, pois se formaliza com a “concessão de uso de bem público a particular por ato não discricionário.”

Trata-se do instituto da “Legitimação da Posse”, criada pela Lei nº 6.383/1976, disposto em seu art. 29, e se refere ao processo discriminatório de terras devolutas da União, restringindo-se, contudo, a bens públicos federais.

Preenchendo o particular todos os requisitos do diploma legal em questão, é automaticamente gerado o direito de licença de ocupação, não se falando, contudo, em discricionariedade do Poder Público.

### 5.6. Aforamento administrativo

O aforamento administrativo, também denominado pela doutrina de enfiteuse, de acordo com a lição do ilustre Orlando Gomes<sup>78</sup> é um direito real sobre coisa alheia mediante o qual “confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual e a conservá-la a substância”.

O Código Civil de 1916 elencava a enfiteuse entre os direitos reais de fruição ou gozo de coisa alheia imóvel, no entanto, o novo Código Civil proibiu a instituição de novas enfiteuses, mas continuou reconhecendo como válidas as que já existiam até o seu advento, e o regime que lhes será aplicado será o do Código Civil de 1916, até que sejam extintas, conforme se depreende do art. 2038<sup>79</sup> do novo Código.

Como regra, o aforamento administrativo é utilizado para viabilizar a ocupação, por particulares, dos terrenos de marinha e acrescidos, que são regulados pelo Decreto-lei nº 9.760/1946 e pela Lei nº 9.636/1998. Existe, também, o Decreto-lei nº 2.398/1987, porém ele só dispõe sobre o valor do foro<sup>80</sup> e laudêmios.<sup>81</sup>

Infere-se, portanto, que o aforamento é um arrendamento perpétuo de terras não cultivadas ou terrenos

<sup>78</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 263.

<sup>79</sup> Art. 2.038 – Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1ª de janeiro de 1916, e leis posteriores.

<sup>80</sup> Foro é a renda anual que o enfiteuta deverá pagar ao senhorio direto, que corresponde ao valor de 0,6% do valor do domínio pleno do imóvel. O enfiteuta não pode deixar de cumprir essa obrigação, caso não cumpra por 3 três anos consecutivos ou quatro intercalados, o aforamento será extinto.

<sup>81</sup> Laudêmio é uma percentagem fixa sobre o valor da transferência do bem, podendo ocorrer essa transferência pela alienação, doação ou dação em pagamento. Atualmente o valor da percentagem é de 5%.

destinados à edificação, mediante o pagamento de um foro anual, certo e invariável. O dono do terreno é chamado de senhorio direto e continua com a propriedade do bem, mas o domínio útil é transferido para o enfi-

teuta ou foreiro, que poderá agir como se fosse o proprietário, ou seja, poderá usá-lo, dele gozar e dispor dos frutos, produtos e rendas que recaiam sobre o bem, mas não poderá mudar-lhe a substância ou deteriorá-lo.

	Ato	Contrato	Discrecionário	Vinculado	Precário	Unilateral	Bilateral	Inter. Pub.	Inter. Priv.	Licitação
Autorização										
Permissão										Às vezes
Concessão										
Concessão real										
Concessão especial										
Cessão de uso										
Licença										

As formas apresentadas de uso privativo do bem público são as que melhor se coadunam com a atividade administrativa, visto que os bens são públicos e é necessário resguardar o interesse público. Mas não se pode esquecer que o Poder Público pode optar pela adoção de institutos de Direito Privado com o fito de alcançar o interesse público.

### 5.7. Enfiteuse

A primeira forma privada de uso privativo do bem público é a enfiteuse, que à luz de legislação civil revogada configurava um direito real. A Lei nº 10.303/2001 excluiu a enfiteuse do regramento jurídico, fixando no art. 2.038 a vigência das enfiteuses constituídas em data anterior a 10/01/2003 e a proibição de novas constituições.

Portanto, a enfiteuse como forma de uso privativo do bem público tende a acabar em virtude de não poder mais ser instituída, e para estudarmos o instituto precisamos socorrer-nos do Código Civil derogado, que trata da enfiteuse nos arts. 678 a 694.

A enfiteuse é remunerada pela pensão ou foro que é o valor pago ao Poder Público concedente pelo uso de sua propriedade. O Decreto-lei nº 9.760/1946 fixa o foro em 0,6 do valor do respectivo domínio pleno, conforme consta do art. 101 do referido decreto. E pelo laudêmio, que é o valor pago quando o enfiteuta ou foreiro transmite o domínio do bem.

É necessário abrir parênteses para informar que a enfiteuse divide o domínio em útil e direto, sendo o primeiro o direito de usufruir o bem, e o segundo é o domínio eminente, que é aquele exercido pelo Poder Público sobre os bens públicos.

Mas, no parágrafo único do referido artigo (101), há a previsão da caducidade do aforamento na hipótese de não pagamento do foro por três anos consecutivos ou quatro intercalados.

O Decreto-lei prevê ainda prazo para apresentar reclamação ou revigoração do aforamento o que permitirá ao foreiro reaver o domínio que possuía sobre a área ou prédio público.

Embora já tenhamos afirmado que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses ou subenfiteuses e a cobrança de laudêmios na hipótese de transferência do bem, houve por bem ressaltar os terrenos de marinha, que em verdade servem para a segurança nacional e das fronteiras.

Os terrenos de marinha que se submetem ao regime da enfiteuse estão sob a égide do Decreto-lei nº 9.760/1964, e por ela serão regidos, bem como todas as instituídas sobre bem da União antes da vigência do novo Código Civil – 10/01/2003.

O Código Civil 2002 tem por competência regular e relacionar quais são os direitos reais que podem ser instituídos e por essa razão todas as pessoas, quer físicas quer jurídicas de qualquer natureza a ele submetem-se.

Mas, há pensamento na doutrina civilista que, sob esse mesmo argumento, poderia sustentar a possibilidade de instituição de enfiteuse pela União por entender que o rol dos direitos reais fixados no art. 1.225, CC/2002 é de taxatividade mediana, pois outros podem ser criados por leis especiais.

A questão reside na área do Direito Civil, e quanto à instituição da enfiteuse em terrenos de marinha ainda não há posição jurisprudencial nova, em virtude do exíguo tempo de vigência do novo Código Civil, que não permite tomada de posições rigorosas.

Outro argumento trazido pelo professor Carvalho Filho reside na natureza da enfiteuse, que é de Direito Privado, sendo utilizada pelo Poder Público de forma subsidiária.

Por fim, como há regra específica tratando do tema e por ser sua natureza de Direito Civil, devemos concluir

pela impossibilidade de novas constituições de enfiteuse, respeitando os terrenos de marinha. E, as já instituídas continuam a ser reguladas pelo Código Civil de 1916.

### 5.8. Locação

Outro contrato de Direito Privado que a Administração Pública lança mão para dar uso privado aos seus bens é a locação. A locação consiste na transferência da posse direta do bem ao locatário, que dele poderá usar, mediante o pagamento de valor previamente estabelecido.

Em uma primeira vista a locação celebrada entre a Administração Pública e o particular há de obedecer às regras comuns, ou seja, as previstas na Lei nº 8.178/1991 por força do que dispõe o art. 2.036 do Código Civil, quando se tratar de bem imóvel, e ao regramento do próprio Código Civil (arts. 565 a 578) quando se tratar de coisas móveis.

Mas a aplicação da legislação civil de forma única enfrenta muitas resistências por parte da doutrina que entende não ser possível submeter a pessoa de Direito Público integrante da Administração Pública direta ou indireta à lei civil – que tem natureza privada. Para esse segmento da doutrina há que se mesclar à legislação civil, porque atinente ao contrato, com as regras de Direito Público da Lei nº 8.666/1993, especialmente as cláusulas exorbitantes presentes no art. 58 desta lei.

Ressalte-se, ainda, que para aqueles que entendem que as sociedades de economia mista e as empresas públicas possuem bens públicos afetados ao serviço de natureza pública que prestam e bens que não são afetadas a esse serviço, poder-se-ia afirmar que quanto aos primeiros não se aplicaria a Lei de Locação, mas perfeitamente aplicável aos últimos, que gozam de natureza privada.

Concluimos, por fim, que a Lei de Locação aplica-se aos contratos privados celebrados pela Administração Pública.

### 5.9. Comodato

O comodato, contrato assemelhado à locação, salvo quanto a onerosidade deste e gratuidade daquele, regula-se pela lei civil – arts. 579 a 585.

Mas, na esfera pública há a concessão de uso do bem público, instituto de Direito Público, que se presta ao

mesmo fim objetivado pelo comodato: empréstimo de coisa infungível, razão pela qual deve ser preferido em detrimento daquele.

Entendemos, no entanto, perfeitamente cabível a celebração do *comodato* aplicando-se as regras civilísticas, mormente quando o comodante for empresa pública ou sociedade de economia mista.

O comodato possui particularidades que se traduzem em benefícios ao comodante, pois o comodatário terá que cuidar da coisa como se fosse sua; não poderá reclamar as despesas efetuadas e se concedido a várias pessoas simultaneamente, serão consideradas solidárias.

Analisadas as formas de uso comum, de uso especial e de uso privativo, cabe falar especificadamente sobre os cemitérios, que compõem caso a parte pelas peculiaridades que lhes são próprias.

Os cemitérios sempre estarão sob o controle do Poder Público em virtude de concentrar questões sanitárias e de saúde, que são de interesse público.

O cemitério, local onde colocamos nossos mortos, é de suma importância para a coletividade e considerado terreno sagrado, onde se deve ter respeito e consideração, inadmitindo-se práticas que não são condizentes com a atividade que ali se pratica.

Somente com a Constituição de 1891 os cemitérios passaram a ser áreas de domínio público, pois antes eram estabelecidos em terrenos particulares, normalmente nos fundos da igreja da localidade. Ressaltando-se que foi permitida a instituição de cemitérios privados que se submeteriam à fiscalização e controle do Poder Público.

Na distribuição das competências administrativas, coube ao Município a instituição e controle dessa atividade pública, que poderá por meio de permissão ou concessão delegá-la ao particular que houver por bem instituir um cemitério particular.

Arelado ao domínio do próprio cemitério, ou seja, a área onde está localizado pertencer ao Município, embora excepcionalmente possa pertencer a outra pessoa jurídica de Direito Público, a própria atividade de enterrar os mortos daquela comunidade é de atribuição Municipal, isso é o que se denomina serviço funerário.

Portanto, embora o Município tenha competência para criar e controlar os cemitérios, pode consentir que este seja particular, delegando tal função por meio de contrato de permissão ou concessão e, ainda, pode

delegar apenas o serviço funerário à pessoa jurídica de Direito Público da administração indireta ou a pessoa jurídica de Direito Privado.

A Administração, além de poder contratar o uso dos seus bens como qualquer particular, pode, também, desfazer-se de seus bens alienando-os para terceiros.

E verificava-se a autonomia municipal para legislar sobre a matéria que o STF julgou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro, conforme noticiado no Informativo nº 324, a seguir reproduzido.

#### *Serviços Funerários: Competência Municipal*

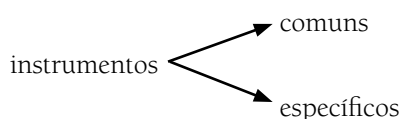
Tendo em conta que os serviços funerários constituem serviços municipais, o Tribunal, entendendo caracterizada a violação ao inciso V do art. 30 da CF/1988, julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo procurador-geral da República, para declarar a inconstitucionalidade do inciso V do art. 13 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como da Lei nº 2.007/1992, do mesmo Estado, que estabeleciam a gratuidade de sepultamento e procedimentos a ele necessários, para os que percebessem até um salário mínimo, os desempregados e os reconhecidamente pobres. Precedente citado: RE nº 49.988-SP (RTJ 30/155) – CF, art. 30:

*Compete aos Municípios... V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;*

#### 5.10. Alienação

A possibilidade de alienar seus bens surge, basicamente, da desnecessidade da manutenção daquele bem em seu acervo patrimonial, pois por vezes a sua manutenção é dispendiosa e não traz qualquer benefício para a Administração Pública. Pode haver também interesse que o bem pertença a outra pessoa pública ou privada para a implementação de uma finalidade social. Por essas razões a alienação, embora exceção, é permitida quando se tratar de bens desafetados.

Mas, para alienar os bens públicos, que têm que ser os dominiais, o administrador tem que observar as regras próprias instituídas para essa finalidade. O legislador pôs à disposição dos administradores instrumentos para a alienação dos bens públicos, que são de duas classes:



Os instrumentos ditos comuns são aqueles que são utilizados pelo particular e de que a Administração Pública pode fazer uso também. Já os específicos traduzem-se naqueles instrumentos que observam as normas de Direito Público, postas especialmente para a Administração Pública.

Como os entes federativos gozam de autonomia, cada qual poderá instituir as regras que entenderem adequadas para a alienação de seus bens. No entanto, sua competência legislativa não é ampla nem abrangente, uma vez que as normas gerais são instituídas pela União por força de atribuição legislativa constitucional.

*Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: [...]*

*XXXII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.*

Assim, embora a lei seja federal, terá abrangência nacional no que pertine às normas gerais e abrangência federal nas particularidades que instituir.

A matéria foi normatizada e a Lei nº 8.666/1993 trata da licitação e contratos da Administração Pública, instituindo regras gerais e, também, normas específicas para os bens federais.

A Lei nº 8.666/1993 cuida da alienação de bens públicos a partir do art. 17, instituindo normas gerais e específicas.

Foi proposta ADIn objetivando a declaração de inconstitucionalidade de algumas normas previstas no art. 17 da citada lei, mas o STF, apesar de reconhecer-lhe a inconstitucionalidade quanto ao caráter geral, afirmou que são normas específicas, não lhes retirando a eficácia, mas apenas determinando seu âmbito de incidência. Assim a incidência se dá:

<i>Norma geral</i>	<i>Norma específica</i>
Art. 17, <i>caput</i>	Art. 17, I, b, c
Art. 17, I, a, d, e, f	Art. 17, II, b
Art. 17, II, a, c, d, e, f	Art. 17, § 1º
Art. 17, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º	

Cumpramos ressaltar que a alienação não se resume apenas à venda de bem. Apresenta-se sobre diversas outras formas, sendo certo que há a transferência da propriedade.

Na hipótese da Administração Pública utilizar-se das formas privadas de alienação de bens não haverá a

incidência das cláusulas exorbitantes sobre o contrato firmado entre o Poder Público e a parte contratante.<sup>82</sup>

### 5.10.1. Venda

A forma mais comum e utilizada de alienação é a venda, que é tratada pelo Direito Privado, com normatização nos arts. 481 a 532 do Código Civil.

Mas, não basta somente a lei civil para a venda do bem público, ao contrário, mister se faz aplicar a legislação específica sobre a matéria. Prevendo, assim, o art. 17 da Lei nº 8.666/1993 os requisitos necessários para que a venda seja possível:

#### I – Bens imóveis:

1. autorização legislativa;
2. interesse público devidamente justificado;
3. avaliação prévia;
4. licitação na modalidade concorrência, que pode ser dispensada nos casos previstos na lei.

#### II – Bens móveis

1. avaliação prévia;
2. licitação, que pode ser dispensada nos casos previstos em lei.

A Lei nº 8.666/1993 permite a venda dos bens imóveis, mas como dito acima exige que a mesma se faça, via de regra, por licitação na modalidade concorrência, com regramento nos arts. 20 e seguintes da citada lei.

A exigência de observância da concorrência não traz implicações judiciais, mas a dispensa da licitação deve ser observada com muita atenção para não correr o risco de praticar crime.

A dispensa de licitação é prevista pelo nosso legislador porque entendeu que em certas situações a licitação não se mostra como o instrumento apto à finalidade que se pretende com o ato.

Caracteriza-se, ainda, a dispensa, pela excepcionalidade, pois não configura a regra que é a necessidade de licitação. E pela taxatividade, pois os casos de dispensa de licitação são apenas os previstos na lei, não podendo ser criados outros pela vontade do administrador.

A dispensa da licitação apresenta nos seguintes tópicos:

1. valor;
2. situações excepcionais;
3. gêneros perecíveis e obras de arte;
4. desinteresse na contratação;
5. entidades sem fins lucrativos;
6. disparidade de propostas;
7. intervenção no domínio econômico;
8. complementação de objeto;
9. pessoas administrativas;
10. locação e compra de imóvel;
11. negócios internacionais.

A concorrência destina-se a contratações de grande valor, sendo mais completa e com regras mais rígidas, pois o valor a ser empregado é alto e de origem pública.

Destina-se particularmente à contratação de serviços de engenharia e de compras, mas, por disposição legal, estende-se à venda de bens públicos.

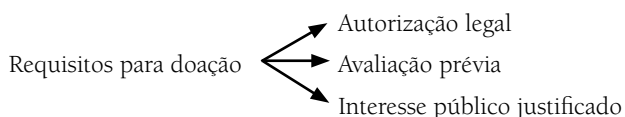
Na venda do bem público há a contraprestação por parte do comprador, que se traduz no pagamento do preço.<sup>83</sup>

### 5.10.2. Doação

Já a doação, outra modalidade de alienação do bem público com regramento no Código Civil (arts. 538 e seguintes), também transfere a propriedade do bem para outrem, mas por ato de liberalidade e sem contraprestação.

A doação é ato de caráter excepcionalíssimo e deve ser evitada para não ferir princípios constitucionais. Embora não haja vedação constitucional, a prática deve ser voltada para a concessão de direito real de uso que atende de forma mais adequada a finalidade pública da utilização do bem público por outra pessoa diversa da do seu titular.

Devem ser observados os requisitos impostos pela lei para a efetivação da doação:



<sup>82</sup> Ementa: "Terrenos de Marinha e Acrescidos. – 1. Continuam de Dominio da União os Terrenos dos Quais ela Concedeu Usufruto à Cia. Docas da Bahia. – 2. Os Contratos Sobre Concessões de Serviço Público São Administrativos, Distinguindo-se dos Cíveis pela Mutabilidade e pelas Cláusulas Exorbitantes: – O Estado-Cliente Não Deixa de Ser o Estado-Príncipe. 3. Os Contratos Administrativos Não Estão Adstritos à Forma por Escritura Pública Tabelioa. 4. Não se Admite Extraordinário se Não Houve Denegação de Vigência da Lei Nem Discrepância Caracterizada, Mas Controvérsia que Envolve Matéria de Fato e de Interpretação de Contrato" (AI 42854 / GB – Guanabara – Agravo de Instrumento – Rel. (A): Min. Aliomar Baleeiro – Órgão Julgador: Segunda Turma – Votação: Unânime. Resultado: Improvido).

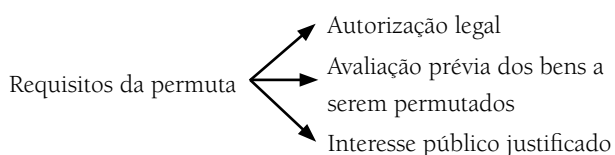
<sup>83</sup> Ementa: "Terras Devolutas – no Paraná, a Venda de Pequenos Lotes até 500 Ha. Não Depende de Ato Especial da Assembleia, se já Medidas e Demarcadas. – Destinadas a Fins Especiais, Como os de Reserva Florestal, por Via de Decreto, essa Destinação Pode Ser Revogada por Outro Decreto – é Ilegal e Lesivo de Direito Líquido e Certo dos Adquirentes, a Sentença do Governador, que Anula Títulos de Venda de Lotes de Menos de 500 Ha., Medidos, Demarcados e Transcritos no Registro de Imóveis" (Resultado: Provido.RMS 11384/Pr – Paraná – Recurso em Mandado de Segurança – Rel.: Min. Candido Motta – Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

O art. 17, I, *b*, da Lei nº 8.666/1993 impõe uma restrição que só se aplica à União; para que haja a mesma vedação em âmbito dos entes federativos, é preciso que cada qual legisle nesse sentido, qual seja permitir a doação sem licitação apenas a órgão ou entidade integrante da própria Administração Pública.<sup>84</sup>

### 5.10.3. Permuta

Outra modalidade de alienação de bem público é a permuta, que significa troca, ou seja, a Administração Pública dará seu bem em troca de outro bem que lhe atenderá de forma mais adequada.

A permuta também está regulamentada na legislação civil, no art. 533 do Código em vigor.

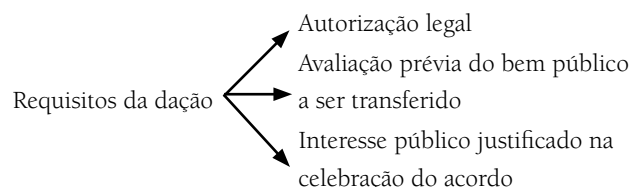


Na hipótese da permuta a licitação quase sempre se faz dispensável, uma vez que neste ato esta sendo atendido o interesse público e o interesse particular em situação personalizada.<sup>85</sup>

### 5.10.4. Dação

A dação em pagamento, que se encontra no art. 357 do Código Civil, traduz-se no pagamento de dívida da Administração Pública com bens imóveis, ao invés de efetuá-lo com dinheiro. Há, nesse caso um ajuste de vontades entre a Administração-devedora e o credor, razão pela qual é inviável que se proceda à licitação.

Na hipótese de dação em pagamento a licitação não é dispensável, mas inexigível.



Mas, há também, os instrumentos específicos que permitem a alienação dos bens públicos.

### 5.10.5. Concessão de domínio

O primeiro a ser estudado é a concessão de domínio, que muito se assemelha à venda e à doação, pois há a transferência do domínio do bem público para outrem.

Carvalho Santos nos lembra que essa forma de alienação do bem público foi utilizada na concessão de ses-

<sup>84</sup> Ementa: – Ação Popular em que se Postula a Anulação de Ato Lesivo do Patrimônio de Municipalidade de São Paulo. Lei Aprovada Sem o *Quorum* Qualificado, Exigido para a Prestação de Qualquer Homenagem. Doação de Bens Públicos, que Não Atende ao Requisito do Interesse Social da Comunidade. Recurso Conhecido e Provido, Julgando-se a Ação Procedente” (Re 77205/SP – São Paulo – Recurso Extraordinário – Rel.(a): Min. Oswaldo Trigueiro.

Resultado: Conhecido e Provido.

Caso: “Paulo Maluf”, Doação de Veículos a Jogadores da Seleção Brasileira.

Obs.: O Re-77205 Foi Objeto da AR-1178.

O Ar-Agr Foi Objeto dos AR-El-QO-Agr, Resolvida a Questão de Ordem.

Ementa: Desapropriação. – Lei que Autoriza Desapropriação do Imóvel para Ser Doadado a Entidade de Direito Privado, Declarada de Utilidade Pública. Inconstitucionalidade. Cabe ao Poder Judiciário Decidir se a Desapropriação Corresponde a Finalidade Constitucionalmente Prevista de Destinar-se o Bem Expropriado a Fins de Necessidade ou Utilidade Públicas, ou de Interesse Social. Desapropriação do Imóvel para Doação a Sociedade Civil. Declarada de Utilidade Pública. A Expropriação de Imóvel a Favor de Pessoa Jurídica de Direito Privado Somente se Legitima se Tratar de Concessionário de Serviços Públicos ou de Delegado de Função Pública, ou Afetado, o Bem Expropriado, Ao Serviço Público. Entidade Declarada de Utilidade Pública. – Sociedade que Serve Desinteressadamente a Coletividade, em Obra de Benemerência. – Inexistência de Desempenho de Funções ou Serviços Públicos. Inconstitucionalidade de Desapropriação de Imóvel para Ser-lhe Doadado, a Fim de Servir-lhe de Sede. Reconhecimento de Inconstitucionalidade da Lei nº 3.162, de 1/06/1957 e do Decreto nº 42.033, de 13/08/1957, Quanto à Desapropriação a que se Referem. Recursos Extraordinários Conhecidos pela Alínea *b*, mas Improvidos (RE 78229; Recurso Extraordinário; Rel.(a): Min. Rodrigues Alckmin).

<sup>85</sup> Ementa:

“A Lei nº 1.949, de 4 de abril de 1979, do Estado de São Paulo, Criando a Reserva Florestal do Morro Grande, Como Medida Consectária da Preservação das Matas, Bem Como da Conservação, Guarda e Vigilância ou Administração do Imóvel, Não Editou Norma Geral e Abstrata que Possa Ser Enquadrada Na Competencia Privativa Da Uniao Federal Estabelecida no art. 8º, XVII, *h*, da Constituição da República. De Outro Lado, em se Tratando de Área Pertencente a Entidade Pública Estadual, a Permuta, por Outros Bens do Estado, Somente Poderia Ser Autorizada por Lei, Não se Fazendo Necessária, no Caso, a Iniciativa do Executivo, em Face da Ausência de Aumento de Despesa e da Circunstância de a Concretização da Permuta Depender de Ato do Governo. Representação de Inconstitucionalidade Julgada Improcedente” (RP 1116/SP – São Paulo – Representação; Rel. Min. Soares Munoz

Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Resultado Improcedente).



maria, portanto, instrumento que remonta à época do Brasil Império.

A concessão pode ter por destinatário pessoa pública ou privada. A distinção residirá no ato que dará forma à concessão, quando a parte concessionária for outro ente da Administração Pública haverá apenas a lei, mas quando se tratar de pessoa privada, mister se faz a transcrição no registro imobiliário.

Observamos, assim, que para que a concessão se dê é preciso lei autorizativa, sendo esta, inclusive, a orientação constitucional – art. 188, § 1º, da CRFB.

A concessão de domínio encontra regramento no art. 17, I, *f*, da Lei nº 8.666/1993, e pode ser gratuita ou onerosa.

#### 5.10.6. Investidura

Já a investidura é modalidade específica, mas sem correspondente no Direito Privado, a ponto de ter sido necessária a sua definição pela própria lei – art. 17, § 3º, da Lei nº 8.666/1993; sendo, portanto, a alienação da terra remanescente, aos proprietários lindeiros, de obra pública ou aos possuidores diretos de áreas anexas a usinas hidroelétricas.

Objetiva a investidura a alienação de terra que isoladamente não tem qualquer proveito econômico, salvo para o proprietário lindeiro.

Nesse caso, é inexigível a licitação.

#### 5.10.7. Incorporação

A Administração Pública pode instituir sociedades de economia mista e empresas públicas e para tanto é possível que lhe dê bens imóveis ou móveis para a sua constituição.

Ocorre, assim, a incorporação dos bens públicos, que reclama o registro da transferência quando se tratar de bem imóvel.

#### 5.10.8. Retrocessão

Pode ocorrer, ainda, de haver uma desapropriação e o motivo que lhe deu causa tenha desaparecido, perdendo-se, assim, o interesse no bem desapropriado. Nesse caso, a Administração Pública pode oferecê-lo ao antigo proprietário. É o instituto da retrocessão, que tem previsão na lei civil – art. 519 do Código Civil.

Uma vez que já houve avaliação para a desapropriação e o interessado é conhecido, não é exigível a licitação.

#### 5.10.9. Legitimação de posse

Por fim há a legitimação de posse que transfere o domínio do bem àquele que preenche os requisitos da Lei nº 6.383/1976, art. 29, a saber:

1. não ser proprietário rural;
2. morada permanente e cultura efetiva pelo prazo mínimo de um ano;
3. área de até cem hectares.

No entanto, para que o ocupante receba a terra, terá, além de preencher os requisitos anteriores, permanecer no imóvel por quatro anos com o título de Licença de Ocupação, e só após o transcurso desse prazo é que poderá adquirir a terra.

Ressalte-se, por derradeiro, que essa licença é intransferível por ato *inter vivos* e inegociável.

Podemos resumir as formas de transferência dos bens públicos no seguinte quadro:

Espécie	Licitação	Legislação
Venda	Exigida, mas pode ser dispensada	Art. 17, I, e e <i>f</i> , da Lei nº 8.666/1993, e art. 1.122 do CC
Doação	inexigível	Art. 538 do CC
Permuta	dispensada	Art. 533 do CC
Concessão de domínio	dispensada	Lei específica para a concessão e art. 188, § 1º, da CRFB
Investidura	Inexigível	Art. 17, §§ 3º, e 23, II, <i>a</i> , da Lei nº 8.666/1993
Incorporação	Inexigível	Lei nº específica
Retrocessão	Inexigível	Art. 519 do CC
Legitimação de posse	Inexigível	Lei 6.383/1976

### 6. Meios de defesa

Os bens públicos, assim como os bens particulares, podem ser esbulhados ou turbados; em decorrência dessa agressão o Poder Público poderá utilizar-se dos interditos possessórios previstos na lei civil e processual civil. Os interditos são, na realidade, os meios processuais utilizados pelo possuidor para defender a posse.

Segundo o desembargador Wilson Marques, em aula ministrada na Emerj, a turbacão: “é a lesão parcial na posse, cujo advento não acarreta a privação da posse, mas a molesta” por seu turno; o esbulho: “é a lesão total na posse, cujo advento acarreta a privação completa da posse”.

Diógenes Gasparini<sup>86</sup> também defende a possibilidade de o Poder Público utilizar-se dos meios de de-

<sup>86</sup> GASPARINI, *op. cit.*, p. 684.

fesa previstos para o particular que sofra lesão em sua posse:

De sorte que na defesa desses bens o Poder Público competente pode valer-se de todos os remédios jurídicos (manutenção de posse, reintegração de posse, mandado de segurança) previstos no ordenamento.

Quando o Poder Público for turbado na posse de qualquer bem integrante do seu patrimônio, ocasionando um impedimento no livre exercício da posse, caberá ação de manutenção na posse que visa à obtenção de um mandado judicial que faça cessar a turbacão, como também ao recebimento de indenização dos danos causados pelos atos do turbador.

Em caso de esbulho, a ação cabível é a reintegração de posse, que tem como objetivo específico a recuperação do bem, uma vez que o esbulho acarreta a perda da posse.

A doutrina e a jurisprudência, em especial do Tribunal de Justiça de Brasília, defendem que quando o bem esbulhado ou turbado for integrante da categoria dos bens de uso especial ou de uso comum, a Administração Pública poderá utilizar, para a retomada do bem, o atributo da autoexecutoriedade, ou seja, poderá sem prévia manifestação do Poder Judiciário retirar as pessoas que ocupam os imóveis públicos sem seu consentimento.

## 7. Bens públicos em espécie

Como vimos anteriormente, os bens públicos estão relacionados na Constituição Federal e em várias leis, como, por exemplo, o Código Florestal, o Código de Águas e o Decreto-lei nº 9.760/1946.

### 7.1. Terras devolutas

Há que se tratar, nesse momento, das terras devolutas.<sup>87</sup> Primeiramente devemos retornar à sua origem, que surge com o próprio descobrimento do Brasil, quando se institui o regime das capitanias hereditárias para que a terra fosse ocupada e cuidada. Tais terras eram concedidas às famílias que deveriam explorá-las e delas cuidar. Houve mudança do regime, passando-se a adotar as sesmarias, que *mutatis mutandis* objetivavam o mesmo fim: exploração da terra; e tiveram a mesma sina, serem tidas como ineficazes.

As sesmarias também eram concessões de terra, feitas pela própria Coroa ou pelo capitão-mor (titular da concessão da capitania hereditária), mas não obtiveram sucesso em razão da grande extensão de terra concedida a uma única pessoa.

Não foi, porém, em razão disto que a terra deixou de ser explorada, ao revés, terceiros estranhos ao regime da concessão ocuparam e cultivaram a terra.

Como as terras não foram ocupadas ou cuidadas, retornaram ao domínio da Coroa, denominando-se terras devolutas, porque devolvidas ao proprietário primitivo, autor da concessão.

A Lei nº 601 de 1850 instituiu a terra devoluta no nosso sistema legal. Afirmou em seu art. 3º o que é terra devoluta e assegurou ao possessor o domínio da terra possuída – art. 5º.

**Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império.**

*Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais. bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara D. Pedro II, por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brasil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós queremos a Lei seguinte:*

*Art. 1º. Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.*

*Exceptuam-se as terras situadas nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de 10 leguas, as quaes poderão ser concedidas gratuitamente.*

*Art. 2º. Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemsfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessorios entre heréos confinantes.*

*Paragrapho unico. Os Juizes de Direito nas correições que fizerem na forma das leis e regulamentos, investigarão se as autoridades a quem compete o conhecimento destes de-*

<sup>87</sup> José Arthur Diniz Borges assim se manifestou sobre Terras Devolutas: "Constituem uma das espécies do gênero terras públicas (ao lado de tantas outras, como terrenos reservados, terrenos de marinha, terras de índios etc.) e integram a categoria de *bens dominicais*, precisamente pelo fato de não terem qualquer destinação pública, significando, pois, que *são disponíveis X indisponibilidade das terras devolutas* (Exceção: Art. 225, § 5º da CF/1988: são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, *necessárias à proteção dos ecossistemas naturais*"). *Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 414.

lictos põem todo o cuidado em processal-os o punil-os, e farão effectiva a sua responsabilidade, impondo no caso de simples negligencia a multa de 50\$ a 200\$000.

*Art. 3ª. São terras devolutas:*

§ 1ª. *As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.*

§ 2ª. *As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do governo geral ou provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.*

§ 3ª. *As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei.*

§ 4ª. *As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.*

*Art. 4ª. Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do governo geral ou provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas.*

*Art. 5ª. Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo possessor, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes:*

§ 1ª. *Cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, comprehenderá, além do terreno aproveitado ou do necessario para pastagem dos animaes que tiver o possessor, outrotanto mais de terreno devoluto que houver contiguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual ás ultimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha.*

§ 2ª. *As posses em circumstancias de serem legitimadas, que se acharem em sesmarias ou outras concessões do governo, não incursas em commissio ou revalidadas por esta Lei, só darão direito á indemnização pelas bemfeitorias. Exceptua-se desta regra o caso do verificar-se a favor da posse qualquer das seguintes hypotheses: 1ª, o ter sido declarada boa por sentença passada em julgado entre os sesmeiros ou concessionarios e os posseiros; 2ª, ter sido estabelecida antes da medição da sesmaria ou concessão, e não perturbada por cinco annos; 3ª, ter sido estabelecida depois da dita medição, e não perturbada por 10 annos.*

§ 3ª. *Dada a excepção do paragrapho antecedente, os posseiros gozarão do favor que lhes assegura o § 1º, competindo ao respectivo sesmeiro ou concessionario ficar com o terreno que sobrar da divisão feita entre os ditos posseiros, ou considerar-se tambem possessor para entrar em rateio igual com elles.*

§ 4ª. *Os campos de uso commum dos moradores de uma ou mais freguezias, municipios ou comarcas serão conservados em toda a extensão de suas divisas, e continuarão a prestar o mesmo uso, conforme a pratica actual, emquanto por Lei não se dispuzer o contrario.*

*Art. 6ª. Não se haverá por principio do cultura para a revalidação das sesmarias ou outras concessões do governo, nem para a legitimação de qualquer posse, os simples roçados, derribadas ou queimas de mattos ou campos, levantamentos de ranchos e outros actos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura effectiva e morada habitual exigidas no art. antecedente.*

*Art. 7ª. O governo marcará os prazos dentro dos quaes deverão ser medidas as terras adquiridas por posses ou por sesmarias, ou outras concessões, que estejam por medir, assim como designará e instruirá as pessoas que devam fazer a medição, attendendo ás circumstancias de cada Provincia, comarca e municipio, o podendo prorogar os prazos marcados, quando o julgar conveniente, por medida geral que comprehenda todos os possuidores da mesma Provincia, comarca e municipio, onde a prorrogação convier.*

*Art. 8ª. Os possuidores que deixarem de proceder á medição nos prazos marcados pelo governo serão reputados cahidos em commissio, e perderão por isso o direito que tenham a serem preenchidos das terras concedidas por seus titulos, ou por favor da presente Lei, conservando-o sómente para serem mantidos na posse do terreno que occuparem com effectiva cultura, havendo-se por devoluto o que se achar inculto.*

*Art. 9ª. Não obstante os prazos que forem marcados, o governo mandará proceder á medição das terras devolutas, respeitando-se no acto da medição os limites das concessões e posses que acharem nas circumstancias dos arts. 4ª e 5ª.*

*Qualquer opposição que haja da parte dos possuidores não impedirá a medição; mas, ultimada esta, se continuará vista aos oppoentes para deduzirem seus embargos em termo breve.*

*As questões judicarias entre os mesmos possuidores não impedirão tão pouco as diligencias tendentes á execução da presente Lei.*

*Art. 10. O governo proverá o modo pratico de extremar o dominio publico do particular, segundo as regras acima estabelecidas, incumbindo a sua execução ás autoridades que julgar mais convenientes, ou a commissarios especiaes, os quaes procederão administrativamente, fazendo decidir por arbitros as questões e duvidas de facto, e dando de suas proprias decisões recurso para o Presidente da Provincia, do qual o haverá tambem para o governo.*

*Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar titulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por effeito desta Lei, e sem elles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem alienal-os por qualquer modo.*

Esses titulos serão passados pelas Repartições provinciaes que o governo designar, pagando-se 5\$ de direitos de Chancellaria pelo terreno que não exceder de um quadrado de 500 braças por lado, e outrotanto por cada igual quadrado que de mais contiver a posse; e além disso 4\$ de feito, sem mais emolumentos ou sello.

Art. 12. O governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1ª, para a colonisação dos indigenas; 2ª, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3ª, para a construção naval.

Art. 13. O mesmo governo fará organizar por freguezias o registro das terras possuidas, sobre as declarações feitas pelos respectivos possuidores, impondo multas e penas áquelles que deixarem de fazer nos prazos marcados as ditas declarações, ou as fizerem inexactas.

Art. 14. Fica o governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta publica, ou fóra della, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda, guardadas as regras seguintes:

§ 1ª. A medição e divisão serão feitas, quando o permitirem as circumstancias locais, por linhas que corram de norte ao sul, conforme o verdadeiro meridiano, e por outras que as cortem em angulos rectos, de maneira que formem lotes ou quadrados de 500 braças por lado demarcados convenientemente.

§ 2ª. Assim esses lotes, como as sobras de terras, em que se não puder verificar a divisão acima indicada, serão vendidos separadamente sobre o preço minimo, fixado antecipadamente e pago á vista, de meio real, um real, real e meio, e dous réis, por braça quadrada, segundo for a qualidade e situação dos mesmos lotes e sobras.

§ 3ª. A venda fóra da hasta publica será feita pelo preço que se ajustar, nunca abaixo do minimo fixado, segundo a qualidade e situação dos respectivos lotes e sobras, ante o Tribunal do Thesouro Publico, com assistencia do Chefe da Repartição Geral das Terras, na Provincia do Rio de Janeiro, e ante as Thesourarias, com assistencia de um delegado do dito Chefe, e com approvação do respectivo Presidente, nas outras Provincias do Imperio.

Art. 15. Os possuidores de terra de cultura e criação, qualquer que seja o titulo de sua aquisição, terão preferencia na compra das terras devolutas que lhes forem contiguas, comtanto que mostrem pelo estado da sua lavoura ou criação, que tem os meios necessarios para aproveitá-las.

Art. 16. As terras devolutas que se venderem ficarão sempre sujeitas aos onus seguintes:

§ 1ª Ceder o terreno preciso para estradas publicas de uma povoação a outra, ou algum porto de embarque, salvo o direito de indemnização das bemfeitorias e do terreno occupado.

§ 2ª. Dar servidão gratuita aos vizinhos quando lhes for indispensavel para sahirem á uma estrada publica, povo-

ação ou porto de embarque, e com indemnização quando lhes for proveitosa por incurtamento de um quarto ou mais de caminho.

§ 3ª. Consentir a tirada de aguas desaproveitadas e a passagem dellas, precedendo a indemnização das bemfeitorias e terreno occupado.

§ 4ª. Sujeitar ás disposições das Leis respectivas quaesquer minas que se descobrirem nas mesmas terras.

Art. 17. Os estrangeiros que comprarem terras, e nellas se estabelecerem, ou vierem á sua custa exercer qualquer industria no paiz, serão naturalizados querendo, depois de dous annos de residencia pela forma por que o foram os da colonia de S. Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda Nacional dentro do municipio.

Art. 18. O governo fica autorizado a mandar vir annualmente á custa do Thesouro certo numero de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração publica, ou na formação de colonias nos lugares em que estas mais convierem; tomando anticipadamente as medidas necessarias para que taes colonos achem emprego logo que desembarcarem.

Aos colonos assim importados são applicaveis as disposições do art. antecedente.

Art. 19. O producto dos direitos de Chancellaria e da venda das terras, de que tratam os arts. 11 e 14 será exclusivamente applicado: 1ª, á ulterior medição das terras devolutas e 2ª, a importação de colonos livres, conforme o art. precedente.

Art. 20. Emquanto o referido producto não for sufficiente para as despesas a que é destinado, o governo exigirá annualmento os creditos necessarios para as mesmas despesas, ás quaes applicará desde já as sobras que existirem dos creditos anteriormente dados a favor da colonisação, e mais a somma de 200\$000.

Art. 21. Fica o governo autorizado a estabelecer, com o necessario Regulamento, uma Repartição especial que se denominará – Repartição Geral das Terras Publicas – e será encarregada de dirigir a medição, divisão, e descrição das terras devolutas, e sua conservação, de fiscalisar a venda e distribuição dellas, e de promover a colonisação nacional e estrangeira.

Art. 22. O governo fica autorizado igualmente a impor nos Regulamentos que fizer para a execução da presente Lei, penas de prisão até tres mezes, e de multa até 200\$000.

Art. 23. Ficam derogadas todas as disposições em contrario. Mandamos, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento, e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente, como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios do Imperio a faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 18 dias do mez de Setembro de 1850, 29ª da Independencia e do Imperio.

*IMPERADOR com a rubrica e guarda. Visconde de Mont'alegre.*

*Carta de lei, pela qual Vossa Magestade Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral, que Houve por bem Sanccionar, sobre terras devolutas, sesmarias, posses e colonisação.*

*Para Vossa Magestade Imperial Ver. João Gonçalves de Araujo a fez. Euzebio de Queiroz Coituihu Mattoso Camara.*

*Sellada na Chancellaria do Imperio em 20 de Setembro de 1850. – Josino do Nascimento Silva.*

*Publicada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em 20 de setembro de 1850. – José de Paiva Magalhães Calvet.*

*Registrada á fl. 57 do livro 1º do Actos Legislativos. Secretaria d'Estado dos Negocios do Imperio em 2 de outubro de 1850. – Bernardo José de Castro*

Assim, possuímos o sistema de terras abandonadas anteriores à Lei nº 601/1850 e o sistema das terras devolutas instituído pela lei referida, quando é preciso proceder à ação discriminatória para que a terra seja considerada devoluta e pertencente ao Poder Público.

As terras devolutas pertenciam, todas, à Coroa.

A Constituição de 1891, republicana, transferiu o domínio das terras devolutas para os Estados, com exceção das áreas de fronteiras.

E durante longos anos era possível sustentar a impossibilidade do usucapião incidir sobre as terras devolutas, por força dos Decretos-leis nºs 22.785, de 31/05/1935, e 9.760/1946. Nessa mesma época, o Supremo Tribunal Federal editou o verbete da Súmula nº 340: “Desde

a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens público, não podem ser adquiridos por usucapião.”

Assim, pôs-se fim à aplicação da Lei nº 601/1850, a princípio.

Quando há uma nova carta constitucional um novo sistema jurídico instala-se na esfera jurídica da nação, tal como ocorreu com o advento da Constituição de 1988, em que o seu art. 188 instituiu duas espécies de terras: as públicas e as devolutas.

Para o professor Silvio Rodrigues, a Constituição de 1988 criou outra espécie de bem público, no entanto, devemos observar que a Lei nº 601/1850 foi recepcionada por aquela Carta, e, portanto, após a ação discriminatória a terra, então sem dono, tornar-se-á bem público dominical.

Essa é a questão mais tormentosa a envolver a terra devoluta, a incidência ou não do usucapião, assim, pelo dito, entendemos ser possível usucapir a terra que não tenha dono e que não tenha sido objeto de ação discriminatória.

Mas para a maioria da doutrina a terra devoluta é espécie de bem dominical e, portanto, insuscetível de ser usucapida.<sup>88</sup>

De acordo com o ordenamento constitucional, que seguindo orientações que datam de 1891, afirma pertencerem tais terras aos Estados, ressaltando aquelas áreas que são indispensáveis à proteção nacional, e as referentes à proteção ambiental, enfim, relacionadas no art. 20, II, da Constituição da República.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Confira-se a lição de José Arthur Diniz Borges sobre Usucapião sobre Terras Devolutas:

*1ª Corrente:* (majoritária) Existe uma presunção em favor da propriedade pública, cabendo ao interessado provar que a terra era do domínio particular (presunção *iuris tantum* = cabe ao particular, interessado em adquiri-la por usucapião *provar que a terra não é devoluta*, porque adquirida por meio de título legítimo). Tal tese decorre do próprio conceito de terras devolutas que se conceituam por exclusão: “são aquelas que nunca entraram, legitimamente, no domínio particular”. O Estado nada tem que provar, mesmo porque não há meios de prova hábeis para demonstrar que a terra não é de particular, a não ser por meio da Ação Discriminatória. No Brasil, a presunção é que a origem das terras, todas elas, eram do patrimônio público; de modo que, ou os particulares as adquiriram mediante concessão, doação, venda, legitimação de posse ou usucapião (no período permitido), ou elas têm que ser consideradas públicas e insuscetíveis de usucapião. *2ª Corrente:* Cabe ao Poder Público fazer a prova de que se trata de terra devoluta, não sendo a simples ausência de transcrição imobiliária em nome de terceiros suficiente para essa finalidade. *Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 416-17.

<sup>89</sup> Informativo 274 (ACO-477) – Título Propriedade de Terras Devolutas – Artigo

O Tribunal, julgando procedente ação cível originária ajuizada pelo Incra contra o Estado do Tocantins em que se discutia se as terras sob litígio eram do referido Estado ou da União, declarou a nulidade de títulos de propriedade rural expedidos em favor de particulares pelo Instituto de Terras do Estado do Tocantins – Itertins, bem como o cancelamento de suas matrículas e respectivos registros, por serem as glebas em causa patrimônio da União. Reconhecendo a constitucionalidade do Decreto-lei nº 1.164/1971, que declarou indispensáveis à segurança e ao desenvolvimento nacionais as terras devolutas situadas na área em questão, o Tribunal entendeu que as glebas em causa não passaram para o domínio do Estado-membro com a edição do Decreto-lei 2.375/1987 – que passara a incluir tais terras entre os bens do Estado –, uma vez que foram excetuadas de sua incidência aquelas terras que já estivessem registradas em nome de pessoa jurídica pública e configurassem objeto de situação jurídica constituída (na espécie, a área estava registrada em nome da União e era objeto de projeto de loteamento). ACO 477/TO; Rel. Min. Moreira Alves. (ACO-477)

Ainda com referência ao usucapião de terra devolutas, é preciso ressaltar a existência de dispositivo infra-constitucional que permite o usucapião de terra devoluta rural – Lei nº 6.969/1981.<sup>90</sup>

Terras devolutas, também denominadas terras vagas, são aquelas terras que pertencem ao domínio público de qualquer das entidades estatais, e que não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos, sendo todavia, indispensáveis à defesa das fronteiras, às fortificações e construções militares, às vias de comunicação e à preservação ambiental. São, portanto, incluídas na categoria de bens dominicais.

Algumas terras devolutas pertencem à União, conforme art. 20, inciso II, da Constituição e Decreto-lei nº 9.760/1946. Por exclusão, as que não pertencerem à União, pertencem aos Estados, art. 26, inciso IV, da Carta Magna.

De acordo com a lição do ilustre professor e doutrinador Cláudio Brandão,<sup>91</sup> existe controvérsia sobre a possibilidade das terras devolutas serem usucapidas; no entanto sustenta ser a melhor doutrina aquela que não admite, uma vez que:

[...] não é justo que a natural impossibilidade de vigilância sobre todas as terras que não recebem destinação pública no Brasil permita ao particular obter o domínio em detrimento dos interesses de toda a sociedade.

As terras devolutas são de difícil localização e não têm seus limites claramente delimitados, por isso necessitam ser demarcadas e separadas. Para tal, o ente estatal proprietário das terras utilizará o processo discriminatório, previsto na Lei nº 6.383/1976, que é composto de uma fase administrativa e outra judicial. Ao fim do processo, será providenciado o registro das terras devolutas já discriminadas quanto a sua localização, extensão e limites.<sup>92</sup>

## 7.2. Terrenos de marinha

Outra espécie de bens públicos são os terrenos de marinha, que são áreas que pertencem à União conforme determinado pela Constituição da República art. 2º, VII, pois essas são terras que se destinam à segurança de defesa nacional.

São terrenos de marinha as áreas banhadas ou pelos rios navegáveis ou pelos mares. O Aviso Imperial de 12/07/1833 fixou a área em 33 metros de distância para a área terrestre a ser medido da linha do preamar médio de 1831.

O Decreto-lei nº 9.760/1946, ainda em vigor, manteve o mesmo limite com o mesmo ponto de referência.

Mas para que a área seja considerada terreno de marinha é preciso que seja discriminada no Serviço de Patrimônio da União – SPU, e só por ação judicial poderá ser descaracterizada como tal bem público.

Como já dito, essas são áreas que se destinam à segurança nacional, mas que, com progresso e urbanização das cidades, tornaram-se urbanas, com a permissão para a sua ocupação.

Hoje, todo centro urbano que fica às margens dos mares tem a sua orla ocupada por residências ou centros de trabalho. E, por ser área pública, a sua utilização se dá pelo regime da enfiteuse, que, embora banida da legislação civil, persiste apenas para essa espécie de bem público, conforme previsão do § 2º, do art. 2.038, do Código Civil.

Os terrenos acrescidos são aqueles que se formam, tal como a acessão, só que o fenômeno natural ou artificial dá-se ao lado do terreno de marinha.

Pertencem tais áreas, de igual forma, à União, e sua previsão está no art. 20, VII, da Constituição da República, e no Decreto-lei nº 9.760/1946.

De acordo com a definição do Código de Águas, art. 13, são terrenos de marinha: “todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até

<sup>90</sup> Informativo 116 – Título Aldeamento Indígena Antigo e Usucapião

A Turma confirmou acórdão do TRF da Terceira Região que excluía a União Federal da relação processual em ação de usucapião de imóvel situado em extinto aldeamento de índios (de São Miguel e Guarulhos) uma vez que este fora abandonado pelos indígenas antes do advento da Constituição de 1891, passando, assim, na qualidade de terras devolutas, ao domínio do Estado de São Paulo (CF/1891, art. 64). RE nº 212.251/SP; Rel. Min. Ilmar Galvão.

Súmula nº 477 – STF PG:05929 Texto

As Concessões de Terras Devolutas Situadas na Faixa de Fronteira, Feitas pelos Estados, Autorizam, Apenas, o Uso, Permanecendo o Domínio com a União, Ainda que se Mantenha Inerte ou Tolerante, em Relação aos Possuidores.

<sup>91</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 175.

<sup>92</sup> Art. 20, II, da Constituição Federal: “São bens da União: as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.” “Art. 26, da Constituição: Incluem-se entre os bens dos Estados: as terras devolutas não compreendidas entre as da União.”

33 metros para a parte das terras, contados desde o ponto em que chega o preamar médio”.

Os doutrinadores, entre eles Celso Antonio Bandeira de Melo,<sup>93</sup> conceituam terrenos de marinha como:

faixas de terra de 33 metros de profundidade, contados horizontalmente, a partir da linha do preamar de 1831, para o interior das terras banhadas pelo mar – sejam continentais, costeiras ou de ilhas –, ou pelos rios e lagos que sofram a influência das mares, entendendo-se como tal a oscilação periódica em seu nível de águas. Em qualquer época do ano, desde que não inferior a cinco centímetros, e decorrente da ação da marés.

A Constituição Federal, no art. 20, inciso VII, afirma que os terrenos de marinha são bens da União, pertencentes à classe dos bens dominicais do seu patrimônio. Eles têm sido objeto de arrendamento perpétuo a particulares, ou seja, aforamento administrativo, mediante o pagamento de um foro anual.

Cumprir lembrar que, no aforamento administrativo ou enfiteuse, o dono do terreno, no caso a União, é denominado senhorio direto e continua com a propriedade do bem, mas o domínio útil é transferido para o enfiteuta ou foreiro, que poderá agir como se fosse o proprietário, ou seja, poderá usá-lo, gozá-lo e dispor dos frutos.

### 7.3. Terrenos marginais ou reservados

Há, ainda, os terrenos reservados ou marginais, cuja duplicidade na nomenclatura surgiu da normatização por duas leis diferentes: o Código de Águas – Decreto nº 24.643/1934, art. 31; e o Decreto-lei nº 9.760/1976, art. 4º. Ambas as normas afirmam tratar-se de áreas banhadas por correntes navegáveis fora do alcance das marés, numa distância de 15 metros para a terra, contados a partir da linha média das enchentes ordinárias.

Ocorre que o Código de Águas afirma que estas são áreas pertencentes aos Estados, enquanto o Decreto nº 9.760/1946 afirma tratar-se de área da União. Apesar de parecer questão insolúvel, há solução no sentido de que tais áreas pertencem aos Estados, sem afastar, contudo, aquelas áreas que por razão de transferência pertençam à União ou ao Distrito Federal.

A matéria gerou tanta controvérsia que o STF editou o verbete da Súmula nº 479, que diz: “as margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de

expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização”.

Mas, a súmula não se aplica às populações ribeirinhas que possuam título de domínio da área ocupada.

Terrenos reservados ou marginais são os que se situam ao lado dos rios navegáveis, fora do alcance das marés, até uma distância de 15 metros contados desde a linha média das enchentes ordinárias, conforme art. 14 do Código de Águas.

A Lei nº 1.507, de 26/09/1867, regulamenta a matéria, estabelecendo o art. 39: “fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior e o governo autorizado para concedê-la em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos da marinha.”

A Carta Magna em seu art. 20, inciso III, arrola como bem da União:

*[...] os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, ou sirvam de limite com outros países, ou que se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.*

O Decreto-lei nº 9.760/1946 também disciplina os terrenos marginais ou reservados, conforme se extrai dos art. 1º, alíneas b e c, e art. 4º.

Portanto, são faixas de terras que margeiam rios, lagos e canais públicos, e de acordo com a Súmula do STF de nº 479, são pertencentes ao domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização. José dos Santos Carvalho Filho<sup>94</sup> lembra que a Súmula do STF deve ser interpretada com reservas, ou seja, excluindo de sua abrangência: “as áreas marginais que houverem sido legitimamente transferidas pelo Poder Público ao domínio privado”, pois para o STF todos os terrenos marginais são do domínio público federal.

Por fim, os terrenos reservados não mereceram previsão ou proteção constitucional.

### 7.4. Terrenos indígenas

O art. 20, inciso XI, da Constituição Federal, inclui entre os bens da União as terras tradicionalmente ocu-

<sup>93</sup> Apud Cláudio Brandão de Oliveira, 2002, p. 174.

<sup>94</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 810.

padas pelos índios e o art. 231, § 1º, também, da Constituição, traz um conceito dessas terras:

*São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.*

Essas terras destinam-se à posse permanente dos índios, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, de acordo com art. 231, § 2º, da Constituição.

O Decreto nº 1.775/1996 dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências, assim como a Lei nº 6.001/1973, denominada Estatuto do Índio, que disciplina as terras pertencentes às comunidades indígenas, ambos em conformidade com a Lei Maior, apesar de existirem doutrinadores, entre eles Hely Lopes Meirelles,<sup>95</sup> que defendem a revisão urgente da Lei nº 6.001/1973, por entenderem que a lei está em confronto com as regras constitucionais.

Anota José dos Santos Carvalho Filho<sup>96</sup> que as terras ocupadas pelos índios estão enquadradas na categoria de bens de uso especial, uma vez que essas terras estão afetadas a uma finalidade pública, qual seja, a de proteção aos remanescentes da grande população indígena brasileira.<sup>97</sup>

A definição de tais terras como bem público visa à proteção da cultura e do povo indígena. Há, nessa proteção, um interesse público, portanto, tal bem é de uso especial.

Mas para que seja considerada terra indígena tem que haver a demarcação, tornando-se a área demarcada, automaticamente, bem público de uso especial.

A Constituição da República assegura as terras indígenas com a fixação de certas regras especiais e específicas:<sup>98</sup>

1. posse permanente;
2. usufruto das riquezas naturais;

3. inalienabilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade;
4. irremovabilidade;
5. nulidade dos atos jurídicos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas;
6. participação dos índios nos resultados de lavra de riquezas minerais.

## 7.5. Ilhas

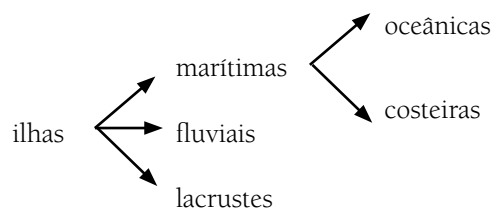
De acordo com o art. 20, inciso IV, da Lei Maior, pertencem à União as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II, isto é, as áreas que a própria Constituição arrola como sendo dos Estados-Membros.

As ilhas (porções de terra cercada por água de todos os lados) podem ser classificadas em marítimas, quando surgirem do mar territorial; fluviais, referindo-se aos rios; e lacustres, quando o surgimento for em lagos.

As ilhas marítimas se dividem em oceânicas ou costeiras. Estas são prolongamento do relevo continental ou da plataforma continental; aquelas são localizadas em posição distante da costa e sem ligação com a plataforma continental.

Odete Medauar<sup>99</sup> sustenta que: “se não estiverem afetadas ao uso comum ou uso especial, as ilhas figuram entre os bens dominicais. Podem ser objeto de concessão, permissão ou autorização de uso”.

Já o inciso VII do art. 20 da CRFB faz menção às espécies de ilhas, que também são bens públicos e se dividem da seguinte forma:



<sup>95</sup> MEIRELLES, *op. cit.*, p. 490.

<sup>96</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 810.

<sup>97</sup> Ementa: “Recurso Extraordinário. Constitucional. Usucapião. Perímetro de Aldeamento Indígena. Manifestação de Interesse da União Federal. Incompetência da Justiça Comum para Avaliação do Pedido. 1. Ação de reconhecimento de domínio sobre imóvel situado no perímetro de aldeamento indígena. Manifestação de interesse da União, perante a Justiça Estadual. Somente à Justiça Federal cabe avaliar a realidade ou não desse interesse. 2. Incompetência da Justiça Comum para exame da pretensão. Recurso conhecido e provido” (RE nº 197628/SP – São Paulo – Recurso Extraordinário; Rel.(a): Min. Mauricio Correa).

<sup>98</sup> Ementa: Bens da União. Terras. Aldeamentos Indígenas. Art. 20, incisos I e XI, da Carta da República. Alcance. As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas” (RE nº 219983/SP – São Paulo – Recurso Extraordinário; Rel.(a): Min. Marco Aurélio).

<sup>99</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 282.



A propriedade das ilhas marítimas, qualquer espécie que seja, pertence à União, sem, contudo, haver óbice ao domínio por parte dos Estados e Municípios.

Já as ilhas fluviais e lacustres pertencem ao Estado em que estiver situada, por força do art. 26, III, da CRFB. Mas haverá casos em que essas ilhas poderão ser de domínio da união. A exceção apresenta-se no inciso IV do art. 20 da CRFB.

Art. 20...

...

IV – As ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II;

Mas nada impede que a ilha, seja de que espécie for, pertença a particular desde que lhe tenha sido transferido o domínio.

## 7.6. Plataforma continental

Outro bem público peculiar é a plataforma continental, que não recebeu proteção constitucional expressa tal como havia na Constituição anterior, está incluída nessa categoria por força do art. 20, I, da CRFB.

A plataforma continental é a área sob o mar até a profundidade de 200 metros.

Entre os bens da União, previstos na Constituição da República, estão os recursos naturais da plataforma continental, segundo inciso V do art. 20.

Pode-se conceituar a plataforma continental como sendo um prolongamento natural das terras continentais ou insulares, por baixo das águas do mar, em extensão variável, segundo a legislação de cada país.

Por sua vez, a plataforma continental, conforme expresso no art. 11, da Lei nº 8.617/1993, é definida como:

*O leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.*

O Brasil exerce sobre ela direitos de soberania para efeito de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais, conforme dispõe o parágrafo único do art. 12 da lei supramencionada.

Esse bem público tem relevância suprema, pois visa à proteção do território nacional e dos recursos naturais – minerais e animais, que ali se encontram. Esses recursos foram protegidos pela Constituição da República no art. 20, V.

## 7.7. Faixa de fronteiras

Faixa de fronteira é definida como sendo uma faixa de 150 km de largura, ao longo das fronteiras terrestres consideradas fundamentais para defesa do território nacional, de acordo com o art. 20, § 2º, da Constituição brasileira em vigor, cuja ocupação e utilização são reguladas em lei como servidão administrativa.

Nessas faixas, as alienações e as construções ficam sujeitas às limitações impostas pelos regulamentos militares e leis de defesa do Estado.

O § 2º do art. 20 da CRFB define o que é faixa de fronteira – 150 quilômetros de largura ao longo das fronteiras terrestres. E a sua finalidade é a proteção do território nacional.

Ressalte-se que há nessa área bens que pertencem a particular ou outro ente federativo, sem que isso impeça a defesa nacional, apenas há que se observar as limitações que se impõem ao uso dessa propriedade.

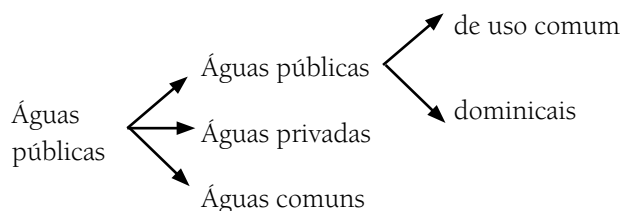
O uso particular das terras devolutas situadas nas fronteiras gerou muitas discussões, o que fez com que o STF editasse o verbete da Súmula nº 477:

*As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feita pelos Estados, autorizam, apenas, o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante em relação aos possuidores.<sup>100</sup>*

Como já dito antes, as terras situadas nas fronteiras podem ser alienadas, e junto com as restrições que sofrem tem normatização na Lei nº 6.634/1979.

## 7.8. Águas

As águas públicas são outra espécie de bem público e se dividem, de acordo com o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) em:



<sup>100</sup> Ementa: “A Decisão Recorrida Observou o Código de Águas, art. 60, §§ 3º e 4º, Quando, a Respeito de Águas Públicas, Negou Ação Possessória ao Particular sem Título de Concessão ou outro Equivalente” (RE 7508/SP – São Paulo – Recurso Extraordinário; Rel.(a): Min. Hahnemann Guimarães).

São públicas as águas que pertencem ao Poder Público, mas de uso comum são aquelas que integram os lagos, os cursos de água naturais que sejam navegáveis ou fluviáveis. Já as águas dominicais são todas aquelas situadas em áreas dominicais.

Há uma legitimação concorrente entre a União e os Estados no domínio das águas, que a própria Constituição da República houve por bem separar.

União → art. 20, III, da CRFB

Estado → art. 26, I, da CRFB

Para que as águas pertençam ao domínio da União, é preciso observar os seguintes requisitos:

1. estejam em terrenos de seu domínio;
2. banhem mais de um Estado;
3. façam limites com outros países;
4. se estendam a território estrangeiro ou dele provenham.

Estados terão o domínio das águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito.

O Município foi excluído do domínio das águas por não haver expressa previsão constitucional sobre o tema, portanto, forçoso é entender que o art. 29 do Código de Águas não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Embora os Estados tenham o domínio de águas públicas, a competência legislativa é privativa da União, conforme se verifica no art. 22, VI, da CRFB, incluindo-se a instituição de gerenciamento de recursos hídricos e os critérios para a concessão do uso das águas públicas. Assim, editou-se a Lei nº 9.433/1997, que regulamenta o art. 21, XIX, da Constituição da República.

Hoje é a ANA – Agência Reguladora de Águas que cuida dos recursos hídricos de domínio da União.

Concluimos, por fim, que todas as normas atinentes aos bens públicos aplicam-se a todas as esferas da Administração Pública, incluindo nesse conceito os poderes Judiciário e Legislativo.

## Conclusão

Procuramos estabelecer um estudo entre os bens públicos e as regras previstas no atual Código Civil,

como também sua relação com os princípios regentes da Administração Pública, em especial o princípio da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Diante do que foi exposto anteriormente, pode-se inferir que, antes do advento do atual Código Civil, a matéria sobre bens públicos apresentava inúmeras controvérsias quanto ao que seria considerado bem público, uma vez que se referia apenas a três entes federativos e não contemplava as entidades da Administração indireta, que, apesar de não integrarem a Federação, possuem personalidade jurídica de pessoa jurídica de Direito Público, como as autarquias.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, em janeiro de 2003, os bens públicos que antes estavam disciplinados no Código de 1916 nos arts. 65 a 68, passaram a ser previstos nos arts. 98 a 103. Acredita-se que a discussão acerca do alcance do conceito de bens públicos se tornou ultrapassada, conforme se depreende do art. 98, pois o legislador adotou a corrente doutrinária que determina serem públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público, sejam integrantes da Federação ou de entidade da Administração indireta, excluindo somente as pessoas jurídicas de Direito Privado, mesmo que integrantes da Administração indireta do Estado.

Restou claro, também, que o interesse público sempre deve estar presente em qualquer ato praticado pela Administração Pública, uma vez que a existência do Estado é justificada pela necessidade de atender a certos interesses coletivos, que os indivíduos sozinhos não podem alcançar.

Não se buscou, obviamente, esgotar o tema. Todavia, procurou-se abordar as questões divergentes na doutrina e na jurisprudência, e apresentar quando possível, soluções para as controvérsias, ou ainda, demonstrar a tese predominante, na doutrina e tribunais, com seus fundamentos jurídicos, visando, sempre, colaborar com os operadores do Direito a dirimir as questões que lhes surgem sobre bens públicos.