

DIREITO ADMINISTRATIVO

DIREITO ADMINISTRATIVO

DIÓGENES GASPARINI

8ª EDIÇÃO
EDITORA SARAIVA

2003

DIÓGENES GASPARINI

Professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Direito Administrativo

8ª edição, revista e atualizada

2003

Editora

Saraiva

ISBN 85-02-04044-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Brasil

1. Título

02-3088

CDU-35

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo 35

3414

OBRAS DO AUTOR

LIVROS

Poder regulamentar. São Paulo, Bushatsky, 1978; 2. ed. Revista dos Tribunais, 1982.
O município e o parcelamento do solo. São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, 1982; 2. ed. Saraiva, 1988.

Regularização de loteamento e desmembramento. São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, 1983; P reimpr. 1985; 2 reimpr. 1986; 3 reimpr. 1990; 4 reimpr. 1991; 5 reimpr. 1992; 6 reimpr. 1993.

Lei orgânica municipal — esboço. São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, 1990.

Crimes na licitação. São Paulo, Ed. NDJ, 1996; 2. ed. 2002.

Comissões de licitação. São Paulo, Ed. NDJ, 1997; 2. ed. 2001.

Estatuto da Cidade. São Paulo, Ed. NDJ, 2002.

OBRAS EM CONJUNTO

Breves anotações à Constituição de 1988. Supervisão técnica de Yara Dary Police Monteiro. São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, em co-edição com a Editora Atlas, 1990.

Direito administrativo na década de 90 — Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. J. Cretella Junior. Coords. Antonio A. Queiroz Teiles e Edmur Netto de Araújo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

Direito administrativo e constitucional — Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Org. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo, Malheiros. 1997.

Curso avançado de licitações e contratos. Coord. Toshio Mukai. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

Estatuto da Cidade. Coords. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo, Malheiros, 2002.

VERBETES

- Permissão de serviço público — II. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 58.
- Permissão de uso de bem público — II. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 58.
- Portaria. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Prisão administrativa. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Provimento. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro. v. 1.
- Quadro de pessoal. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1
- Regimento. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Regulamento. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Remuneração. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Serviços municipais. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 68.
- Servidão administrativa. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Sociedade de economia mista. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Terras devolutas. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Terreno de marinha. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 72.
- Terrenos de marinha. In: Enciclopédia do Direito Brasileiro, v. 1.
- Tombamento — II. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 74.
- Vereador. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 77.

ESTUDOS

O lote mínimo no desdobre de terrenos urbanos. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 10, 1982.

Loteamento em condomínio. *RDP*, v. 63, 1982.

Aquisição de bens imóveis pelo município. *RDP*, v. 66, 1983.

Alinhamento urbanístico: aspectos jurídicos. *RDP*, v. 67, 1983.

Desmembramento e anexação de território municipal. *RDP*, v. 72, 1984,

Criação de município. *RDP*, v. 73, 1985.

Criação de distritos administrativos. *RDP*, v. 75, 1985.

Pagamento amigável da desapropriação. *Administração Paulista*, v. 38, 1985.

Associação de utilidade pública: declaração. *RDP*, v. 77, 1986.

Competência estadual no transporte de cadáveres. *RDP*, v. 82, 1987.

Concessão de direito real de uso. *RDP*, v. 92, 1989.

Comissão de licitação. *RDP*, v. 95, 1990.

A estabilidade provisória dos professores universitários. *Informativo Municipalista*, n. 2, 1990.

Requisitos de habilitação na licitação. *Informativo Municipalista*, n. 3, 1990. Licitação e padronização. *Boletim de Licitações e Contratos*, Ed. NDJ, n. 4, abr. 1991.

VIII

Pagamento antecipado nos contratos administrativos. *RDP*, v. 97, 1991. Polícia de trânsito. Competência e indelegabilidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 36, 1991.

As guardas municipais na Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, v. 113, 1992.

A dimensão da revisão constitucional. *RTDP*, v. 4, 1993; e *RT*, *Caderno de Direito Constitucional*, n. 3, 1993.

Responsabilidade do poder público municipal na segurança pública em face da revisão da Constituição Federal. *A Força Policial*, n. 2, 1994.

Municipalização do trânsito: impossibilidade. *A Força Policial*, n. 1, 1994.

Qualificação econômico-financeira: balanço patrimonial e demonstrações contábeis. *Boletim de Licitações e Contratos*, n. 5, maio 1995.

Eleições 96: contratação e nomeação de servidores. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 6, jun. 1996.

Validade das contratações em condições diversas do edital e da proposta. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 3, 1997.

Do registro de preços nas contratações públicas. In: *Direito administrativo e constitucional; estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Org. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo, Malheiros. 1997.

Novo Código de Trânsito — Os municípios e o policiamento. *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 130, jul./set. 1998.

Prazo e prorrogação do contrato de serviço continuado. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 4, 1998.

Alterações da lei do parcelamento do solo urbano. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 46, 1999.

Aspectos jurídicos e importância do orçamento público. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 6, t. 1, 2000.

Direito de preempção. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 51, 2001.

PARECERES

Denominação de vias e logradouros públicos — competência. RDP, v. 34, 1975.
 Referenda: sua necessidade nos atos municipais. RDP, v. 37/38, 1976.
 Exoneração de funcionário em gozo de férias ou licença-prêmio. RDP, v. 43/44, 1977.
 Muro divisório. RDP, v. 47/48, 1978.
 Bem público - desafetação - doação. RDA, v. 137, 1979.
 Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado — competência. RDF, v. 63, 1982.
 Loteamento municipal — inexigibilidade de concorrência para vendas de lotes. RDP, v. 64, 1982.

IX

Loteamento em condomínio. RDF, v. 68, 1983.
 Funcionário público estadual eleito vereador — opção pelos subsídios ou pelos vencimentos. RDP, v. 71, 1984.
 Multa de trânsito e de trânsito. RDP, v. 74, 1985.
 Lei municipal — inconstitucionalidade. RDP, v. 78, 1986.
 Bem público municipal — alienabilidade. RDP, v. 81, 1987.
 Contrato de direito privado. Impossibilidade de rescisão pela Administração Pública. RDP, v. 83, 1987.
 Concessão de serviço público municipal. RDP, v. 84, 1987.
 Zoneamento urbano. RDF, v. 93, 1990.
 Comissão de licitações. RDP, v. 95, 1990.
 Guarda municipal. RDP, v. 96, 1990.
 Vantagens funcionais pecuniárias. Revista CEPAM, n. 4, 1991.
 Habilitação: regularidade fiscal. Prova de quitação com a Fazenda Federal. Boletim de Licitações e Contratos, Ed. NDJ, n. 8, ago. 1991.
 Pagamento antecipado nos contratos administrativos. RDP, v. 97, 1991.
 Licitações e padronizações. RDP, v. 98, 1991.
 Tomada de preços. Valor superior ao limite, verificado na execução do contrato: legalidade. CLC, n. 3, 1994.
 Padronização. Boletim de Licitações e Contratos, n. 5, maio 1996.
 Secretário municipal — cargo em comissão — aposentadoria. Boletim de Direito Municipal, n. 8, ago. 1996.
 Edital de licitação — validade. Informativo Licitações Contratos, n. 29, jul. 1996.
 Contratação sem licitação. Boletim de Licitações e Contratos, n. 9, set. 1997.
 Ata de Registro de Preços. Boletim de Licitações e Contratos, n. 2, fev. 1998.
 Rescisão contratual. Boletim de Licitações e Contratos, n. 3, mar. 1999.
 Terceirização de serviço jurídico. Boletim de Licitações e Contratos, n. 5, maio 1999.
 Serviço público. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 5, 1999.

X

APRESENTAÇÃO

Conheci Diógenes Gasparini por meio de uma tese ousada — Poder regulamentar com que se doutorou em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 1976.

Tive a satisfação de compor a Banca que o examinou. Fui à arguição já impressionado pelos argumentos escritos que lera em favor da afirmação dos regulamentos autônomos do Direito brasileiro. E especialmente agrado com a sistematização de seu estudo sobre os regulamentos no Brasil.

Embora discordando da tese que sustentava a presença dos regulamentos autônomos na Constituição então vigente, fui examiná-lo com a disposição de aprová-lo em razão do vigor dos argumentos que apresentou.

Essa convicção mais se acentuou com a defesa que Diógenes Gasparini fez do seu trabalho. Clara, límpida, segura, didática: foi a impressão que recolhi de sua sustentação oral. Tal fato me permitiu que, desde então, reconhecesse em Diógenes Gasparini o jurista de argumentos sólidos e lógicos e o sustentador que, convencido de seus fundamentos, debate com a certeza de quem sabe.

Professor da Pontifícia Universidade Católica e da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo na área de Direito Administrativo, sempre ouvi de seus alunos a palavra de elogio pela didática que utiliza e pelo entusiasmo que a todos transmite.

No plano profissional, Gasparini. Advogado-Sênior da Fundação Prefeito Faria Lima, o tradicional Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (CEPAM) de São Paulo, tem dado extraordinária contribuição aos estudos de Direito Público. Sua pena versou temas controvertidos de Direito Constitucional, Administrativo, Urbanístico e Municipal, dando sempre a solução mais compatível com o sistema normativo e prestando inegável colaboração aos estudiosos do Direito Público mediante a publicação de seus pareceres na Revista de Direito Público, na Revista de Direito Administrativo e na Administração Municipal.

XI

Ainda na função profissional que desempenha no CEPAM, Diógenes Gasparini presta inequívocos serviços a inúmeros Municípios do Estado de São Paulo e de outros

Estados, uma vez que é precisamente de seus escritos que surge a orientação para os mais intrincados problemas envolveres da atividade municipal.

É da plêiade de juristas que não se alardeiam. Seu prestígio, como tal, vem sendo conquistado pouco a pouco. Porém, como ocorre nesses casos. solidamente e com o respeito de todos.

Seus livros —Poder regulamentar (2. ed.), O município e o parcelamento do solo (2. ed.) e Regularização de loteamento e desmembramento (com três reimpressões) — fazem parte do caminho por ele traçado para posicionar-se entre os juristas e escritores de maior peso e suposição.

É, portanto, com a maior alegria de estudioso de Direito Público que apresento seu novo trabalho: Direito administrativo, onde o autor faz estudo baseado na Constituição de 1988 de forma didática, para que os alunos dos cursos de bacharelado a ele tenham acesso, mas sem deixar de enfrentar temas polêmicos e controvertidos. destinando-se tais lições àqueles que desejam aprofundar-se nas questões de Direito Administrativo.

É exatamente honrado que ocupo as primeiras páginas do livro de Diógenes Gasparini para dele prestar o melhor testemunho: do homem, do advogado, do professor e do jurista.

MICHEL TEMER

XII

NOTA DO AUTOR

O nosso Direito administrativo vem sendo atualizado e ampliado a cada edição. Atualizado, na medida em que leis administrativas e emendas à Constituição Federal, recentes, eventualmente possam servir de base para novos comentários a temas já tratados. Ampliado, na proporção em que outros tópicos são acrescentados aos assuntos já dissertados, ficando o elenco dos temas mais desenvolvido. Nesta edição, por exemplo, tratamos da quarentena do agente público, da revisão geral da remuneração dos servidores públicos e do problema das cooperativas nos processos licitatórios. De outro lado, revimos, quando convencidos, algumas posições ou reforçamos nossas afirmações com a indicação da doutrina e, especialmente, da jurisprudência pertinentes. Diga-se, ainda, que atualizamos as referências feitas ao Código Civil de 1916, adaptando o texto às disposições do Código Civil de 2002.

O livro, por esses motivos, cremos, torna-se mais adequado aos fins a que se propõe e de grande serventia aos que dele se utilizam nos primeiros contatos com o Direito Administrativo e para os que, no dia-a-dia, trabalham com esse ramo do Direito Público.

Não obstante a atualização e ampliação promovidas, suas características fundamentais não foram alteradas. Continua sendo obra de finalidade precipuamente didática, com a preocupação de orientar os nossos acadêmicos no aprendizado do Direito Administrativo e de servir de instrumento de trabalho para os que militam nessa área do Direito Público.

São Bernardo do Campo, junho de 2002

DIÓGENES GASPARINI

XIII

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Obras do autor .. VII

Apresentação .. XI

Nota do autor .. XIII

Capítulo 1

DIREITO ADMINISTRATIVO

I— O DIREITO. SEUS RAMOS E SUB-RAMOS .. 1

II— DIREITO ADMINISTRATIVO, SUB-RAMO DO DIREITO PÚBLICO .. 2

III — A EXPRESSÃO “DIREITO ADMINISTRATIVO” .. 2

IV— CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO .. 3

V— PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO .. 6

1. Aspectos preliminares .. 6

2. Princípios de Direito Administrativo .. 7

2.1. Princípio da legalidade .. 7

2.2. Princípio da impessoalidade .. 8

2.3. Princípio da moralidade .. 9

2.4. Princípio da publicidade .. 10

2.5. Princípio da finalidade .. 13

2.6. Princípio da continuidade .. 16

2.7. Princípio da indisponibilidade .. 17

2.8. Princípio da autotutela .. 17

2.9. Princípio da supremacia do interesse público .. 18

2.10. Princípio da igualdade .. 19

XV

2.11. Princípio da eficiência ..	20
2.12. Princípio da motivação ..	21
2.13. Princípio da razoabilidade ..	22
VI— INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ..	23
VII— FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO ..	25
1. Conceito ..	25
2. Espécies ..	25
2.1. A lei ..	25
2.2. A jurisprudência ..	27
2.3. Costume ..	28
2.4. Princípios gerais de Direito ..	29
3. Outras fontes ..	29
VIII —CODIFICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ..	30
IX —O DIREITO ADMINISTRATIVO E SEUS RELACIONAMENTOS ..	31
X —ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO ..	35
1. Remota Antiguidade ..	35
2. Antiguidade clássica: Grécia e Roma ..	35
3. Idade Média ..	36
4. Idade Moderna ..	36
XI —DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL ..	38
Capítulo II	
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
I- ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OBJETO DIRETO ADMINISTRATIVO ..	41
II- CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	41
III- ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	42
IV- ÓRGÃOS PÚBLICOS ..	44

1. O querer e o agir do Estado ..	44
2. A natureza dos órgãos públicos ..	44
3. Conceito de órgão público ..	46
4. Relação entre a vontade do órgão e a do agente público ..	47
5. Relações interorgânicas ..	47
6. Classificação dos órgãos públicos ..	48
6.1. Os critérios de classificação ..	48
6.1.1. Quanto à posição que ocupam na estrutura estatal ..	48
6.1.2. Quanto à composição do órgão ..	49
6.1.3. Quanto à atuação funcional ..	49
V — HIERARQUIA ADMINISTRATIVA ..	50
VI— ATIVIDADE ADMINISTRATIVA ..	52
1. Conceito ..	52
2. Natureza e fim ..	53
3. Princípios básicos ..	53
Capítulo III	
ATO ADMINISTRATIVO	
I— ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	55
II—ATO ADMINISTRATIVO ..	56
1. Aspectos preliminares ..	56
2. Conceito ..	58
3. Requisitos do ato administrativo ..	59
3.1. Agente público competente ..	59
3.2. Finalidade ..	60
3.3. Forma ..	61
3.4. Motivo ..	62
3.5. Conteúdo ..	65
3.6. Objeto ..	65
3.7. Causa ..	65
4. Perfeição, validade e eficácia ..	66
5. Vigência e eficácia ..	68
6. Efeitos do ato administrativo ..	69
7. Atributos do ato administrativo ..	70
7.1. Presunção de legitimidade ..	71

XVII

7.2. Imperatividade .. 72

7.3. Exigibilidade .. 72

7.4. Auto-executoriedade .. 73

III — CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .. 74

1. Critérios de classificação .. 74

1.1. Quanto à natureza da atividade administrativa .. 75

1.2. Quanto à natureza do conteúdo .. 75

1.3. Quanto aos destinatários do ato .. 76

1.4. Quanto ao grau de liberdade da Administração Pública para decidir .. 76

1.5. Quanto aos efeitos .. 77

1.6. Quanto à abrangência dos efeitos .. 78

1.7. Quanto à composição da vontade .. 78

1.8. Quanto à vontade administrativa .. 78

2. Quadro sinótico .. 79

IV — ATO ADMINISTRATIVO EM ESPÉCIE .. 80

1. As espécies de atos administrativos .. 80

1.1. Admissão .. 80

1.2. Permissão .. 80

1.3. Autorização .. 81

1.4. Aprovação .. 81

1.5. Homologação .. 82

1.6. Licença .. 82

1.7. Concessão .. 83

1.8. Dispensa .. 83

2. Quadro sinótico.. 83

V — EXTERIORIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO .. 84

1. As diversas fórmulas de exteriorização .. 84

1.1. Decreto .. 84

1.2. Portaria .. 85

1.3. Alvará .. 85

1.4. Aviso .. 85

1.5. Circular .. 85

1.6. Ordem de serviço .. 86

1.7. Resolução .. 86

1.8. Ofício .. 86

1.9. Instrução .. 87

1.10. Despacho .. 87

1.11. Parecer .. 87

XVIII

1.12. Certidão ..	88
2. Quadro sinótico ..	89
VI —PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ..	90
VII —VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ..	91
VIII —EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ..	94
1. Causas determinantes da extinção ..	94
2. Extinção do ato eficaz ..	95
2.1. Cumprimento dos efeitos ..	95
2.2. Desaparecimento do sujeito da relação jurídica ..	95
2.3. Desaparecimento do objeto da relação jurídica ..	96
2.4. Retirada ..	96
2.5. Renúncia ..	97
3. Extinção do ato ineficaz ..	98
3.1. Recusa ..	98
3.2. Mera retirada ..	98
4. Quadro sinótico ..	99
IX — REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO ..	99
1. Conceito ..	99
2. Espécies de revogação ..	100
3. Objeto, motivo e conteúdo ..	101
4. Natureza, eficácia e fundamento ..	101
5. Competência revogatória ..	102
6. Irrevogabilidade ..	102
7. Revogação e indenização ..	103
8. Revogação em outros ramos do Direito ..	104
9. Revogação da revogação e repristinação ..	104
10. Nova decretação do ato revogado ..	105
X —INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO ..	105
1. Conceito ..	105
2. Objeto, motivo, conteúdo e espécies ..	106
3. Natureza, fundamento e efeitos ..	107
4. Competência invalidadora ..	108
5. Invalidação e indenização ..	109
6. Convalidação ..	109

XIX

7. Prescrição e invalidade ..	110
8. Nova decretação do ato invalidado ..	111
XI —CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ..	112
Capítulo IV	
PODERES REGULAMENTAR E DE POLÍCIA	
I— INTRODUÇÃO ..	113
II—PODER REGULAMENTAR ..	113
1. Conceito ..	113
2. Poder. faculdade ou atribuição ..	114
3. Fundamento ..	114
4. Natureza da atribuição regulamentar ..	115
5. Limites à atribuição regulamentar ..	115
6. Regulamento ..	116
6.1. Conceito ..	116
6.2. Instrumento ou veículo do regulamento ..	117
6.3. Classificação ..	117
6.4. Regulamento em relação à lei ..	117
6.4.1. Regulamento executivo ..	117
6.4.2. Regulamento delegado ..	118
6.4.3. Regulamento autônomo ..	118
7. Outros aspectos do regulamento ..	119
III — PODER DE POLÍCIA ..	119
1. Introdução ..	119
2. Conceito ..	120
3. Fundamento ..	120
4. Características ..	121
5. Objeto. motivo e fins ..	121
6. Competência ..	122
7. Sentido amplo e estrito ..	123
8. Polícia administrativa vs. polícia judiciária ..	123
9. Discricionariedade e vinculação do poder de polícia ..	124
10. Manifestação da atribuição de polícia ..	124
11. Limites da atribuição de polícia ...	125
12. Campos de atuação ..	125

13. O ato de polícia .. 125

XX

14. Auto-executoriedade do ato de polícia .. 126

15. Sanções .. 127

16. Controle do ato de polícia .. 128

Capítulo V

AGENTES PÚBLICOS

I—CONCEITO DE AGENTES PÚBLICOS .. 129

II—O COMUM NOS AGENTES PÚBLICOS .. 130

III —CARACTERIZAÇÃO E IMPORTÂNCIA .. 130

IV —PODERES .. 130

V —USO E ABUSO DO PODER .. 131

1. A razão do poder .. 131

2. O uso do poder .. 132

3. A expressão “abuso de poder” 132

4. Caracterização .. 134

5. Abuso de poder nos atos legais e ilegais .. 137

6. Abuso de poder nos atos discricionários e vinculados .. 138

7. Abuso de poder nos atos omissivos e comissivos .. 138

8. Conceito de abuso de poder .. 138

9. Repressão ao abuso de poder .. 138

10. Responsabilidade por atos de abuso de poder .. 139

VI—PRERROGATIVAS DO AGENTE PÚBLICO .. 139

VII—DEVERES DO AGENTE PÚBLICO .. 140

1. Dever de agir .. 140

2. Dever de eficiência .. 141

3. Dever de probidade .. 143

4. Dever de prestar contas .. 144

VIII —CLASSIFICAÇÃO .. 145

1. Agentes políticos .. 146

2. Agentes temporários .. 148

3. Agentes de colaboração .. 155

3.1. Conceito .. 155

3.2. Espécies ..	156
4. Servidores governamentais ..	157
4.1. Conceito e característica ..	157
4.2. Regime jurídico ..	158
4.3. Emprego, quadro e carreira ..	158
4.4. Ingresso ..	159
4.5. Direitos e obrigações ..	159
4.6. Extinção do vínculo ..	160
5. Servidores públicos ..	160
5.1. Conceito ..	160
5.2. Características ..	161
5.3. Espécies ..	161
5.4. Competência organizacional ..	162
5.5. Princípios constitucionais aplicáveis aos servidores ..	164
5.5.1. Acessibilidade a cargos, empregos e funções ..	165
5.5.2. Ingresso no quadro ..	166
5.5.2.1. Concurso público ..	167
5.5.2.2. Livre escolha ..	170
5.5.3. Proibição de acumular ..	170
5.5.4. Retribuição ..	173
5.5.4.1. Conceito ..	174
5.5.4.2. Espécies ..	174
5.5.4.3. Vencimento, vencimentos, remuneração e subsídio ..	174
5.5.4.4. Fixação, alteração e limites ..	176
5.5.4.5. Revisão geral ..	177
5.5.4.6. Irredutibilidade ..	178
5.5.4.7. Pagamento ..	179
5.5.5. Direito de greve ..	179
5.5.6. Investidura em mandato eletivo ..	181
5.5.7. Responsabilidade regressiva ..	182
5.5.8. Imprescritibilidade da ação de ressarcimento. ..	183
5.6. Servidores estatutários ..	183
5.6.1. Conceito ..	184

- 5.6.2. Onde existem .. 184
- 5.6.3. Regime jurídico .. 184
- 5.6.4. Princípios constitucionais aplicáveis aos servidores estatutários .. 186
 - 5.6.4.1. Aposentadoria, proventos e pensão.. 186
 - 5.6.4.2. Estabilidade .. 189
 - 5.6.4.3. Reintegração .. 197

XXII

5.6.4.4. Disponibilidade ..	199
5.6.4.5. Associação sindical ..	203
5.6.5. Outros aspectos ..	205
5.6.5.1. Vitaliciedade ..	205
5.6.5.2. Inamovibilidade ..	206
5.6.5.3. Férias ..	206
5.6.5.4. Licença ..	207
5.6.5.5. Adicional, gratificação e indenização ..	208
5.6.5.6. Deveres ..	212
5.6.5.7. Quarentena ..	214
5.6.5.8. Atribuição disciplinar ..	215
5.6.6. Responsabilidade ..	216
5.6.6.1. Conceito e espécies	216
5.6.6.2. Responsabilidade penal ..	217
5.6.6.3. Responsabilidade civil ..	219
5.6.6.4. Responsabilidade administrativa ..	220
5.6.7. Extinção do vínculo ..	223
5.6.7.1. Extinção por ato administrativo..	224
5.6.7.2. Extinção em razão de fato natural ..	228
5.6.7.3. Extinção por força de sentença ..	229
5.7. Agentes militares ..	229
5.7.1. Conceito ..	229
5.7.2. Regime ..	230
5.7.3. Ingresso no quadro ..	230
5.7.4. Atividade e inatividade ..	231
5.7.5. Acumulação de cargos ..	232
5.7.6. Sindicalização e greve ..	233
5.7.7. Atividade político-partidária ..	234
5.7.8. Remuneração ..	234
5.7.9. Direitos sociais estendidos aos agentes militares ..	235
5.7.10. Desligamento ..	235

IX — LIMITES COM GASTO DE PESSOAL ..	236
--------------------------------------	-----

Capítulo VI

CARGOS PÚBLICOS

1- CONCEITO DE CARGO PÚBLICO.. 238

XXIII

II- ONDE EXISTEM OS CARGOS PÚBLICOS .. 239

III — CRIAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO.. 240

1. Criação e transformação de cargos no Executivo .. 241
2. Criação e transformação de cargos no Legislativo .. 243
3. Criação e transformação de cargos no Judiciário .. 244
4. Criação e transformação de cargos nos Tribunais de Contas 245

IV — CLASSIFICAÇÃO .. 245

1. Segundo a segurança do servidor na titularização do cargo .. 246
2. Segundo a posição do cargo no quadro funcional da Administração Pública ..

249

V — PROVIMENTO .. 251

1. Conceito .. 251
2. Posse .. 251
3. Exercício .. 252
4. Classificação: provimento originário e derivado .. 252
5. Quadro sinótico das formas de provimento .. 256
6. Competência para prover cargo público .. 256
7. Restrições à competência para prover cargo público .. 258

VI— ACUMULAÇÃO .. 259

VII — VACÂNCIA .. 259

1. Conceito .. 259
2. Espécies .. 259

VIII — DESNECESSIDADE .. 262

IX — EXTINÇÃO .. 263

Capítulo VII

SERVIÇO PÚBLICO

I— INTRODUÇÃO .. 265

II— ALOCUÇÃO “SERVIÇO PÚBLICO” .. 265

XXIV

III — CONCEITO ..	266
IV — INSTITUIÇÃO. REGULAMENTAÇÃO, EXECUÇÃO E CONTROLE ..	267
V — CLASSIFICAÇÃO ..	270
VI— PRINCÍPIOS ..	272
1. Princípio da mutabilidade do regime jurídico da prestação. ..	272
VII — REQUISITOS ..	273
1. Regularidade ..	273
2. Continuidade ..	274
3. Eficiência ..	274
4. Segurança ..	274
5. Atualidade ..	274
6. Generalidade ..	275
7. Cortesia ..	275
8. Modicidade ..	275
VIII — REMUNERAÇÃO ..	276
IX — DIREITOS DOS USUÁRIOS ..	277
X — DEVERES DOS USUÁRIOS ..	278
XI— SUSPENSÃO DA PRESTAÇÃO ..	279
XII — GREVE ..	280
XIII — SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR ..	281
Capítulo VIII	
EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	
I— ASPECTOS GERAIS ..	283
1. Introdução ..	283
2. Execução centralizada ..	284
3. Execução descentralizada ..	284

II— DESCENTRALIZAÇÃO PARA PESSOA PÚBLICA .. 286

1. Introdução .. 286
2. Autarquia: conceito .. 287
3. Classificação .. 288
4. Criação, instituição, funcionamento e extinção .. 288
5. Controle ou tutela .. 289
6. Responsabilidade .. 291
7. Estrutura e servidores da autarquia .. 292
8. Privilégios da autarquia .. 294
9. Atos e contratos da autarquia .. 294
10. Patrimônio da autarquia .. 294
11. Autarquia de regime especial .. 295
12. Execução contra a autarquia .. 295
13. A autarquia em juízo .. 296

III —DESCENTRALIZAÇÃO PARA PESSOA PRIVADA .. 296

1. Concessão de serviço público .. 296
 - 1.1. Introdução .. 296
 - 1.2. Conceito .. 298
 - 1.3. Prazo e prorrogação da concessão de serviço público .. 299
 - 1.4. Natureza jurídica .. 300
 - 1.5. Objeto da concessão de serviço público .. 301
 - 1.6. As partes envolvidas na concessão .. 301
 - 1.7. Os interesses envolvidos na concessão .. 302
 - 1.8. Os fundamentos da concessão de serviço público. .. 303
 - 1.9. Competência para celebrar contrato de concessão de serviço público .. 303
 - 1.10. Procedimento, conteúdo e formalização da concessão de serviço público .. 305
 - 1.11. A precariedade da outorga .. 305
 - 1.12. O caráter intuitu personae da concessão de serviço público e a cessão dos direitos concedidos .. 306
 - 1.13. Exclusividade da concessão de serviço público .. 307
 - 1.14. Direitos e encargos do concessionário .. 309
 - 1.15. Serviço adequado .. 311

- 1.16. Política tarifária .. 312
- 1.17. Procedimento licitatório .. 314
- 1.18. Subconcessão, transferência dos direitos concedidos e cessão do controle societário .. 318

XXVI

1.19. Responsabilidade do concessionário ..	319
1.20. Natureza dos atos do concessionário ..	320
1.21. Direitos e encargos do concedente ..	321
1.22. Direitos e obrigações dos usuários ..	325
1.23. Extinção da concessão de serviço público ..	326
1.23.1. Extinção por fato jurídico ..	327
1.23.1.1. Extinção pelo decurso do prazo ..	327
1.23.1.2. Extinção em razão do desaparecimento do concessionário ..	328
1.23.2. Extinção por ato do concedente ..	330
1.23.2.1. Interesse público ..	330
1.23.2.2. Desafetação ..	331
1.23.2.3. Inadimplemento ..	332
1.23.2.4. Ilegalidade ..	334
1.24. Extinção por ato conjunto das partes envolvidas na concessão de serviço público ..	335
1.25. Extinção por sentença ..	336
1.26. Quadro sinótico das causas da extinção da outorga ..	337
1.27. Reversão dos bens vinculados à concessão de serviço público ..	337
2. Permissão ..	341
3. Autorização ..	342
4. Delegação ..	342
4.1. Fundação pública ..	343
4.1.1. Conceito ..	344
4.1.2. Natureza ..	344
4.1.3. Fins ..	346
4.1.4. Criação, instituição, funcionamento e extinção ..	346
4.1.5. Patrimônio ..	347
4.1.6. Controle ..	349
4.1.7. Regime tributário ..	350
4.1.8. Estrutura e servidores ..	351
4.1.9. Licitação ..	353
4.1.10. Prerrogativas ..	353
4.1.11. Responsabilidade ..	354

4.1.12. Fundações estaduais e municipais .. 355

4.2. Agências executivas .. 355

4.2.1. Legislação .. 355

4.2.2. Conceito .. 356

XXVII

4.2.3. Natureza ..	357
4.2.4. Qualificação ..	357
4.2.5. Criação ..	357
4.2.6. Desqualificação ..	357
4.2.7. Privilégios ..	358
4.2.8. Servidores ..	358
4.2.9. Atos e contratos ..	358
4.2.10. Agências executivas estaduais - distritais e municipais ..	359
4.3. Agências reguladoras ..	359
4.4. Empresa pública ..	360
4.4.1. Conceito ..	360
4.4.2. Natureza ..	361
4.4.3. Fins ..	361
4.4.4. Criação, forma, registro, funcionamento e extinção ..	362
4.4.5. Patrimônio ..	363
4.4.6. Servidores ..	364
4.4.7. Prerrogativas ..	366
4.4.8. Atos e contratos ..	366
4.4.9. Regime tributário ..	367
4.4.10. A empresa pública e terceiros ..	368
4.4.11. Controle ..	368
4.4.12. Responsabilidade ..	369
4.4.13. Empresas públicas estaduais, distritais e municipais ..	370
4.5. Sociedade de economia mista ..	371
4.5.1. Conceito ..	371
4.5.2. Natureza ..	371
4.5.3. Fins ..	372
4.5.4. Criação, forma, registro e extinção ..	373
4.5.5. Capital ..	374
4.5.6. Patrimônio ..	375
4.5.7. Servidores ..	375
4.5.8. Prerrogativas ..	377
4.5.9. Atos e contratos ..	377

4.5.10. Regime tributário .. 378

4.5.11. A sociedade de economia mista e terceiros .. 378

4.5.12. Controle .. 379

XXVIII

- 4.5.13. Responsabilidade .. 380
- 4.5.14. Sociedade de economia mista estadual, distrital e municipal .. 381
- 4.6. Convênio, consórcio, serviço social autônomo e organização social .. 382
 - 4.6.1. Convênios .. 382
 - 4.6.2. Consórcios .. 387
 - 4.6.3. Serviços sociais autônomos .. 388
 - 4.6.4. Organizações sociais .. 390
 - 4.6.5. Organizações da sociedade civil de interesse público .. 392

Capítulo IX

LICITAÇÃO

I— ASPECTOS GERAIS .. 395

- 1. Conceito .. 395
- 2. Finalidades .. 396
- 3. Princípios .. 397
 - 3.1. Princípio da padronização .. 399
 - 3.2. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. .. 405
 - 3.3. Princípio da competitividade .. 406
 - 3.4. Princípio do julgamento objetivo .. 408
 - 3.5. Princípio da fiscalização da licitação .. 409
 - 3.6. Princípio formal e formalismo .. 410
- 4. Objeto da licitação .. 413
- 5. Registro de preços .. 416
- 6. Competência legislativa .. 418
- 7. Os obrigados a licitar .. 420

II— EXCLUSÃO DA OBRIGAÇÃO DE LICITAR .. 422

- 1. Licitação dispensada .. 423
 - 1.1. Introdução .. 423
 - 1.2. Hipóteses de dispensa para alienações imobiliárias.. .. 425
 - 1.3. Hipóteses de dispensa para alienações mobiliárias .. 429
- 2. Licitação dispensável .. 430
 - 2.1. Introdução .. 430
 - 2.2. Hipóteses em que a licitação é dispensável .. 433
 - 2.2.1. Obras e serviços de engenharia de pequeno valor .. 433

XXIX

- 2.2.2. Serviços, menos os de engenharia, e compras de pequeno valor .. 435
- 2.2.3. Guerra e grave perturbação da ordem .. 435
- 2.2.4. Emergência e calamidade pública .. 436
- 2.2.5. Quando não acudirem interessados à licitação .. 438
- 2.2.6. Intervenção, pela União, no domínio económico .. 440
- 2.2.7. Propostas com preços manifestamente superiores aos do mercado .. 440
- 2.2.8. Operação entre pessoa pública e órgão ou entidade que a integre .. 441
- 2.2.9. Comprometimento da segurança nacional. .. 442
- 2.2.10. Compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da
 - Administração .. 443
- 2.2.11. Contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento .. 444
- 2.2.12. Compra de hortifrutigranjeiros, pão e gêneros perecíveis .. 445
- 2.2.13. Contratação de instituição brasileira voltada à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento nacional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso .. 445
- 2.2.14. Aquisição de bens e serviços por intermédio de organização internacional .. 446
- 2.2.15. Aquisição e restauração de obras de arte e objetos históricos .. 446
- 2.2.16. Impressão de diário oficial, formulários padronizados, edições técnicas oficiais e prestação de serviços de informática .. 447
- 2.2.17. Aquisição de componentes ou peças originais .. 448
- 2.2.18. Compras e serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou
 - tropas em seus meios de deslocamento .. 448
- 2.2.19. Compra de material pelas Forças Armadas para manter a padronização exigida pelo
 - apoio logístico .. 449
- 2.2.20. Contratação de associação de portadores de deficiência física .. 449

XXX

2.2.21. Aquisição de bens destinados a pesquisa científica e tecnológica ..	450
2.2.22. Fornecimento ou suprimento de energia elétrica ..	450
2.2.23. Contratações entre empresas governamentais e suas subsidiárias ..	451
2.2.24. Contratação de serviços com organizações sociais ..	452
3. Licitação inexigível ..	452
3.1. Introdução ..	452
3.2. Hipóteses de inexigibilidade ..	455
3.2.1. Aquisição de materiais, equipamentos ou gênero que só possam ser fornecidos por produtor empresa ou representante comercial exclusivo ..	455
3.2.2. Contratação de serviços técnicos profissionais especializados ..	458
3.2.3. Contratação de artistas ..	461
III —MODALIDADES DE LICITAÇÃO ..	462
1. Aspectos introdutórios ..	462
2. As modalidades na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública ..	462
2.1. Concorrência ..	464
2.2. Tomada de preços ..	468
2.3. Convite ..	471
2.4. Concurso ..	473
2.5. Leilão ..	475
2.6. Pregão ..	478
2.7. Comissão de licitação ..	480
3. Registro cadastral ..	487
IV —FASES DA LICITAÇÃO ..	489
1. Aspectos introdutórios ..	489
2. A seqüência das fases na concorrência ..	490
2.1. Fase da abertura ..	490
2.2. Fase da habilitação ..	494
2.3. Fase da classificação ..	502
2.4. Fase do julgamento e ordenação das propostas em razão das vantagens oferecidas ..	505

2.4.1. Divisibilidade do julgamento ..	508
2.4.2. Empate e critério de desempate de propostas ..	510
2.4.3. Proposta mais vantajosa ..	511
2.4.4. Discussão da proposta mais vantajosa ou vencedora ..	512
3. Homologação e adjudicação ..	514
4. Audiência pública ..	516
5. O problema das cooperativas ..	517
V —REVOGAÇÃO, INVALIDAÇÃO E DESISTÊNCIA DA LICITAÇÃO ..	

518

1. Introdução ..	518
2. Revogação ..	518
3. Invalidação ..	521
4. Desistência ..	524
VI—CONTROLE DA LICITAÇÃO ..	525
1. Recursos administrativos ..	525
1.1. Recurso hierárquico ..	527
1.2. Representação ..	529
1.3. Pedido de reconsideração ..	530
2. Ações judiciais ..	531
3. Controle pelo Tribunal de Contas ..	532

Capítulo X

CONTRATO ADMINISTRATIVO

I— ASPECTOS GERAIS .. 533

1. Características e conceito ..	533
2. Objeto ..	537
3. As partes contratantes ..	537
4. Competência legislativa ..	538
5. Interpretação ..	539
6. Pré e pós-requisitos ..	540
7. Vigência e eficácia ..	541
8. Prazo contratual ..	542
8.1. Prorrogação ..	547
8.2. Redução ..	549
9. Garantias ..	549

10.Inatingibilidade das cláusulas contratuais por lei posterior. .. 552

XXXII

II—FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. .. 553

1. Conceito .. 553
2. Instrumento ..553
 - 2.1. Conceito .. 553
 - 2.2. Espécies .. 554
 - 2.3. Forma .. 555
 - 2.4. Partes do termo de contrato .. 555
 - 2.5. Exame e aprovação da assessoria jurídica .. 559
 - 2.6. Conhecimento do termo de contrato .. 560
3. Cláusulas exorbitantes .. 561
4. Publicidade .. 563
5. Registro .. 564

III —EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO .. 565

1. Conceito .. 565
2. Acompanhamento 565
3. Cláusulas rebus sic stantibus e pacta sunt servanda .. 566
4. Teoria da imprevisão e revisão do contrato .. 567
5. Reajustamento de preços .. 568
6. Repactuação .. 569
7. Direitos e obrigações das partes .. 571
8. Equação econômico-financeira .. 572
9. Fato do príncipe e fato da Administração .. 573
10. Subcontratação e cessão do contrato .. 576
11. Recebimento do objeto .. 578
12. Pagamento .. 581

IV —ALTERAÇÃO DO CONTRATO .. 583

1. Conceito .. 583
2. Espécies .. 584
3. Onde pode incidir a alteração .. 584
4. Acréscimos e supressões .. 585
5. Aditamento .. 587

V —INEXECUÇÃO DO CONTRATO .. 588

1. Conceito .. 588
2. Espécies .. 588

3. Quem pode descumprir o contrato .. 588
4. Consequências da inexecução .. 589
5. A exceção de contrato não cumprido .. 591

XXXIII

VI—CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS .. 593

VII —EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO .. 594

1. Fatos e atos extintivos .. 595
2. Extinção em razão de um fato .. 595
 - 2.1. Extinção pelo cumprimento do objeto .. 597
 - 2.2. Extinção pelo cumprimento do prazo .. 598
 - 2.3. Extinção pelo desaparecimento do contratante particular .. 599
 - 2.4. Extinção pelo desaparecimento do objeto .. 601
3. Extinção em razão de um ato .. 602
 - 3.1. Rescisão administrativa .. 602
 - 3.2. Rescisão consensual .. 606
 - 3.3. Rescisão judicial .. 606

VIII —CONTRATOS EM ESPÉCIE .. 607

1. Generalidades .. 607
 - 1.1. Contrato de obra pública .. 608
 - 1.2. Contrato de serviço .. 609
 - 1.3. Contrato de fornecimento .. 611
 - 1.4. Contrato de concessão de uso de bem público .. 611
 - 1.5. Contrato de concessão de obra pública .. 611
 - 1.6. Contrato de empréstimo público .. 613
 - 1.7. Contrato de gestão .. 613

Capítulo XI

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E NO DOMÍNIO ECONÔMICO

I—ASPECTOS GERAIS .. 615

1. Intervenção .. 615
2. Modalidades de intervenção .. 616
3. Fundamentos da intervenção .. 617
4. Competência para intervir na propriedade ... 617
5. Procedimento interventivo .. 617
6. Limites .. 617

II—INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE .. 618

1. Introdução .. 618
2. Conceito .. 618

XXXIV

3. Meios interventivos ..	618
3.1. Limitação administrativa ..	619
3.2. Ocupação temporária ..	621
3.3. Servidão administrativa ..	623
3.4. Tombamento ..	625
3.5. Parcelamento e edificação compulsórios ..	627
3.6. Requisição ..	628
III —INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO ..	629
1. Introdução ..	629
2. Conceito ..	630
3. Competência interventiva ..	630
4. Fundamento ..	631
5. Meios interventivos ..	631
5.1. Controle de preços ..	631
5.2. Controle do abastecimento ..	632
5.3. Repressão ao abuso do poder econômico ..	632
5.4. Monopólio ..	633
5.5. Fiscalização ..	633
5.6. Incentivo ..	634
5.7. Planejamento ..	634
Capítulo XII	
DESAPROPRIAÇÃO	
I —ASPECTOS GERAIS ..	635
1. Introdução ..	635
2. Conceito ..	636
3. Espécies ..	636
4. Fundamentos ..	638
5. Competências legislativa, declaratória e executória ..	639
6. Aquisição originária ..	641
7. Beneficiários dos bens expropriados ..	642
II —REQUISITOS CONSTITUCIONAIS ..	643
1. Introdução ..	643
2. Necessidade pública, utilidade pública e interesse social ..	643
3. Prévia e justa indenização em dinheiro ..	645

III —DESVIO DE FINALIDADE .. 650

XXXV

IV — CONSUMAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO .. 651

V —RETROCESSÃO .. 652

VI—OBJETO DA DESAPROPRIAÇÃO .. 655

1. O que pode ser desapropriado .. 655

2. Desapropriação de bem público .. 657

3. Desapropriação de bens de autarquias, empresas governamentais e concessionárias .. 658

4. Desapropriação de ações .. 660

VII —DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA .. 661

1. Conceito .. 661

2. Requisitos .. 662

VIII— DES APROPRIAÇÃO PARA URBANIZAÇÃO E REURBANIZAÇÃO ..

662

1. Conceito .. 662

2. Implantação de loteamento .. 663

3. Implantação de distrito industrial .. 664

4. Desapropriação nos termos do art. 182, § 4º, III da Constituição Federal .. 665

IX —PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO .. 667

1. As fases do procedimento .. 667

2. Declaração expropriatória .. 667

2.1. Conceito .. 667

2.2. Competência .. 668

2.3. Objeto .. 669

2.4. Requisitos .. 669

2.5. Efeitos .. 669

2.6. Caducidade .. 670

3. Direitos do expropriado na vigência da declaração expropriatória ... 670

4. Execução expropriatória .. 671

4.1. Execução amigável .. 671

4.2. Execução judicial .. 672

5. Defesa do expropriado e direito de extensão .. 673

X —IMISSÃO PROVISÓRIA DE POSSE .. 674

1. Conceito ..	674
2. Requisitos ..	674
2.1. Declaração de urgência ..	674
2.2. Depósito ..	675
2.2.1. Imissão provisória de posse em geral ..	675
2.2.2. Imissão provisória de posse em particular. ..	676
3. Imissão provisória de posse e ingresso no bem ..	677
4. Imissão provisória de posse amigável ..	678
5. Imissão definitiva de posse ..	678
XI —PAGAMENTO DA1 INDENIZAÇÃO ..	678
XII —DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO ..	679
XIII —CONTROLE JURISDICIONAL DA DESAPROPRIAÇÃO ..	681
1. Incidência ..	681
2. Anulação ..	681
Capítulo XIII	
BENS PÚBLICOS	
I—ASPECTOS GERAIS ..	682
1. A locução “bens públicos” ..	682
2. Conceito ..	682
3. Propriedade ..	683
4. Defesa ..	684
5. Classificação ..	684
5.1. Bens de uso comum do povo ..	685
5.2. Bens de uso especial ..	687
5.3. Bens dominicais ..	687
6. Afetação e desafetação ..	688
7. Competência legislativa ..	690
8. Regime jurídico ..	691
II—AQUISIÇÃO ..	693
1. Aspectos preliminares ..	693
2. Aquisição originária e derivada ...	694
3. Aquisição inter vivos e causa mortis ..	695
4. Aquisição pela transcrição do título aquisitivo ..	695
4.1. Contrato de compra e venda ..	696

XXXVII

4.1.1. Bem ..	696
4.1.2. Preço. ..	697
4.1.3. Consentimento ..	698
4.1.4. Forma ..	698
4.1.5. Processo ..	699
4.1.6. Interesse público ..	700
4.1.7. Avaliação ..	701
4.1.8. Lei autorizadora ..	701
4.1.9. Licitação ..	702
4.2. Contrato de troca ou permuta ..	703
4.3. Contrato de doação ..	706
4.4. Contrato de dação em pagamento ..	708
4.5. O resgate no contrato de aforamento ..	709
5. Aquisição por acessão ..	710
5.1. Acessão pela formação de ilha ..	711
5.2. Acessão por aluvião ..	712
5.3. Acessão por avulsão ..	712
5.4. Acessão do álveo pelo abandono das águas ..	713
6. Aquisição pela usucapião ..	715
7. Aquisição por ato de última vontade testamentário ..	716
8. Aquisição por desapropriação ..	716
9. Aquisição por arrematação ou adjudicação ..	716
9.1. Arrematação ..	717
9.2. Adjudicação ..	718
10. Aquisição por força de lei ou Constituição ..	718
10.1. Aprovação e registro do parcelamento ..	718
10.2. Criação e instalação de Município ..	719
10.3. Criação de Estado ..	719
10.4. Reversão na extinção de concessão de serviço público ..	720
10.5. Aquisição ex vi constitutione ..	720
10.6. Declaração da vacância da herança ..	720
11. Aquisição por investidura ..	721
III —ADMINISTRAÇÃO ..	723
IV—USO ..	724

1. Utilização pela Administração Pública .. 724
2. Utilização pelo povo .. 725
3. Utilização privativa .. 725

XXXVIII

4. Instrumentos do uso privativo .. 727

4.1. Concessão de uso .. 727

4.2. Permissão e autorização .. 727

4.3. Concessão de direito real de uso .. 728

4.4. Cessão de uso .. 729

4.5. Locação e comodato .. 730

V —ALIENAÇÃO .. 731

1. A alienabilidade dos bens públicos em geral ..731

2. A alienação dos bens públicos de uso comum e especial .. 733

3. Espécies de alienação .. 734

3.1. Incorporação .. 735

3.2. Retrocessão .. 735

VI—BEM PÚBLICO EM ESPÉCIE .. 735

1. Terrenos de marinha .. 736

1.1. Origem .. 736

1.2. Finalidade e importância .. 736

1.3. Conceito e classificação .. 737

1.4. Propriedade .. 738

1.5. Natureza .. 738

1.6. Demarcação .. 739

1.7. A linha do jundu .. 740

1.8. Administração .. 741

1.9. Terrenos de marinha não se confundem com terrenos acrescidos, reservados e de mangue .. 741

1.10. Utilização e formas .. 741

1.11. Aforamento administrativo .. 744

1.12. Resgate das marinhas aforadas .. 745

1.13. Extinção do aforamento administrativo .. 746

1.14. Preferência municipal ou estadual .. 746

1.15. Interesses municipais sobre as marinhas .. 748

1.16. Desapropriação do domínio útil .. 750

2. Terrenos reservados ou terrenos marginais .. 751

3. Terrenos acrescidos .. 753

4. Terras indígenas .. 753

- 5. Terras devolutas .. 755
- 6. Plataforma continental .. 758
- 7. Faixas de fronteira .. 758
- 8. Ilhas .. 759

XXXIX

Capítulo XIV

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

I – CONTROLE .. 760

1. Introdução .. 760

2. Espécies .. 761

3. Conceito .. 761

II— CONTROLE ADMINISTRATIVO .. 762

1. Conceito .. 762

2. Objetivo .. 762

3. Fundamento .. 762

4. Instrumentos .. 763

4.1. Direito de petição .. 763

4.2. Pedido de reconsideração 764

4.3. Reclamação administrativa .. 765

4.4. Recurso administrativo ou hierárquico .. 766

5. Prescrição administrativa .. 770

6. O silêncio da Administração Pública .. 774

7. Coisa julgada administrativa .. 775

III — CONTROLE LEGISLATIVO .. 776

1. Conceito .. 776

2. Objetivo .. 776

3. Meios de controle legislativo .. 776

3.1. Comissão Parlamentar de Inquérito .. 777

3.2. Pedido de informação .. 777

3.3. Convocação de autoridades .. 778

3.4. Participa na função administrativa ... 778

3.5. Função jurisdicional .. 779

3.6. Fiscalização contábil financeira e orçamentária .. 779

3.7. Sustação dos atos normativos do Executivo .. 780

IV — CONTROLE JURISDICIONAL .. 781

1. Conceito .. 781

2. Objetivo .. 781

3 Extensão .. 782

4. Fundamento .. 782

5 Sistemas .. 782

5.1. Sistema de administração-juiz .. 783

XL

5.2. Sistema de jurisdição única ..	783
5.3. Sistema de jurisdição dual ..	784
6. Instrumentos do controle jurisdicional ..	784
6.1. Mandado de segurança ..	785
6.2. Ação popular ..	788
6.3. Habeas data ..	789
6.4. Mandado de injunção ..	791
6.5. Ação civil pública ..	792
V —ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO ..	793
Capítulo XV	
PROCESSO ADMINISTRATIVO E SINDICÂNCIA	
I—PROCESSO ADMINISTRATIVO ..	799
1. Conceito ..	799
2. Processo administrativo e procedimento ..	800
3. Competência legislativa ..	801
4. Princípios ..	802
4.1. Princípio da legalidade objetiva ..	802
4.2. Princípio da oficialidade ..	803
4.3. Princípio do informalismo ..	803
4.4. Princípio da publicidade ..	804
5. Objeto ..	804
6. Finalidade ..	805
7. Fases ..	805
7.1. Fase de instauração ..	805
7.2. Fase da instrução ..	807
7.3. Fase do relatório ..	808
7.4. Fase da decisão ou julgamento ..	808
8. Formação material do processo ..	809
8.1. Autos suplementares ..	810
9. Vista do processo ..	811
10. Prazos de conclusão e prorrogação ..	812
11. Espécies ..	813
11.1. Processo de outorga ..	813
11.2. Processo de polícia ..	814

11.3. Processo de controle .. 815

11.4. Processo de punição .. 815

11.5. Processo de expediente .. 816

XLI

12. Nas empresas governamentais e autarquias .. 817

13. Arquivamento .. 817.

14. Certidão .. 818

15. Extinção .. 819

II—PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .. 819

1. Conceito .. 819

2. Fundamento .. 819

3. Objeto e finalidade .. 821

4. Obrigatoriedade .. 821

5. Princípios .. 822

6. Fase da defesa .. 823

6.1. Ampla defesa .. 822

6.2. Contraditório ou contraditoriedade .. 824

6.3. Devido processo legal ou adequado processo jurídico .. 824

7. Procedimento criminal paralelo .. 824

8. Sanção disciplinar .. 825

9. Comissão processante .. 828

9.1. Composição .. 828

9.2. Competência ...829

9.3. Espécies .. 830

10. Revisão .. 830

III — SINDICÂNCIA .. 831

1. Conceito e finalidade .. 833

2. Natureza .. 833

3. Objeto .. 833

4. Instauração .. 834

5. Comissão de sindicância .. 834

6. Fases .. 834

7. Rito processual .. 835

8. Publicidade ou sigilo .. 835

9. Vícios .. 835

IV- VERDADE SABIDA E TERMO DE DECLARAÇÃO ..836

Capítulo XVI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

I- ASPECTOS GERAIS .. 837

XLII

1. Conceito ..	838
2. Fundamento ..	838
3. Evolução ..	839
4. Exclusão da responsabilidade ..	843
5. Características do dano reparável ..	845
6. Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais ..	845
II—REPARAÇÃO DO DANO E DIREITO DE REGRESSO ..	847
1. Procedimento administrativo ..	847
2. Procedimento judicial ..	848
3. A indenização do dano ..	849
4. Ação regressiva ..	850
III —A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL ..	851
1. Aspectos históricos ..	851
1.1. Período colonial ..	851
1.2. Período imperial ..	851
1.3. Período republicano ..	852
2. O § 6º do art. 37 da Constituição de 1988 ..	853
3. Responsabilidade objetiva por dano nuclear ..	855
Bibliografia ..	857
Índice alfabético-remissivo ..	867

CAPÍTULO 1

DIREITO ADMINISTRATIVO

1—O DIREITO, SEUS RAMOS E SUB-RAMOS

O Direito, como um conjunto de normas de conduta humana, impostas coativamente pelo Estado, constitui uma unidade indivisível, maciça, monolítica. Embora seja assim, desde os romanos, é dividido em Público e Privado. Esses seus ramos. O Direito Público regula as relações jurídicas em que predomina o interesse do Estado, enquanto o Direito Privado disciplina as relações jurídicas em que prevalece o interesse dos particulares. É o critério do interesse que, no caso, aparta esses ramos do Direito.

O Direito Público divide-se em: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Urbanístico, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Penal e Direito Internacional Público. Esses seus sub-ramos. O Direito Privado parte-se em Direito Civil, Direito Comercial e Direito Internacional Privado. Esses seus sub-ramos. Em relação ao Direito do Trabalho, não estão acordes os doutrinadores. Segundo as lições de Amauri Mascaro Nascimento ¹, alguns preferem arrolá-lo como sub-ramo do Direito Social, pois para esses o Direito divide-se em Direito Público, Direito Privado e Direito Social². Outros incluem-no entre os sub-ramos que integram o Direito Público, opondo-se, assim, aos que o remetem para o Direito Privado. Para uma quarta corrente o Direito do Trabalho é Direito Misto. Esse conjunto

1. Iniciação ao direito do trabalho. 23. ed., ver, e atual., São Paulo, LTr, 1997. p. 68.

2. Direito Social é o ramo do Direito que protege as pessoas economicamente fracas. Divide-se em Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Acidentário e Direito de Assistência Social.

de subdivisões não está acabado, pois novos sub-ramos, tanto do Direito Privado como do Direito Público, poderão surgir com o tempo.

II— DIREITO ADMINISTRATIVO, SUB-RAMO DO DIREITO PÚBLICO

O Direito Administrativo, quanto a ser ou não parte do Direito Público, não oferece nenhuma preocupação ou dúvida. É porção desse ramo sob qualquer dos dois principais critérios acolhidos pela doutrina para distinguir os esgalhos em que se fraciona o Direito, ou seja, o do interesse público e o do sujeito da relação jurídica com prerrogativas de autoridade. O primeiro informa todo o sistema jurídico-administrativo, e por ele se orienta o Direito Administrativo. O interesse público está presente em toda e qualquer de suas regras ou relação jurídica por ele presidida. a exemplo da expropriação. Também atende ao segundo critério. Com efeito, pelo menos em um dos pólos da relação jurídica disciplinada por ele está a Administração Pública' atuando nessa qualidade, isto é, com privilégios estatais. como ocorre com a requisição de bens dos particulares durante um estado declarado de calamidade pública. Sendo a Administração Pública parte dessa relação jurídica assim prestigiada. é evidente que tais relações. regidas pelo Direito Administrativo. integram o Direito Público.

III — A EXPRESSÃO “DIREITO ADMINISTRATIVO”

“Direito Administrativo” é expressão que comporta. ao menos, duas acepções. De fato, pode indicar um conjunto de regras jurídicas ou uma disciplina científica autônoma. Esses sentidos levam ao conceito do Direito Administrativo certa dose de imprecisão e. em algum caso. de arbitrariedade. Tais motivos, aliados à precocidade da disciplina e a outros fatores. tornam o trabalho de definir o Direito Administrativo em termos universais. uma das tarefas mais importantes em que se têm empenhado. nos último anos. seus estudiosos. e. sem dúvida, a mais difícil. Daí os inúmeros conceitos formulados pelos autores. nem sempre úteis.

IV — CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Às razões já enunciadas. e que dificultam o oferecimento de um conceito de Direito Administrativo de caráter universal somam-se as decorrentes da própria tarefa de definir, já que ao se pretender sintetizar, em proposição, as notas marcantes ou características de um dado objeto corre-se o risco de ficar aquém ou de ir além do pretendido. Pode-se abranger. através do conceito dado. mais ou menos do que

realmente se quer ver circunscrito ou delimitado. Além disso, o Direito Administrativo sofre, como os demais ramos do Direito, forte influência do Direito Constitucional. Compreende-se, assim, por que é extremamente difícil oferecer um conceito universal desse sub-ramo do Direito Público. O conceito, portanto, deve vincular-se a um dado país, já que o comum é o estudo do seu Direito Administrativo.

O conceito deve apoiar-se num critério. Quanto a isso estão de acordo os autores, embora não se possa dizer o mesmo em relação aos critérios e ao número deles que devem prestigiar a elaboração do conceito. Esses critérios podem ser unitários e conjugados. Dentre os critérios unitários adotados pelos administrativistas sobressaem: o legalista, o do Poder Executivo, o da relação jurídica, o do serviço público, o teleológico e o negativista. Ao lado desses encontram-se os critérios conjugados, valendo-se os autores de, no mínimo, dois desses referenciais para definir o Direito Administrativo. Assim, são critérios conjugados: o legalista-relação jurídica e o legalista-serviço público.

A corrente legalista, defendida por De Gérando e Macarel, entre outros, define o Direito Administrativo como o conjunto de leis administrativas. O conceito não afirma outra coisa senão que o Direito Administrativo de um país é a legislação administrativa (leis, decretos, regulamentos) nele vigente num dado momento. E o seu direito positivo. O conceito não satisfaz. Não se pode reduzir o Direito Administrativo a mero amontoado de textos jurídicos, quando se sabe que ele é muito mais do que isso, pois engloba os princípios jurídicos.

Para os que acolhem, a exemplo de Meucci, o critério do Poder Executivo, o Direito Administrativo é o conjunto de regras jurídicas que disciplinam os atos do Poder Executivo. O conceito, por levar em conta somente os atos desse Poder, é inaceitável. Atos administrativos também são praticados por órgãos com funções administrativas que integram o Judiciário e o

3 A expressão “Administração Pública” é tomada como sinônimo de Estado.

4

Legislativo e até por particulares¹. Desses atos, em relação a esses Poderes, são exemplos os que deferem o gozo de férias e os que instauram uma licitação. No que respeita aos particulares prestadores de serviço público na qualidade de concessionários e permissionários, é exemplo de ato administrativo por eles praticados a promoção expropriatória. A impropriedade do critério ainda mais se acentua na medida em que o Poder Executivo pratica atos que não se submetem ao Direito Administrativo, a

exemplo dos atos regidos pelo Direito Privado, como são a compra e venda e a locação. ou que não se submetem a qualquer dos ramos do Direito, como são os atos materiais (dirigir caminhão, varrer rua etc.).

Pelo critério das relações jurídicas. cujos defensores são, entre outros. Laferrière e Otto Mayer. o Direito Administrativo é o conjunto de regras jurídicas que disciplinam o relacionamento da Administração Pública com os administrados. Não é conceito de grande valia. De fato. idênticas relações existem no Direito Constitucional e no Direito Processual. Pouco circunscreve ou explica.

O referencial serviço público, utilizado por Gaston Jèze e Duguit. entre outros, para definir o Direito Administrativo como sendo a disciplina jurídica que regula a instituição, a organização e o funcionamento dos serviços públicos e o seu oferecimento aos administrados, também é insatisfatório. O conceito, calcado nesse critério, acaba sendo impreciso. dada a equivocidade da expressão “serviço público” tomada como base. A expressão é vaga e de difícil entendimento. Ademais, nenhum conceito deve abrigar expressões pendentes de esclarecimentos. Não deve o indefinido fazer parte do definido. A locução “serviço público” integra o conceito sem estar definida.

O critério teleológico ou finalístico, defendido por Orlando. acaba por conceituar o Direito Administrativo como o sistema de princípios que regulam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins. Tal conceito é criticável por oferecer expressões não definidas (atividade do Estado) e por trazer à baila a discussão dos fins do Estado.

O critério negativista, preconizado por Fleiner e Velasco. define o Direito Administrativo como o ramo do Direito que regula toda a atividade estatal que não seja legislativa e jurisdicional. Alguns autores demonstram sua existência matematicamente. Assim:

$$DA = AL + AJ + AA$$

Do segundo membro dessa igualdade tira-se o que não é atividade administrativa (AA).

$$DA = AL + AJ + AA - (AL + AJ)$$

Eliminando-se OS parênteses tem-se:

$$DA = AL + AJ + AA - AL - AJ$$

Reduzindo-Se OS termos semelhantes tem-se:

$$DA = L + AJ + AA - AL - AJ$$

DA =AA

Apesar disso tudo, o critério não satisfaz, e as definições devem afirmar o que uma coisa é, e não o que não é.

Para as correntes que se valem da duplicidade de critérios, o Direito Administrativo é o conjunto de leis administrativas que regulam as relações entre a Administração Pública e os administrados (legalista-relação jurídica) ou é o conjunto de leis administrativas que disciplinam a instituição, a organização e o funcionamento dos serviços públicos e seu oferecimento aos administrados (legalista-serviço público). Esses conceitos, como outros da mesma índole, não são melhores que os anteriormente estudados. Com efeito, a conjugação de referenciais inadequados não tornará mais preciso ou correto o conceito, que acabará por padecer dos respectivos vícios.

Tendo presentes todas essas dificuldades, preferimos. antes de formular mais um conceito para o Direito Administrativo, em termos universais, e, posteriormente formular uma definição de Direito Administrativo brasileiro 5, adotar, desde logo, a oferecida por Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo brasileiro, 24. ed., atual. Eurico Andrade Azevedo et al.. São Paulo, Malheiros. 1999, p. 34). Para esse consagrado autor. o Direito Administrativo brasileiro é o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

Vê-se que o Direito Administrativo é uma sistematização de normas doutrinárias de Direito (conjunto harmônico de princípios jurídicos). não de ação social. Daí seu caráter científico. Suas normas destinam-se a ordenar a estrutura e o pessoal (órgãos e agentes) e os atos e atividades da Administração Pública, praticados ou desempenhados enquanto poder público. Excluem-se, portanto, os atos materiais e os regidos pelo Direito Privado. Ademais, o Direito Administrativo não se preordena a reger as atividades

4. Os concessionários e permissionários de serviço público, por exemplo, são particulares que podem editar atos administrativos em algumas circunstâncias.

5. Sobre esse tema é oportuno ver o trabalho Conceituação de direito administrativo brasileiro, de Percival Júlio Vaz Cerquinho. RDA. 121:1.

abstratas (legislação). indiretas (jurisdição) e mediatas (ação social) do Estado. Por último, não lhe compete dizer quais são os fins do Estado. A fixação desses fins é atribuição de outras ciências.

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. Aspectos preliminares

Constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade. Os princípios são: 1) onivalentes, isto é, os que valem para qualquer ciência. a exemplo do princípio de não-contradição: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo: 2) plurivalentes, ou seja, os que valem para um grupo de ciências. a exemplo do princípio da causalidade, que informa as ciências naturais: à causa corresponde um dado efeito: 3) nionivalentes. tais como os que valem só para uma ciência. a exemplo do princípio da legalidade (a lei submete a todos), só aplicável ao Direito. Estes últimos podem ser: a) gerais. a exemplo dos que valem só para um ramo de uma dada 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: b) especijicos, ou seja, os que valem só para uma parte de um ramo de certa ciência. nos moldes do princípio da continuidade do serviço público (a atividade pública é ininterrupta). só verdadeiro para o Direito Administrativo, que é sub-ramo do Direito Público.

Em resumo:

1. Onivalentes
2. Plurivalentes

Principios

Normalmente os princípios não são encontráveis no Direito Positivo. Este, quando muito, apenas os menciona, como faz o art. 37 da Constituição Federal, que enumera os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência⁶. Se consignados em lei, são

6. O princípio da eficiência foi acrescentado à Constituição Federal pela Emenda Constitucional o. 19/98.

normas principiológicas. Esse também é o entendimento de Joaquim Castro Aguiar (Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição, Rio de Janeiro. Forense. 1993, p. 27). ao afirmar que “os princípios não necessitam ser formulados positivamente para que tenham existência como categoria jurídica. Quando positivados chamam-se normas princípios”.

Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema. seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas. compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão. ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (RDP. 15:284). Sendo assim é certo que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema. subversão de seus valores fundamentais. contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. afirma esse notável administrativista (RDP. 15:284).

2. Princípios de Direito Administrativo

A Constituição Federal. no art. 37, preceitua que a Administração Pública. tanto a direta como a indireta de qualquer dos Poderes da União. dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios. obedecerá aos princípios da legalidade. impessoalidade. moralidade, publicidade e eficiência. já por nós referidos acima. Mas certamente não só a esses. como ensina Toshio Mukai (Administração pública na Constituição de 1988. São Paulo. Saraiva. 1989, p. 48). Aliás, seguindo essa orientação. a Constituição de São Paulo. no art. 111. ampliou esse rol. acrescentando os princípios da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público como de observância obrigatória pela Administração Pública direta. indireta e fundacional. Assim, entre outros. são princípios que. sobre nortear a atividade administrativa, informam e fundamentam o Direito Administrativo, os abaixo elencados.

2.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar. sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o

correspondente ao caso legal. ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei. é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de

a) Gerais 3. Monovalentes 1 b) Específicos

7

ação, como se vê. é bem menor que o do particular. 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.

Por fim, observe-se que o princípio da legalidade não incide só sobre a atividade administrativa. É extensivo às demais atividades do Estado. Aplica-se, portanto, à função legislativa, salvo nos casos de países de Constituição flexível, onde o Poder Legislativo pode, livremente, alterar o texto constitucional. O Legislativo, no caso, é também poder constituinte, como ocorre na Inglaterra. Aplica-se ainda à atividade jurisdicional. Assim, não pode o Judiciário comportar-se com inobservância da lei. Seu comportamento também se restringe aos seus mandamentos. Daí a afirmação de Carlos Alberto Ortiz⁹ segundo a qual: "Nem o Judiciário em sua prestação jurisdicional prescinde da bitola legal, que lhe impõem as regras legais, como as de competência e as processuais. v. g., o art. 126. do Código de Processo Civil". O mesmo se pode dizer das cortes de contas. Em suma, ninguém está acima da lei.

2.2. Princípio da impessoalidade

A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. E o que impõe ao Poder Público este princípio.

7. Essa tríplice responsabilidade está expressamente prevista no art. 121 da Lei federal n. 8.112/90. que dispõe sobre o Regime Unico dos Servidores Públicos Civis da União. das Autarquias e das Fundações Públicas.

8. Veja sobre esse tema Paulo Brossard na RTDP. 4:15.

9. Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral, publicação do Tribunal Regional Eleitoral e da Procuradonia Regional Eleitoral do Estado de São Paulo. IMESP. . 28. p.

11.

8

Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação. Assim, tem toda razão Wolgran Junqueira Ferreira (Comentários à Constituição de 1988, Julex, 1989, v. 1, p. 452) quando afirma que “a impessoalidade isto é, o ato administrativo, não deve ser elaborado tendo como objetivo a pessoa de alguém. Não pode ser dirigido com o intuito de beneficiar esta ou aquela pessoa, esta ou aquela empresa. Caso típico de pessoalidade que deve sofrer sanção do Direito Administrativo foi a concorrência para a construção da ferrovia norte-sul, onde já se sabia com antecedência os ganhadores das ‘concorrências públicas’ de todos os trechos, pois foi usado o critério pessoal ao invés da impessoalidade que ora a Constituição obriga”.

A mesma inteligência é esposada por Ivan Barbosa Rigolin (O servidor público na Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 73), por Adilson Abreu Dalian (Suplemento Jurídico do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo, jan./mar. 1989, n. 134, p. 8) e por Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo, 5. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 7), para quem “o princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”. José Afonso da Silva, em seu Curso de direito constitucional positivo (9. ed., São Paulo, Malheiros, 1992, p. 570), atribui outro conteúdo a esse princípio, ao asseverar: “O princípio ou regra da impessoalidade 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”, e Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 85) preleciona que essa proposição nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal, e este é unicamente o que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

2.3. Princípio da moralidade

Diz Hauriou, seu sistematizador, que o princípio da moralidade extrai-se do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública; tira-se da boa e útil disciplina interna da Administração Pública, O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos. Para Hely Lopes Meirelles, apoiado em Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do bom administrador, aquele que,

usando de sua competência. determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral co-

9

mum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público. Por essa razão. veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e da boa-fé. A importância do princípio da moralidade administrativa já foi ressaltada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA. 89:134). ao afirmar que a moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo.

Note-se, por fim. que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular objetivando anular ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5. LXXIII. da CF) e que os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não. contra a Administração direta. indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União. dos Estados. do Distrito Federal. dos Municípios. de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. serão punidos com base na Lei federal n. 8.429. de 2 de junho de 1992”.

Alguns autores, com base no art. 85. V. da Constituição Federal, que considera crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a probidade administrativa, vêem, distinto da moralidade administrativa, um novo princípio. o da probidade administrativa. Outros indicam o princípio da probidade administrativa como uma espécie do princípio da moralidade administrativa. Não cremos que haja entre esses comportamentos da Administração Pública características que permitam tratá-los como princípios distintos. Quando muito. podemos afirmar que a probidade administrativa é apenas um particular aspecto da moralidade administrativa que recebeu da Constituição Federal um tratamento próprio. na medida em que atribuiu ao ímprobo a pena de suspensão dos direitos políticos’.

2.4. Princípio da publicidade

Esse princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta. para conhecimento, controle e início de seus efeitos. Todos os atos. contratos e instrumentos jurídicos devem ser publicados porque. diz Hely Lopes

10. Essa lei dispõe ‘sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências’.

11. Nesse sentido, confira José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed.. São Paulo. Malheiros Ed.. 1999. Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 87),

10

pública é a Administração que os pratica. A essa regra escapam os atos e atividades relacionados com a segurança nacional (art. 52, XXXIII. da CF). os ligados a certas investigações. a exemplo dos processos disciplinares, de determinados inquéritos policiais (art. 20 do CPP) e dos pedidos de retificação de dados (art. 59, LXXII. b. da CF). desde que prévia e justificadamente sejam assim declarados pela autoridade competente. Para esses pode-se falar em sigilo. Observe-se que é critério a ser atendido na tramitação dos processos administrativos a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição Federal. consoante prescrito no inciso V do parágrafo único do art. 2 da Lei federal n. 9.784/99. que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Declarado o sigilo, só algumas pessoas. como os interessados e seus procuradores e os servidores que devem atuar nos processos assim caracterizados, podem ter vista e examiná-los. A qualquer outra pessoa esses atos estão vedados. Essas exceções não são privilégio deste ou daquele Poder. Existem no Judiciário (segredo de justiça art. 155 do CPC e art. 59, LX. da CF) e no Legislativo (sessão e voto secreto, conforme dispõem. respectivamente. os arts. 69 e 184 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais. aprovado pela Resolução n. 17. de 1989).

Pela publicação ou. quando isso não for possível, pelo processo de expedição de certidões. a Administração Pública dá conhecimento de seu comportamento. tornando o seu agir transparente. Ademais, permite o controle por qualquer dos administrados, consoante assegurado na alínea a do inciso XXXIV do art. 52 da Lei Magna. e desencadeia o início dos prazos de interposição de recursos. de prescrição e decadência.

A publicação para surtir os efeitos desejados é a do órgão oficial. De sorte que não se considera como tendo atendido ao princípio da publicidade a mera notícia. veiculada pela imprensa falada. escrita ou televisiva. do ato praticado pela Administração Pública.

mesmo que a divulgação ocorra em programas dedicados a noticiar assuntos relativos ao seu dia-a-dia. como é o caso da Voz do Brasil, conforme já decidiu o STF ao julgar o RE 71.652 (RDA. 111:145).

Órgão oficial é o jornal, público ou privado, destinado à publicação dos atos estatais. A Lei federal n. 8.666/93, chamada de Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, no art. 6, XIII, com a redação que lhe atribuiu a legislação posterior, define imprensa oficial como 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”. Se não for, por lei. exigida essa forma de publicidade, os mesmos efeitos são alcançados mediante a afixação dos

11

atos, contratos e outros instrumentos jurídicos em quadro de editais, colocado em local de fácil acesso na sede do órgão emanador. Tal forma de publicação também é adotada por essa lei para divulgar o convite (art. 22, § 3º) A Administração Pública, salvo determinação legal. é livre para escolher um ou outro desses procedimentos para dar a devida publicidade a seus atos. contratos e atividades, mas não pode valer-se ora de um, ora de outro, dado que tal conduta dificultaria o conhecimento que desses atos e comportamentos devem ter os administrados. Nesse sentido já decidiu o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Ap. 33.371. RT, 597:106).

A publicação de atos. contratos e outros instrumentos jurídicos. salvo os normativos, pode ser resumida. Essa é a regra geral que a Constituição de São Paulo repisa. certamente, para fins didáticos, e que em mais de uma vez é encontrada nos diversos diplomas legais em vigor, a exemplo da Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (arts. 21 e 61, parágrafo único). As leis, códigos e outros atos normativos (regulamentos, instruções, regimentos) devem ser publicados integralmente.

A publicidade dos atos, contratos e outros instrumentos jurídicos da Administração direta, indireta e fundacional, sob pena de ser tida como irregular. deve atender a outras exigências legais. como é, por exemplo, o número de publicações. Assim, não estará regularmente publicado o ato. para o qual a lei exige, v. g., publicação durante três dias consecutivos, se houve apenas uma publicação ou se aconteceram as três mas em dias alternados. Também não estará atendido o princípio se a lei prescreve,

além de uma publicação em órgão oficial, a afixação no quadro de edital e a remessa de cópia do ato para determinada entidade que congrega interessados a quem o ato se destina, como acontece com disposição da Lei estadual de São Paulo n. 6.544/89 (art. 22, II). e nada disso foi feito ou, quando muito, o foi em parte. Ademais, devem-se observar os prazos limite de publicação, como ocorre em relação à Administração direta, indireta, fundacional, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, que estão, por força do art. 115, § 52, da Constituição estadual de São Paulo. obrigados a publicar até o dia 30 de abril o respectivo quadro de cargos e funções, preenchidos e vagos, referentes ao exercício anterior. A isso também está obrigado o Poder Legislativo. O ato. contrato ou lei será tido como inexistente se sua publicação não for regular, conforme já decidiu o STE ao julgar o RE 108.543-6-Sp (DJU, 9maio 1989).

Entre outros, são efeitos da publicação oficial: I — presumir o conhecimento dos interessados em relação ao comportamento da Administração Pública direta, indireta e fundacional: II — desencadear o decurso dos prazos de interposição de recursos; III — marcar o início dos prazos de decadência e prescrição: IV — impedir a alegação de ignorância em relação ao comportamento da Administração Pública direta e indireta.

12

Diga-se que o princípio da publicidade não deve ser desvirtuado. Com efeito, mesmo a pretexto de atendê-lo, é vedado mencionar nomes ou veicular símbolos ou imagens que possam caracterizar promoção pessoal de autoridade ou servidor público, ex vi do que prescreve o § 1º do art. 37 da Constituição Federal, repisado nas Constituições estaduais, a exemplo da paulista (art. 115, § 1º). Essas disposições são de observância imediata, não necessitando para sua aplicação de qualquer regulamentação. Não obstante essa regra. é certo que não se comete infração com a colocação dos nomes das autoridades públicas responsáveis por determinada obra em placa alusiva à sua inauguração ou com a colocação de fotos de autoridades em galerias especialmente criadas, a exemplo da Galeria dos ex-Prefeitos. As duas situações espelham uma preocupação com o registro de fatos históricos, sem caracterizar promoção pessoal. Outras vedações à divulgação de certos comportamentos da Administração podem ser feitas, como é o caso da publicidade fora dos limites territoriais do Estado ou do Município. A Constituição paulista veda a publicidade fora do Estado (art. 115, § 2) para fim de propaganda governamental, mas ressalva a publicidade das empresas

estatais paulistas que enfrentam concorrência de mercado. A esses princípios também estão submetidas as autarquias e as fundações públicas.

As sociedades de economia mista e as empresas públicas somente se subordinam a esses princípios se prestadoras de serviço público. A eles, em tese, não se submetem se interventoras da atividade econômica, dado que são constituídas e organizadas para atuar nos termos das entidades privadas, conforme estabelece o art. 173 da Constituição Federal. Assim, como regra, seus atos e comportamentos são prestigiados pelo sigilo quando disserem respeito aos seus objetivos.

2.5. Princípio da finalidade

Por esse princípio impõe-se à Administração Pública a prática, e tão só essa, de atos voltados para o interesse público². O afastamento da Administração Pública da finalidade de interesse público denomina-se desvio de finalidade. O desvio de finalidade pode ser genérico ou específico. Diz-se genérico quando o ato simplesmente deixa de atender ao interesse público,

12. Para aprofundar, veja Sueli Solange Capitula. Interesse público princípio constitucional implícito. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais v. 17. out./dez. 1996. e Héctor Jorge Escola. El interés público como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires. Depalma. 1989.

13

como ocorre na edição de atos preordenados a satisfazer interesses privados. a exemplo da desapropriação de bens para doá-los a particular ou como medida de mera vingança. Diz-se específico quando o ato desatende a finalidade indicada na lei. como se dá quando é usado um instrumental jurídico (Carteira de Identidade), criado para um fim (segurança pública) para se alcançar outro (aumento de arrecadação) ³. O ato portador desse vício é nulo. independentemente de outras sanções, quando cabíveis. Em suma: o ato que favorece ou persegue interesses particulares. tanto quanto o que propugna fim diverso do previsto. tácita ou expressamente. na regra da competência. são nulos por desvio de finalidade, conforme prescreve o art. 22, parágrafo único, e. da Lei federal n. 4.717/65. chamada Lei da Ação Popular.

Resta. Assim, saber o que é interesse público. Este é o que se refere a toda a sociedade. E o interesse do todo social. da comunidade considerada por inteiro. Nesse sentido é a lição de De Plácido e Silva (Vocabulário jurídico. 10. ed.. Rio de Janeiro.

Forense. . 2, p. 498): “Ao contrário do particular. é o que se 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 para uma necessidade coletiva”. E o “pertinente à sociedade como um todo”. assegura Celso Antônio Bandeira de Mello.

Esse proveito geral é o interesse primário a que se refere Renato Alessi (Instituciones de derecho administrativo. Barcelona. Bosch. trad. da 3. ed. italiana. t. 1, p. 184). E o único que pode ser perseguido pela Administração Pública, pois. como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello. é o que a “lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social”. Constata-se o interesse primário, por exemplo, na desapropriação de certo terreno para a construção e implantação de uma escola destinada à prestação de ensino fundamental, dado que nos termos da Constituição da República. art. 205. a educação é dever do Estado (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município): na outorga de bolsa de estudo visando a pesquisa em certas áreas do conhecimento humano a quem para tanto tenha sido qualificado, dado caber ao Estado (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município) prover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218 da CF): no pagamento do salário mínimo a servidor, pois se trata de direito assegurado a essa espécie de trabalhador pela Lei Maior (art. 39. § 22. dc o art. 72, IV): na construção.

13. O mesmo ocorreria se o instituto do solo criado fosse utilizado para aumentar a arrecadação pública. em vez de ser empregado no desenvolvimento urbano.

14

instalação e funcionamento de um hospital. dado que a saúde é direito de todos e dever do Estado (União. Estado-Membro, Distrito Federal. Município). consoante previsto no art. 196 da Constituição Federal.

É fácil de ver, portanto, que não se caracteriza como de interesse público o relativo a certo grupo de pessoas. a uma família, a uma sociedade civil, mercantil ou industrial, a um sindicato. Estes podem ter. como comumente têm. um interesse expressivo que. no entanto. não chega a ser interesse público. dado não ter pertinência com toda a sociedade. Nem poderia ser de outro modo. uma vez que todo o poder emana do povo e. por evidente, em seu nome e benefício será exercido (art. 1, parágrafo

único. da CF), isto é, há de ser exercido em prol da coletividade (povo) por inteiro. Assim, não há interesse público na doação de um terreno para certa empresa ampliar suas atividades, do mesmo modo que não há esse interesse na concessão de pagamento parcelado de certo tributo a uma entidade qualquer em razão da dificuldade financeira por que passa. Também e pela mesma razão. não é interesse público o relativo à Administração Pública enquanto tal. como ocorre no adiamento, por alguns dias. do pagamento dos vencimentos de seus servidores para. mantendo os valores correspondentes aplicados no mercado financeiro. auferir renda.

O interesse que só diz respeito à Administração Pública ou que de modo geral não condiz com o interesse de toda a coletividade é chamado por Renato Alessi (Instituciones. cit., p. 184) de interesse secundário. O interesse secundário. salvo se coincidente com o interesse primário, não pode ser perseguido pela Administração Pública, conforme têm entendido os mais renomados administrativistas. Assim, será legítima a outorga de uma permissão de uso de bem público a certa empresa, para que esta implante e explore um estacionamento para seus clientes, se restar devidamente demonstrado que com a transferência do uso também se atende ao interesse público (urbanização do terreno. que, uma vez murado. deixará de ser depósito de lixo. esconderijo de marginais e local para desajustados sociais promoverem “sessões de embalo”, recebimento de um valor). Nesse exemplo o bem passa a ter uma utilização que é do interesse público, isto é, de toda a coletividade, pois passa a ter uma função social. Também será legítima a construção de um centro administrativo que reúna num só local os serviços prestados pelo Município e assim facilite suas responsabilidades, se com esse centro a coletividade for beneficiada.

Mas isso não é tudo. No Estado Federal deve-se entender o todo social como sendo a comunidade submetida à competência da entidade integrante da Federação. Assim, há de se atender ao interesse da comunidade brasileira se o que se quer promover diz respeito à União, ao da comunidade estadual ou distrital, se relativo ao Estado ou Distrito Federal. e ao da comunidade municipal, se se relacionar com o Município. Se assim não se

entender. restará muito difícil, senão impossível, ao Município, ao Estado-Membro ou ao Distrito Federal demonstrar que seus comportamentos são de interesse público, já que devem satisfazer à comunidade nacional.

2.6. Princípio da continuidade

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. Assim, não se admite, por exemplo, a paralisação dos serviços de segurança pública, de distribuição de justiça, de saúde, de transporte e de combate a incêndios. Por essa razão, não se concebe a greve em serviços dessa natureza e em outros considerados, por lei, como imprescindíveis ao desenvolvimento e à segurança da comunidade. A Constituição da República, no art. 37, VII, dispõe que o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar⁴.

E, ainda, em razão desse princípio que, pelo menos em tese, veda-se àquele que contrata com a Administração Pública a possibilidade de valer-se da exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 1.092 do Código Civil, quando a Administração Pública, sem ter cumprido a sua obrigação, exige a satisfação de obrigação de quem com ela contratou⁵. Por esse mesmo motivo, tornou-se comum a indicação, nomeação ou eleição de suplentes, portanto, nada há a estranhar se a autoridade competente nomeia os membros titulares de uma comissão de licitações e, ao mesmo tempo, nomeia seus respectivos suplentes.

Observe-se que o princípio da continuidade nem sempre significa atividade ininterrupta, sem intermitência, mas tão-só regular, isto é, de acordo com a sua própria natureza ou forma de prestação. Assim, são contínuos os serviços de coleta de lixo, executados pela Administração Pública a intervalos certos, de três em três dias, por exemplo. Para a continuidade é irrelevante, nesses casos, o intervalo de tempo entre uma e outra das atuações públicas. Esse é o entendimento de José Cretella Júnior, calcado em Buttgenbach, 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

14 A respeito do direito de greve do servidor público, veja o que dissemos no Capítulo V, item VIII, n. 5.5.5.

15. Esse artigo prescreve: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

eleitoral. o serviço das comissões de bolsas de estudos, mas significa que o serviço deve funcionar regularmente, isto é, de acordo com sua natureza e conforme o que prescrevem os estatutos que os organizam” (Tratado de direito administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1972. v. 10, p. 85).

2.7. Princípio da indisponibilidade

Não se acham. segundo esse princípio, os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e este não são seus senhores ou seus donos. cabendo-lhes por isso tão só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão. há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição (RDA. 107:278) e para tantas outras atividades a cargo dos órgãos e agentes da Administração Pública. E a ordem legal, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 23), que dispõe sobre essas atividades, possibilitando ou proibindo a disponibilidade dos bens. direitos, interesses e serviços públicos.

Em razão desse princípio o Supremo Tribunal Federal já assentou que o poder de transigir ou de renunciar não se configura se a lei não o prevê (RDA. 128:178), e Clenício da Silva Duarte afirmou que a relevação de prescrição é renúncia de direito que importa em liberalidade, cuja efetivação depende de autorização legislativa (RDA. 107:278). Aos agentes públicos. por força desse princípio é vedada a renúncia, parcial ou total. de poderes ou competências. salvo autorização legal⁶. Em razão desse princípio, não pode a Administração Pública deixar de usar os meios judiciais e extrajudiciais para repelir a turbção, o esbulho e a indevida utilização de áreas públicas (RT, 726:236).

2.8. Princípio da autotutela

A Administração Pública está obrigada a policiar, em relação ao mérito e à legalidade, os atos administrativos que pratica. Cabe-lhe. Assim, retirar do ordenamento jurídico os atos inconvenientes e inoportunos e os

16. Art. 2, parágrafo único. II. da Lei federal n. 9.784/99.

ilegítimos. Os primeiros através da revogação e os últimos por via da invalidação. A esse respeito afirma Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 183) que “A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorcia-se da moral, ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal”. Essa orientação encontra apoio na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal¹

A prerrogativa de invalidar ou revogar os próprios atos não se estende além dos administrativos. Assim, não lhe cabe invalidar atos e contratos regidos pelo Direito Privado (RDA. 96:117. 114:465 e 137:169). Nesses casos a declaração de nulidade deve ser obtida junto ao Poder Judiciário, conforme já asseguramos em parecer publicado na RDP. 83:267. Também não cabe à Administração Pública invalidar ato administrativo que tenha servido para a prática de outro, como é o caso do ato de aprovação de loteamento que atende, juntamente com os demais documentos, às exigências para o registro dessa urbanização no cartório imobiliário competente.

Por fim, diga-se que não deve ser confundido o princípio da autotutela com tutela administrativa. Esta diz respeito ao controle que a Administração direta exerce sobre as entidades da Administração indireta (sociedade de economia mista, empresa pública). Ainda, mencione-se que alguns autores usam o vocábulo “autotutela” com outro significado. Vale dizer:

usam-no como sinônimo de auto-executoriedade e disso é exemplo Sergio de Andréa Ferrejra.

2.9. Princípio da supremacia do interesse público

No embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Júnior (Tratado, cit., v. 10, p. 39). Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o

17. Essa Súmula prescreve: “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’.

interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos. Assim ocorre na desapropriação, na rescisão por mérito de certo contrato administrativo e na imposição de obrigações aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, a exemplo da servidão administrativa.

A aplicabilidade desse princípio, por certo, não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, consoante prescreve a Lei Maior da República (art. 5. XXXVII). De sorte que os interesses patrimoniais afetados pela prevalência do interesse público devem ser indenizados cabalmente.

2.10. Princípio da igualdade

A Constituição Federal, no art. 52, estabelece que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. E o princípio da igualdade ou isonomia. Todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, têm o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais. Se iguais nada pode discriminá-los. Impõe-se aos iguais, por esse princípio, um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico. E princípio que norteia, sob pena de ilegalidade, os atos e comportamentos da Administração Pública direta e indireta. E, assim, um dos direitos individuais consagrados tanto à proteção dos brasileiros como dos estrangeiros submetidos à nossa ordem jurídica. Não se deve. Destarte, levar em conta a restrição residentes no País. Por fim, cabe afirmar que é princípio aplicável às pessoas físicas e jurídicas, embora encimado pelo título “Dos Direitos e Garantias Individuais”.

Todavia, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 33) que o princípio da igualdade não deve ser entendido em termos absolutos de modo a se converter em obstáculo do bom e eficaz desempenho da atividade administrativa. A Administração Pública, é evidente, pode impor condições ou fazer exigências, conforme a hipótese, para a admissão de alguém na fruição de um serviço público (superação de período de carência), para a nomeação de alguém com o fito de titularizar um cargo público (estatura mínima para ser policial militar). O que não pode é favorecer alguém, excluindo outros de um dado benefício: discriminar por discriminar.

É oportuno afirmar que a licitação e o concurso público para ingresso no quadro de pessoal da Administração, tanto direta como indireta, de observância obrigatória por força do disposto no art. 37, II e XXI, respectivamente, são os mais importantes instrumentos de viabilização do princípio da igualdade ou isonomia.

2.11. Princípio da eficiência

Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. Pela EC n. 19/98, que o acrescentou ao rol dos consignados no art. 37, esse princípio ganhou status constitucional.

O desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação. Aliás, essa atitude pode levar a Administração Pública a indenizar os prejuízos que o atraso possa ter ocasionado ao interessado num dado desempenho estatal. E o que ocorre se solicitada a instalação de um pára-raios numa escola. O Estado procrastina a instalação. Nesse tempo, ocorre a queda de raio que causa prejuízo aos alunos. O Estado, apurada a culpa, deve indenizar os prejudicados. Nesse sentido já se manifestou o STF ao interpretar o art. 194 da Constituição de 1946. Com efeito, estabeleceu esse pretório que “a administração pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exige a sua presença para evitar a ocorrência danosa” (RDA, 97:177).

As atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Resultados positivos não significam lucros, embora, em alguns casos, possam existir. Deve-se com esse desempenho, rápido e perfeito, atingir um maior número de beneficiados. Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação, evitando-se as que não têm ou que não atendam a esse princípio. É, pois, a relação custo-benefício que deve presidir todas as ações públicas. Destarte, não se deve estender rede de energia elétrica ou de esgoto por ruas onde não haja edificações ocupadas:

nem implantar rede de iluminação pública em ruas não utilizadas. Nos dois exemplos, a execução dessas obras não apresentaria resultados positivos. Toda a comunidade arcaria com seus custos, sem qualquer benefício.

O atendimento desse princípio, cremos, vai mais além. De fato, certas situações não devem ser mantidas se o contrariarem. O agente público

20

em tais casos. deve tomar as medidas necessárias para pôr fim a certa situação tida. em termos de resultado, por desastrosa para o Estado. Assim, deve extinguir órgãos e entidades e remanejar servidores sempre que se verificar um descompasso entre a situação existente e o princípio da boa administração. ou. se isso não for aconselhável deve tomar as medidas para tornar menor esse desvio ou descompasso. Ações dessa natureza já foram tomadas. Com efeito, algumas sociedades de economia mista que existiam em São Bernardo do Campo foram extintas pela Administração Tito Costa porque não se afeiçoavam a um desempenho com resultados positivos. O mesmo ocorreu com a desativação de algumas sondas da Paulipetro. consórcio criado pelo governo estadual de São Paulo para a prospecção de petróleo e gás. ordenada na Administração de José Maria Marin. Aqui a razão também foi prestigiar o dever da eficiência administrativa e evitar maiores gravames públicos. Essa mesma razão motivou o então Governador Franco Montoro. de São Paulo. a pôr fim ao referido consórcio, já no início de seu governo.

2.12. Princípio da motivação

Os atos administrativos precisam ser motivados. Devem ser mencionadas para a prática de qualquer ato administrativo as razões de fato e de direito que levaram a Administração a proceder daquele modo. A motivação deve ser prévia ou contemporânea à prática do ato. Observe-se que para atender a essa exigência não é absolutamente necessário que do ato conste a explicitação do motivo. Assim, estará atendida a disposição legal se a título de motivação for indicado que o ato é praticado em razão do que consta no processo administrativo ta e qual ou que está calcado no parecer de folhas tais. Nesses casos. o conteúdo do processo e as conclusões do parecer constituem a motivação dos respectivos atos (RDP. 34:141). Assim também decidiu o STJ (DJU. 6 mar. 1995).

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo. consoante já decidiu o STF (RDP. 34:141). Hoje. com mais razão. essa afirmação é de todo pertinente, pois a Constituição Federal exige que até as decisões administrativas dos

Tribunais sejam motivadas (art. 93. X). Daí a correta observação de Lúcia Valle Figueiredo (Curso de direito administrativo. 3. ed.. rev. e atual., São Paulo. Malheiros. 1998, p. 43): “Ora. se. quando o Judiciário exerce função atípica — a administrativa — deve motivar. como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?” Não obstante tem-se apregoadado que a motivação só é obrigatória quando se tratar de ato vinculado (casos de dispensa de licitação) ou quando. em

21

razão da lei ou da Constituição. ela for exigida. Nesta última hipótese. não importa a natureza vinculada ou discricionária do ato. ela é indispensável à sua legalidade. Em princípio, pode-se afirmar que a falta de motivação ou a indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo, conforme têm entendido nossos Tribunais (RDA. 46:189 e RDA. 48:122). No âmbito federal essa discussão não mais se coloca, pois a Lei n. 9.784/99. em seu art. 50. prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer qualquer distinção entre os vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida. Referidos incisos. no entanto. mencionam situações que podem estar relacionadas tanto a atos administrativos vinculados como a discricionários, o que reforça o entendimento de que ambos devem ser motivados. 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 (1). Na solução de vários assuntos da mesma natureza. pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões. desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados (22). A motivação das decisões de órgãos colegiados ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito (3).

2.13. Princípio da razoabilidade

O particular. salvo alguma anomalia, não age de forma desarrazoada. Seu comportamento. diante das mais variadas situações, predispõe-se. sempre. a seguir o sentido comum das pessoas normais. Assim também deve ser o comportamento da Administração Pública quando estiver no exercício de atividade discricionária, devendo atuar racionalmente e afeiçãoada ao senso comum das pessoas. tendo em vista a competência recebida para a prática. com discricção, de atos administrativos. As condutas da Administração Pública distanciadas desse limite são ilegais. Assim serão, afirma Celso Antônio Bandeira de Meio, ao dissertar sobre esse princípio. “as condutas

desarrazoadas. 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 discricionariedade”.

A lei. ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade. não lhe reservou, em absoluto. qualquer poder para agir a seu gosto. ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser conseguido naquele momento. A lei.

22

portanto, não lhe permite. sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei. que somente aceita as coerentes. Em suma: nada que esteja fora do razoável, do sensato. do normal. é permitido ao agente público. mesmo quando atua no exercício de competência discricionária. Esse o princípio da razoabilidade. A Constituição Federal não o prevê expressamente: é uma desconhecimento dos princípios da legalidade e da finalidade. A Constituição Paulista explicita-o no art. 111, ao lado de outros.

Costuma-se ver na regra do inciso VI do parágrafo único do art. 2 da Lei federal n. 9.784/99. que exige que nos processos administrativos seja observada 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”. o cerne do princípio da proporcionalidade que. no entanto. é apenas um aspecto do princípio da razoabilidade. Os atos administrativos não podem ser praticados. quando se tratar de atuação discricionária. com excesso ou escassez para prejudicar o administrado. Aplicar a pena de suspensão a certo servidor, quando a sanção de advertência seria suficiente para dar satisfação ao interesse público. é praticar ato afrontando esse princípio, tanto quanto seria assim se a sanção imposta ao servidor fosse de advertência, mas a exigida pelo interesse público fosse a de suspensão. Essas condutas são incoerentes. irrazoáveis. donde a aproximação desse princípio com o da razoabilidade. Importa afirmar, por fim. que qualquer dessas condutas se caracteriza como ilegal, devendo, por essa razão. ser anuladas pelo Judiciário ou invalidadas pela própria Administração Pública.

VI—INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Interpretar é alcançar o sentido de alguma coisa: é apreender-lhe a significação. Assim, interpretar o Direito Administrativo é captar o sentido de suas normas. A interpretação, processo pelo qual se obtém essa significação. pode ser: Legislativa, judicial. doutrinária, popular e administrativa, conforme seja o seu autor,

isto é, o Legislativo, o Judiciário, o estudioso. o administrado ou a Administração Pública. Busca-se, por esses meios, a mens legis, ou seja, a vontade da lei. levando-se em conta que: 12) a Administração Pública age com desigualdade em relação aos administrados: 22) é prestigiada por poderes discricionários: e 32) seus atos presumem-se legítimos.

A Administração Pública e o administrado não estão no mesmo pé de igualdade ou no mesmo nível. Dessa desigualdade ou supremacia da Ad-

23

ministração Pública decorrem privilégios que devem ser levados em conta por ocasião de qualquer exegese. Sempre que conflitarem os interesses públicos e os particulares. estes cederão àqueles. A vontade do Estado ou o interesse público prevalece sempre que contraposto ao querer do particular ou ao interesse privado. respeitados, por certo. os direitos que o ordenamento jurídico lhe assegura.

A Administração Pública goza. rotineiramente, de prerrogativas discricionárias. Vale dizer, atua com certa dose de liberdade para decidir. Reserva-se-lhe mais de uma opção. dentro das pautas ou parâmetros fixados em lei para decidir nas situações concretas. Esses privilégios não podem ser esquecidos pelo intérprete, já que reconhecidos a favor da Administração Pública para ajustar o interesse público às suas próprias finalidades.

Os atos administrativos são favorecidos pelo princípio da presunção de legitimidade. Em razão do princípio da legalidade, presumem-se praticados de acordo com a lei. Essa presunção é relativa ou de fato. ou. como diziam os romanos, juris tantum. Admite, portanto, prova em contrário. Assim, pode-se provar, por todos os meios, que a declaração expropriatória não é legítima. dado que seu autor não é o agente competente para a prática de tal ato. E presunção diversa da que não admite prova em contrário, ou. como diziam os romanos, presunção juris et de jure. Esta presunção absoluta ou de direito, é a que ocorre com a coisa julgada: a lei a presume verdadeira. Esse favorecimento acaba, de um lado, por inverter o ônus da prova, isto é, a Administração Pública não precisa provar que seu ato é legal. salvo quando posto em dúvida perante o Judiciário ou o Tribunal de Contas. Nesse sentido, prescreve o art. 113 do Estatuto federal das Licitações e Contratos Administrativos, no que respeita ao controle pelo Tribunal de Contas dos atos de despesa da Administração Pública. Por esse dispositivo os órgãos da Administração Pública responsáveis pelas despesas ficam obrigados a demonstrar sua legalidade e regularidade. De outro lado, esse princípio

acaba por fundamentar a execução dos atos administrativos pela própria Administração Pública, ou seja, a execução do ato administrativo, em tese, independe de qualquer autorização prévia do Judiciário ou do Legislativo. E a auto-executoriedade.

Observe-se, a final, que não gozam de qualquer privilégio os atos da Administração Pública praticados sob a égide de outros regimes jurídicos, a exemplo da permuta ou da doação, que são regidas pelo Direito Civil, e do contrato de trabalho, regulado pelo Direito do Trabalho. Apesar disso, pode haver previsão legal, como ocorre com os recibos de quitação ou com os pedidos de demissão de empregados do Poder Público e de suas autarquias e fundações prestadoras de serviços públicos, regidos pelo Direito do Trabalho, que atribui a esses atos presunção de legitimidade. Tais atos são matizados por esse atributo, por força do disposto no art. 1º do Decreto-Lei federal n. 779/69.

24

VII— FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. Conceito

Fonte é o lugar de onde brota, através da terra, a água. Vulgarmente, é o ponto de partida de alguma coisa, e, como tal do Direito. Destarte, fontes do Direito são as formas que o revelam, ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. É a exteriorização do Direito ou a sua formalização, portanto, fonte do Direito Administrativo é o conjunto de modos pelos quais esse sub-ramo do Direito Público é formalizado.

2. Espécies

Os autores costumam separar as fontes do Direito em escritas e não escritas. Em relação ao Direito Administrativo, as fontes escritas são as chamadas, genericamente, de lei (Constituição, Emenda Constitucional, Lei Complementar, Lei Ordinária, Medida Provisória, Regulamento, entre outras), enquanto as não escritas são a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais de direito. Observe-se que não há sobre essa matéria entendimento unânime entre os autores. Uns incluem, outros não, a doutrina como forma de exteriorização do Direito, isto é, como fonte. Outros entendem que a Administração Pública, em razão do princípio da legalidade, não pode fundamentar seus atos na jurisprudência, nos costumes ou na doutrina. Para estes só há uma fonte do Direito Administrativo: a lei.

2.1. A lei

Como regra geral, abstrata e impessoal, a lei é a mais importante das fontes do Direito Administrativo. Deve ser entendida em sentido amplo. Abrange desde a

Constituição até os atos normativos mais simples, isto é, que se predispõem a executar as leis, como os decretos, os regulamentos. as instruções (CF. art. 87. II). Compreende, pois. as Constituições (federal e estadual), as leis complementares. as leis delegadas, as leis ordinárias. as medidas provisórias, os tratados, os regulamentos e as instruções, entre

18. Princípios gerais do direito administrativo. São Paulo. Forense. 1969. v. 1. p.

179. Veja. ainda, de Luiz de Castro Neto, o livro Fontes do direito administrativo. São Paulo. CTE. 1977.

25

outras. Dessa abrangência. por certo. não escapam os atos e leis dos Estados-Membros. dos Municípios e do Distrito Federal. Apesar disso, não é fonte do Direito Administrativo toda e qualquer lei. mas tão-só as que regem os órgãos. os agentes e as atividades públicas, ou. em outras palavras. as que dispõem sobre relações que interessam ao Direito Administrativo. As leis civis, por exemplo, não são fontes do Direito Administrativo, como não são fontes desse ramo do Direito Público as leis penais. As leis estrangeiras, mesmo que administrativas, não são fontes do Direito Administrativo brasileiro, embora possam servir de inspiração ao legislador. como ocorre com frequência.

Ao lado disso. diga-se que o âmbito espacial de validade da lei administrativa é fixado pelo princípio da territorialidade. Assim, entre nós. a lei federal vale em todo o território brasileiro, como é o caso da Lei Geral das Desapropriações e da Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Esse princípio. no entanto. sofre exceções. Leis federais existem que não alcançam todo o território brasileiro, a exemplo das leis relacionadas com o Polígono das Secas e com a Amazônia Legal. As leis estaduais e municipais só valem no interior dos respectivos territórios.

A vigência da lei administrativa observa o que sobre isso prescreve a Lei Complementar federal n. 95. de 26 de fevereiro de 1998. que dispõe sobre a elaboração. a redação. a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal. revogando-se, Assim, a Lei de Introdução ao Código Civil no que com ela conflitar. Por essa lei complementar (art. 82). “a vigência da lei. inclusive a administrativa, será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento. reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão”. “Quando necessária a cláusula de revogação, esta deverá indicar expressamente as leis ou

disposições legais revogadas”, prescreve o art. 92 Em princípio, portanto, nenhuma lei, doravante, entra de imediato em vigor: todas devem ter *vacatio legis* e, quando for o caso, devem trazer expressamente o que revogam, pois restou vedada a revogação tácita.

A lei administrativa, no que atina com sua aplicação no tempo⁹, também observa a Lei de Introdução ao Código Civil, notadamente o que esta-

26

belecem o art. 62 e seus parágrafos. Com efeito, prescreve o art. 6 que “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. enquanto seus parágrafos estatuem que: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (1): “Consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (2): “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (3).

2.2. A jurisprudência

Como conjunto de decisões num mesmo sentido, proferidas quando da aplicação de certo preceito jurídico na solução de casos iguais, a jurisprudência é fonte não escrita relevante do Direito Administrativo, embora assim não entendam alguns autores. Reunidos, nessas condições, os julgados dos Tribunais acabam por integrar as formas de revelação do Direito. Foi o que ocorreu com o conceito de justa indenização na expropriação, dado que pouco, legislativamente, tinha-se a respeito. Só esse trabalho dos Tribunais, ao longo do tempo, permitiu a fixação desse valor, como se tivesse sido definido por lei. Em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos da América do Norte, a jurisprudência tem força coercitiva, na medida em que devem ser respeitados os precedentes judiciais, notadamente os das cortes superiores. Em outros países, a exemplo do Brasil, os julgados dos Tribunais obrigam pela força moral que encerram e só por isso são respeitados pelas instâncias e juízes. Apesar de ser assim, e de não se aplicarem senão a casos concretos, é seguro dizer que ante decisões reiteradas, de pacífica orientação jurisprudencial num dado sentido, a Administração Pública pode, por ato normativo seu, estender seus efeitos a outras situações idênticas²⁰.

Adverta-se que só as decisões que cuidam da matéria subordinada ao Direito Administrativo interessam à jurisprudência, como fonte desse ramo do Direito Público, quer promanam dos Tribunais comuns, quer dos especiais, a exemplo do contencioso

administrativo, nos países que o admitem como sistema jurisdicional. Ademais, cabe afirmar que dessa jurisprudência não participam as decisões meramente administrativas, pois não fazem

19. Sobre a aplicação da lei administrativa no tempo, veja estudo específico de Celso Antônio Bandeira de Mello na RDA. 134:11.

20. Nesse sentido, veja-se o parecer de Demóstenes M. Pinho na RDA. 54:465

27

coisa julgada. Essas decisões podem constituir. Apesar disso, uma jurisprudência administrativa a impor-se às novas decisões da Administração Pública. Esta, para os casos iguais, deverá obedecer-lhes. Nesse sentido ainda são de certa utilidade as súmulas ou formulações do então Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), referentes ao pessoal da União, nos termos do art. 116, III, do Decreto-Lei federal n. 200/67, do Decreto, também federal, n. 66.222/70, e da Portaria n. 162/71. Por fim, diga-se, com Carlos Medeiros Silva (RDA. 109:269), que a alteração da jurisprudência administrativa não atinge situações já consolidadas. As alterações jurisprudenciais valem para o futuro. Aliás, nessa linha de segurança das situações já ocorridas, prescreve o inciso XIII do parágrafo único do art. 22 da Lei federal n. 9.784/99, que é critério a ser observado na tramitação do processo administrativo a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.

A jurisprudência estrangeira, mesmo administrativa, não é fonte do Direito Administrativo brasileiro, mas pode servir de inspiração ao nosso Judiciário, como já aconteceu, até oficialmente, durante o Governo Provisório. Em 1890 foi expedido certo decreto com força de lei que estabelecia que a jurisprudência norte-americana seria fonte de inspiração para o nosso Judiciário, conforme ensina Geraldo Ataliba ao comentar alguns julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (RDP. 59:2 19).

2.3. Costume

Como fonte não escrita do Direito, o costume é a reiteração uniforme de um comportamento tido como obrigação legal. Como tal, é fonte do Direito Administrativo. Entre nós, o costume perdeu muito de sua importância como fonte do Direito. Com efeito, desde 1769, pela Lei da Boa Razão, não pode ser acolhido se e quando for contrário à lei. O Código Civil de 1916 revogou, por seu art. 1.807, os costumes concernentes às matérias por ele reguladas. O Código Civil de 2002 não tem

disposição semelhante a essa. o que não invalida a afirmação de que estão revogados os costumes relativos a assuntos versados por esse novel diploma legal.

21. Lei federal n. 10.406. de 10 de janeiro de 2002. destinada a vigorar, nos termos do art. 2.044. após um ano de sua publicação, ocorrida em 11 de janeiro de 2002. De sorte que. salvo expressa indicação, a referência a Código Civil indica esse diploma legal.

28

No que respeita ao Direito Administrativo, o costume. como fonte. é de alguma importância. dada a deficiência da legislação nessa área do Direito Público. Supre. Assim, a legislação. que sabemos ser notoriamente parca. Em resumo. diz Luiz de Castro Neto (Fontes do direito administrativo. cit., p. 87) que o costume é fonte do Direito Administrativo quer quando preenche as omissões da lei. quer quando serve à sua interpretação e incidência. mas não quando a revoga ou a derroga. A praxe administrativa (simples rotina administrativa) não se confunde com o costume. não sendo. na opinião da maioria dos autores. fonte do Direito Administrativo.

2.4. Princípios gerais de Direito

São, conforme lição de José Cretella Júnior. algumas proposições fundamentais que se encontram na base de toda a legislação. constituindo o norte. o roteiro. que orienta o sistema legislativo de um povo. São os pressupostos de onde derivam as regras jurídicas. Assim, em relação ao Direito Administrativo. são os princípios da legalidade, da publicidade, da moralidade administrativa, da continuidade do serviço público, da indisponibilidade dos interesses, bens e serviços públicos, da igualdade. da supremacia do interesse público, cuja inobservância. como já acentuou Celso Antônio Bandeira de Mello. é mais grave que o descumprimento de qualquer norma jurídica. Sua aplicação faz-se ante a lacuna da lei. Por eles não se derroga a lei. O julgador só se ampara nos princípios gerais de direito quando a analogia, legal ou jurídica. não puder resolver as omissões ou falta do direito legislado ou costumeiro. acentua Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Princípios. cit.. v. 1, p. 361).

A Constituição Federal enuncia alguns desses princípios (legalidade. impessoalidade. moralidade e publicidade e eficiência) no art. 37. cuja obediência, por parte da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes (Executivo. Legislativo e Judiciário) da União. dos EstadosMembros. do Distrito Federal e dos Municípios. é obrigatória, sem contudo dar-lhes qualquer definição ou conteúdo.

3. Outras fontes

A par desses procedimentos de formalização do Direito Administrativo. que não oferecem grandes dúvidas e comumente são aceitos pelos autores. outros existem. a exemplo da doutrina, que estão longe de ser aceitos como fonte desse ramo do Direito Público.

29

VIII— CODIFICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Se a discussão sobre as vantagens e desvantagens da codificação das leis jurídicas em geral está superada. com a vitória da tese de Thibaut sobre a de Savigny em prol da codificação. o mesmo não se pode afirmar em relação ao Direito Administrativo. De fato, a esse respeito grassa. entre os autores. extraordinária polêmica para saber se deve o Direito Administrativo ser codificado, e. se codificado, se dessa codificação resulta alguma utilidade.

Codificar é reunir em um conjunto metódico, sistemático e harmônico as normas que disciplinam uma dada matéria, por exemplo, o Direito ou parte dele. Código é a reunião metódica, sistemática e harmônica das leis positivas que regulam as matérias e os institutos jurídicos de um campo do Direito. Tais matérias, na nossa área. são, entre outras, as águas. o trânsito e o tráfego aéreo. os servidores públicos, as florestas, a fauna. enquanto os institutos são: o ato administrativo o contrato administrativo, a concorrência, o tombamento, a autarquia. a exemplo de outros. Daí os nossos Códigos: Código de Águas. Código de Trânsito Brasileiro, Código Brasileiro de Aeronáutica. Regime Jurídico dos Servidores Públicos. Código Florestal e Código de Caça e Pesca.

A discussão sobre a codificação do Direito Administrativo acabou por dividir os estudiosos do tema. Com efeito, colocou-os em favor de uma das três teses seguintes: a da não-codificação, a da codificação parcial e a da codificação. Os primeiros sustentam que o Direito Administrativo é um ramo jurídico novo e em constante elaboração. que ficaria imobilizado em sua evolução se fosse codificado. Ademais, seria impossível essa codificação em países federados, em razão de as legislações central (União), regional (Estado-Membro. Distrito Federal) e local (Município) serem muito diversificadas. Os do segundo grupo defendem a codificação em parte. Vale dizer: propugnam pela reunião tão-só de normas que disciplinam algumas das matérias reguladas pelo Direito Administrativo, a exemplo das relacionadas

22. Sobre esse tema, veja Da codificação do direito administrativo, de José Cretella Júnior. editado em 1951. pela Revista dos Tribunais: A codificação do direito administrativo, de Carlos S. de Barros Júnior (RT. 179:5): e Procedimento

administrativo proposta para uma codificação. de Ana Lúcia Amara) et ai. (RDF. 97:186). Sobre a codificação do processo administrativo. confira o estado de A. B. Cotnm Neto. Código de processo administrativo (RDP. 80:34).

30

com a caça e pesca. a água. a mineração, o servidor e as comunicações. Por fim. os últimos. aos quais nos filiamos, entendem possível a codificação e sustentam as vantagens dela decorrentes. não só para a Administração Pública como para os administrados, já que facilita a compreensão e a aplicação das normas assim reunidas.

No Brasil. os nossos mais insignes autores defendem a codificação do Direito Administrativo, já que. em termos de estágio (não-codificação. codificação parcial e codificação). ultrapassamos o da codificação parcial. Com efeito, parte da legislação. que é conteúdo do Direito Administrativo. já está codificada. Disso são exemplos: o Código de Águas. o Código de Mineração, o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código de Caça. o Código de Pesca. o Código Florestal e o Código de Obras. Destarte, devem as nossas autoridades promover as medidas e os estudos que permitam. num prazo curto. a instituição do Código Administrativo brasileiro. a exemplo do instituído em Portugal. pelo Decreto-Lei n. 31.095. de 31 de dezembro de 1940. e legislação posterior.

No âmbito do Estado de São Paulo. como verdadeiro código vigora desde o fim de 1998 a Lei estadual n. 10.177, de 30 de dezembro desse ano. que regula o processo administrativo aplicável à Administração Pública paulista, centralizada e descentralizada, salvo os atos e procedimentos disciplinados por lei específica. e desde 29 de janeiro de 1999 vige a Lei federal n. 9.784. que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

IX — O DIREITO ADMINISTRATIVO E SEUS RELACIONAMENTOS

Afirma José Cretella Júnior²³. citando Stein. que “o Direito Administrativo se relaciona com todos os ramos do saber humano”, ao que agregamos ser o exame desse relacionamento importante para gizar os seus próprios limites e realçar a unidade desses conhecimentos. Destarte, o Direito Administrativo mantém íntimas relações com as disciplinas jurídicas que integram o Direito Público e com as que participam do Direito Privado, a par de conexões com outras disciplinas não jurídicas.

23. Curso de direito administrativo. 6. ed.. rev. e ampl.. Rio de Janeiro. Forense. 1981. p. 149.

31

Com as disciplinas que compõem o Direito Público relaciona-se o Direito Administrativo. Com o Direito Constitucional a conexão é estreita. já que a este cabe informar todas as disciplinas jurídicas. sejam públicas. sejam privadas. Ademais, ambos, cada um a seu modo. cuidam do Estado. Com efeito, o Direito Constitucional fixa o arcabouço estatal, ou seja, precisa a forma, regime de governo, estrutura dos Poderes, direitos e garantias individuais, enquanto o Direito Administrativo estabelece as regras referentes aos órgãos. agentes e atividades públicas através dos quais o Estado alcança seus fins.

Com o Direito Tributário e Financeiro a interpenetração é notável, já que ao Tributário cabe a instituição dos tributos e ao Financeiro, a realização da receita e a efetivação da despesa. conseguidas por meio de atos e procedimentos administrativos. De fato, essas atividades desempenhadas pelo Estado na obtenção dos recursos e na satisfação das despesas necessárias ao atingimento de seus fins envolvem atos. fatos e procedimentos de natureza administrativa. Disso é exemplo o lançamento. A todo instante iltauram-se procedimentos administrativos visando a arrecadação dos tributos (impostos. taxas. contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições especiais. como as que prestigiam a Previdência Social e a Ordem dos Advogados do Brasil) e a fixação de cobrança dos preços públicos ou tarifas. Ao lado disso, e com natureza de matéria administrativa. estão os julgamentos dos recursos promovidos pelos contribuintes em razão dessa atividade fiscal exercida pelo Estado.

Com o Direito Internacional verifica-se a afinidade na medida em que os servidores e as representações diplomáticas integram a Administração Pública e se prestam ao desempenho de atividades administrativas, a exemplo da notarial. Cumpre. ainda, revelar que os Estados celebram tratados sobre serviços públicos (transportes aéreos. marítimos, comunicações). executados mediante regras ditadas pelo Direito Administrativo.

A conexão com o Direito Penal ocorre de vários modos. A definição de certos delitos. notadamente dos considerados crimes contra a Administração Pública (CP. arts. 312 usque 327). depende de conceitos dados pelo Direito Administrativo, conforme acontece com a expressão “patrimônio público”. Por outro lado. inúmeras normas penais em branco existem cuja interpretação depende das disposições administrativas. O delito previsto no art. 269 do Código Penal (Omissão de notificação de doença) só se configura se existente um rol de moléstias cuja notificação de ocorrência à autoridade

pública, por parte do médico. seja compulsória. O mesmo pode ser dito em relação a alguns crimes previstos na Lei federal n. 6.766/79 (Lei de

32

Parcelamento do Solo Urbano). De fato, o delito só se configura se existente lei municipal dispondo sobre a implantação de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, desatendida pelo particular interessado no parcelamento. Essa matéria, parcelamento urbano é de natureza administrativa, daí a interação⁴. Diga-se, ainda, que na aplicação das penas disciplinares a Administração Pública vale-se de princípios ditados pelo Direito Penal sendo-lhe úteis os conceitos de dolo e culpa que são formulados por este ramo do Direito Público. A par disso, o Direito Penal nutre-se de princípios e regras de Direito Administrativo na instauração e desenvolvimento de inquéritos penais.

Relaciona-se o Direito Administrativo com o Direito do Trabalho e o Previdenciário. Deixando de lado a discussão para se saber se o Direito do Trabalho integra o Direito Público ou o Direito Privado, ou se constitui um sub-ramo do Direito Social, mas aceitando-o como compartimento do Direito Público, cabe afirmar ser intenso o relacionamento que entre eles se estabelece. Comece-se por dizer que a fiscalização das normas trabalhistas é feita por agentes lotados no Ministério do Trabalho e Emprego, que é órgão administrativo. Ao lado disso, a atuação estatal é desempenhada por servidores públicos que são admitidos pelo regime jurídico estatutário. A matéria previdenciária, objeto, para alguns, de uma nova ciência jurídica

— Direito Previdenciário —, é de natureza administrativa. Saliente-se que o seguro de acidentes do trabalho é monopólio estatal.

Com o Direito Eleitoral (Direito autônomo, para uns; parte do Direito Constitucional, para outros), a intimidade é grande e inúmeros são os pontos do relacionamento. Esses pontos são perceptíveis na organização, realização e apuração de eleições e no ordenamento e fiscalização da propaganda partidária. Para a realização do pleito e sua respectiva apuração, a autoridade judicial-eleitoral vale-se da requisição, instituto do Direito Administrativo, para munir-se de bens (local de votação) e serviços (mesários, escrutinadores) necessários a esses fins.

Com o Direito Municipal (para uns, setor autônomo do Direito Público; para outros, mero compartimento do Direito Administrativo) as interpenetrações, evidentemente, são enormes. Não é preciso outro argumento para realçá-las além do

fato da própria discussão que se estabeleceu entre os que aceitam e os que repudiam a autonomia do Direito Municipal.

24. Sobre o parcelamento do solo urbano. veja o nosso O Município e o parcelamento do solo. 2. ed.. São Paulo. Saraiva. 1988.

33

Fortes são as relações do Direito Administrativo com o Direito Processual Civil. De início, diga-se que a Administração Pública pode ser demandada perante o Poder Judiciário, que se movimenta mediante a utilização de normas ditadas por esse ramo do Direito Público, e que os atos administrativos nem sempre são auto-executórios e exigem para sua exequibilidade o auxílio do Direito Processual Civil. Ademais, ressalte-se que nos processos de jurisdição voluntária, isto é, que versam sobre interesses não conflitantes, regulados pelo Código de Processo Civil, a exemplo do arrolamento de bens, as atividades aí desenvolvidas nada mais são que atividades administrativas. Por outro lado, a execução contra a Fazenda Pública exige um procedimento jurídico-administrativo, conforme ensina Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo didático. 3. ed.. Rio de Janeiro. Forense. 1985, p. 24). Esses pontos, aliados a outros, mostram a força dessa conexão.

Vivo é o inter-relacionamento do Direito Administrativo com o Direito Processual Penal. O liame ocorre sempre que estiver presente o problema da comunicabilidade dos efeitos da decisão penal sobre o processo administrativo, cujo sindicado é um agente público que, com uma única ação, deu causa aos dois procedimentos. Por outro lado, na aplicação da pena disciplinar a Administração vale-se de princípios de natureza nitidamente processual penal, a exemplo do que prevê o direito de ampla defesa.

O relacionamento também acontece entre o Direito Administrativo e os ramos que compõem o Direito Privado. De fato, com o Direito Civil a conexão se dá na medida em que o Estado se vale de instituto do Direito Privado, como são a doação e a compra e venda, para realizar seus objetivos. Já com o Direito Comercial o relacionamento é demonstrado pela possibilidade que tem o Estado de criar entidades segundo a legislação comercial. Essas entidades são as sociedades de economia mista e as empresas públicas exploradoras de atividades econômicas.

Diga-se que a interação que vimos explicitando também ocorre em relação às disciplinas não jurídicas, tais como: Sociologia Jurídica, Dogmática Jurídica, Filosofia do Direito, História do Direito, Direito Comparado, Hermenêutica Jurídica, Sociologia Política, Ética, História, Estatística, Criminologia, Economia e Ciência das Finanças,

que oferecem dados importantes ao Direito Administrativo, ajustando-o. cada vez mais e melhor. ao alcance dos fins buscados pelo Estado.

34

25. Sobre essa comuncabilidade. veja o n. 5.6.6 do item VIII do Capítulo V.

X — ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

As funções legislativas e as jurisdicionais comumente interrompem-se: observam recessos. Ademais, a função legislativa pode ser paralisada por medida de exceção. Entre nós. em vários períodos de nossa História. o Legislativo teve suas portas cerradas por ato de força. a exemplo do Ato Complementar n. 38. de 13 de dezembro de 1968. que impôs ao Congresso Nacional recesso compulsório por quase um ano (13-12-1968 a 22-10-1969). Com a função administrativa isso não ocorre. Esta é desempenhada sem solução de continuidade. Dia e noite, por todo o sempre. ela se faz sentir. Além disso, por mais simples que seja ou que tenha sido uma comunidade. não lhe falta ou não lhe faltou a administração pública, como estrutura e como função. embora essa realidade não indique a existência de um conjunto de normas jurídicas. de natureza administrativa. notadamente diferenciado do que rege ou regia as relações privadas. Para Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo. cit., p. 31). nos agrupamentos mais primitivos depara-se com “um esboço de organização. de função e de regra administrativa”. Cuidemos, pois. de conhecer a evolução do Direito Administrativo, tendo presente a própria compartimentação dos períodos históricos.

1. Remota Antigüidade

Dos mais antigos povos desse período pouco se sabe ou se pode dizer. É certo. no entanto. que na Antigüidade oriental (Índia. China, Assíria. Babilônia) predominava o traço teológico como base ou fundamento do poder supremo dos chefes. cujas ordens eram automaticamente cumpridas. No poder de dar ordens está a atribuição hierárquica. instituto do Direito Administrativo.

2. Antigüidade clássica: Grécia e Roma

A história das repúblicas helênicas revela a existência de numerosos institutos destinados à manutenção da ordem interna e à defesa das cidades contra os ataques externos. As cidades eram dotadas de serviços administrativos e. conseqüentemente. direitos e deveres decorrentes da respectiva fruição por parte dos administrados eram previstos. Em Esparta existiam servidores encarregados de orientar a formação dos jovens e de dirigir cultos religiosos voltados a um e a outro sexo de seus habitantes. Em Atenas

sobressaía a legislação concernente à fiscalização dos dinheiros públicos. que, segundo alguns, teria sido a origem dos atuais Tribunais de Contas.

Os romanos, embora não tenham alcançado grande desenvolvimento na área do Direito Público, não descuraram dos problemas administrativos, chegando, em alguns aspectos, a ser extraordinária a sua contribuição. Disso é exemplo a organização dos Municípios. Nas Institutas de Justiniano, em vigor a partir de 529 d.C., encontram-se disposições relativas às praças, consideradas “coisas comuns a todos”.

3. Idade Média

Nesse período de mil anos (séculos V a XV), também denominado Idade do Meio, que se estende até o Renascimento, destacam-se os períodos feudal e conunal. O primeiro não ofereceu condições adequadas para o desenvolvimento de regras administrativas, e alguns autores chegam a afirmar a total imprestabilidade desse período como formador de normas dessa natureza: outros, por sua vez, procuram encontrar nessa época o surgimento de disposições administrativas, a exemplo da requisição de recursos humanos e materiais para a guerra e de dinheiro para os gastos do senhor feudal.

No segundo desses períodos, caracterizado pela Administração Comunal nos moldes da organização municipal romana, surgem a responsabilidade pública, o sindicato e as corporações de ofício.

4. Idade Moderna

A Revolução Francesa, de 1789, ao derrubar a realeza, produziu profundas alterações sociais, políticas e econômicas no país. Influuiu em todas as suas instituições e acabou por refletir-se na ordem jurídica. Com efeito, passa-se do Estado de Polícia ou absolutista para o Estado de Direito. Consagra-se o princípio da tripartição do Poder. Surgem as funções legislativa, executiva e judiciária em razão da doutrina sistematizada por Montesquieu e formula-se o princípio da submissão do Executivo à lei. O arbítrio cede lugar à legalidade. Projetam-se os princípios revolucionários, decorrentes do Iluminismo, para os outros países, notadamente os da Europa.

Nesse evoluir, o século XIX é consagrado como o período do surgimento e do início do desenvolvimento do Direito Administrativo, e a França é considerada o seu país natal. De fato, costuma-se dizer que a certidão de nascimento do Direito Administrativo está consubstanciada em uma lei francesa de 1800, conhecida por Lei de

28 do pluvioso ano VII (calendário da Revolução Francesa). Em 1817. instituiu-se, na Universidade de Paris. a

36

Cadeira de Direito Administrativo, cuja regência foi atribuída a De Gérando. que. no ano de 1829. editou o livro *institutes du droit administratif* francês. Além do trabalho de De Gérando. destacam-se. entre outros. os de Macarel (*Cours d administration et de droit administratif*): Laferrière (*Cours théorique et pratique de droit administratif*): Barthélemy (*Traité élémentaire de droit administratif*): Hauriou (*Précis de droit administratif*): Benoit (*Le droit administratif* francês). Da França. seu berço natal. o Direito Administrativo difunde-se pela Europa e. daí. para o resto do mundo. Vejamos, pois. a largos traços. essa difusão.

Na Alemanha. o Direito Administrativo aparece como lei e como ciência após a unificação político-administrativa do país. trazida pela Constituição de 1870. Dos estudiosos alemães destacamos as obras de Laband (*Le droit public de l'Empire Allemand*): Otto Mayer (*Droit administratif allemand*): Jellinek (*Verwaltungsrecht*): Forsthoff (*Tratado de derecho administrativo*).

Na Itália. o Direito Administrativo desenvolve-se sob a influência dos autores franceses. embora antes disso já se conhecessem trabalhos referentes a matérias ligadas à Administração Pública. Dos estudos trazidos a lume pelos autores italianos, destacamos os de Romagnosi (*Principii fondamentali di diritto amministrativo*): Gianquinto (*Corso di diritto pubblico amministrativo*): Meucci (*Istituzioni di diritto amministrativo*): Orlando (*Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*): Ranelletti (*Principii di diritto amministrativo*): Alessi (*Diritto amministrativo italiano*): Zanobini (*Corso di diritto amministrativo*): Sanduili (*Manuale di diritto amministrativo*): Fragola (*Gli atti amministrativi*): Perone Carpano (*La retroattività degli atti amministrativi*): Virga (*Il provvedimento amministrativo*).

Na Espanha. sua legislação e doutrina, calcadas nas francesas. contribuem para a expansão e aperfeiçoamento dos institutos objeto do Direito Administrativo. Merecem destaque os trabalhos de Posada (*Tratado de derecho administrativo*): Oviedo (*Derecho administrativo*): Gendin (*Manual de derecho administrativo*): Ramon Martin Mateo (*Manual de derecho administrativo*): Leguina Vilia (*La responsabilidad civil de la administración pública*).

Em Portugal. cabe mencionar as obras de Marcelio Caetano (*Manual de direito administrativo*): Freitas do Amaral (*A utilização do domínio público pelos particulares*):

Marques Guedes (A concessão): Robim de Andrade (A revogação dos atos administrativos): Gonçalves Pereira (Erro e ilegalidade no ato administrativo).

Na Austria, destaca-se a obra de Antonioli (Direito administrativo geral): enquanto na Bélgica sobressai o trabalho de Buttgenbach (Manuel de droit administratif). Na Suíça, André Grisel (Droit administratif suisse).

37

Na Inglaterra, o desenvolvimento do Direito Administrativo foi bem menor, dada a peculiaridade governamental desse país e a preferência dos estudiosos pelo Direito Constitucional. Mesmo assim, destacam-se as obras de Blakstone (Commentaries on the laws): Gneist (English constitutional history): Griffith e Street (Principles of administrative law): Wade (Administrative law).

Nos Estados Unidos da América do Norte o desenvolvimento do Direito Administrativo seguiu o caminho da Inglaterra, dadas as mesmas peculiaridades e a formação do seu povo. Devem ser citadas as obras de Goodnow (Comparative administrative law): Willoughby (The government of modern States): Bauer (Effective regulation of public utilities).

Na Argentina, a assimilação do Direito Administrativo pelos seus estudiosos foi intensa, merecendo destaque as obras de Bullrich (Nociones de derecho administrativo): Bielsa (Principios de derecho administrativo):

Basavilbaso (Tratado de derecho administrativo): Marienhoff (Tratado de derecho administrativo): Fiorini (Manual de derecho administrativo): Escola (Tratado integral de los contratos administrativos): Dromi (La licitación pública): Vasquez (Poder de policía): Agustín A. Gordillo (Tratado de derecho administrativo).

No Uruguai, sobressaem Sayagués Laso (Tratado de derecho administrativo) e Julio Prat (Derecho administrativo): enquanto no México destaca-se Gabino Fraga (Derecho administrativo). No Chile, cite-se Maria T. M. Silva (La cosa juzgada administrativa en la administración no contenciosa): e na Colômbia, Eustorgio Sarna (Derecho administrativo).

No Japão e na Grécia, destacam-se, respectivamente, Yorodzu Oda (Principes de droit administratif du Japon) e Stassinopoulos (Traité des actes administratifs).

XI— DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Durante o Brasil-Colônia inexistiram autores especializados nessa área do Direito. Nesse período o nosso país esteve atrelado à legislação lusitana, e alguma coisa que

disse respeito a esse ramo do saber jurídico era objeto de estudo em obras gerais de Direito Público dos autores portugueses.

Em 11 de agosto de 1827, pela Lei 2, são criados os cursos jurídicos e instaladas as Faculdades de Direito de São Paulo e Olinda. Em seus currículos não figurava o Direito Administrativo. A obrigatoriedade do estudo do Direito Administrativo, como matéria curricular, ocorreu em 1851, pelo

38

Decreto n. 608, de 16 de agosto desse ano. Em São Paulo, a Cadeira foi regida por José Ignácio Silveira da Motta, substituído, mais tarde, por Antonio Joaquim Ribas. Em Pernambuco, a cátedra foi desempenhada por João José Ferreira de Aguiar e, quando de sua substituição, por Vicente Pereira do Rego. Aos professores dessas escolas credita-se o trabalho de elaboração doutrinária do Direito Administrativo e a sistematização de seus institutos, absorvidos, desenvolvidos e aprimorados pelos estudiosos que se seguiram.

Segundo Caio Tácito (RDA, 2 7:428), coube a Vicente Pereira do Rego escrever e trazer a lume, em 1857, a primeira obra sistematizada de Direito Administrativo da América Latina, intitulada *Elementos de direito administrativo brasileiro*. A esta seguiram-se, entre outras, as de Veiga Cabral (*Direito administrativo brasileiro*): Visconde do Uruguai (*Ensaio sobre o direito administrativo brasileiro*): Antonio Joaquim Ribas (*Direito administrativo brasileiro*): Viveiros de Castro (*Tratado de ciência da administração e direito administrativo*): Matos de Vasconcelos (*Direito administrativo*): Cirne Lima (*Princípios de direito administrativo brasileiro*): Guimarães Menegale (*Direito administrativo e ciência da administração*): Tito Prates da Fonseca (*Lições de direito administrativo*): Themístocles Brandão Cavalcanti (*Tratado de direito administrativo*): Sergio de Andréa Ferreira (*Direito administrativo didático*): Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*): Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos de direito administrativo*): Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*): Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*):

José Creteila Júnior (*Tratado de direito administrativo*): Lúcia Vaile Figueiredo (*Curso de direito administrativo*): Carlos Pinto Coelho Motta (*Curso de direito administrativo*): Juarez Freitas (*Estudos de direito administrativo*): Álvaro Lazzarini (*Estudos de direito administrativo*): Edimur Ferreira de Faria (*Curso de direito administrativo positivo*): José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*).

Ao lado dessas obras gerais, outras existem e que encerram um caráter monográfico. São exemplos as de Amaro Cavalcanti (Responsabilidade civil do Estado); Mário Masagão (Natureza jurídica da concessão de serviço público); Miguel Seabra Fagundes (O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário); Celso Antônio Bandeira de Mello (Natureza e regime jurídico das autarquias); Adilson Abreu Dailari (Aspectos jurídicos da licitação); Régis Fernandes de Oliveira (Ato administrativo); Antonio Carlos Cintra do Amaral (A extinção do ato administrativo); Clóvis Beznos (Poder de polícia); Percival Júlio Vaz Cerquinho (O desvio do poder); Lúcia

39

Valle Figueiredo (Sociedade de economia mista e empresas públicas); Sérgio Ferraz (A justa indenização na desapropriação); José Creteila Júnior (Comentários às leis de desapropriação); Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (Atos administrativos); Luciano Ferreira Leite (Discricionariedade administrativa e controle judicial); Gilberto Passos de Freitas e Viadimir Passos de Freitas (Abuso de autoridade); Maria S. Zaneila Di Pietro (Servidão administrativa); Diógenes Gasparini (Poder regulamentar); Luiz de Castro Neto (Fontes do direito administrativo); Maia Luz (Direito administrativo disciplinar); Gilberto G. Siqueira Lopes (Desapropriação); Tosbio Mukai (Estatutos jurídicos das licitações e contratos administrativos); Ivan Barbosa Rigolin (O servidor público na Constituição de 1988); Antonio A. de Queirós Telles (Bens insuscetíveis de licitação no direito brasileiro);

Márcio Cammarosano (Provimento de cargos públicos no direito brasileiro); Weida Zancaner Brumni (Da responsabilidade extracontratual da administração pública); Walter Campaz (Revogação dos atos administrativos);

Edmir Netto de Araújo (Do negócio jurídico administrativo); Carlos Ari Sundfeld (Direito administrativo ordenador); Wolgran Junqueira Ferreira (Comentários ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União);

Odete Medauar (Controle da administração pública); Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos); Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à nova lei das licitações públicas); Marcos Juruena Viliela Souto (Licitações e contratos administrativos); Carlos Pinto Coelho Motta (Eficácia nas licitações e contratos); Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Contratação direta sem licitação); Antonio Roque Citadini (Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas).

40

CAPÍTULO II

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

I— ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo tem, entre outros, por objeto a administração pública. Sendo Assim, é evidente que esse sub-ramo do Direito Público não pode prescindir de algumas noções a respeito dessa expressão. Daí a importância de ser essa precisada e conceituada corretamente.

II— CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dada a etimologia do vocábulo “administração” (manus. mandare, cuj a raiz é man). é-lhe natural a idéia de comando. orientação, direção e chefia. ao lado da noção de subordinação, obediência e servidão, se se entender sua origem ligada a minor. minus. cuja raiz é mm. De qualquer modo. a palavra encerra a idéia geral de relação hierárquica e de um comportamento eminentemente dinâmico.

Tem ela, por outro lado. um conteúdo ora vulgar, ora técnico. Sendo Assim, é natural que seja utilizada num ou noutro desses sentidos. São exemplos da primeira dessas utilizações: administração de empresa. administração econômica. administração do tempo. administração da vida. ciência da administração, administração religiosa. São exemplos da segunda dessas utilizações: a) administração pública = atividade administrativa: b) Administração Pública = Estado, consoante ensina, em nota de pé de página. Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 79). Desse modo. se grafada em minúsculas (administração pública), indica

41

atividade administrativa ou função administrativa: se registrada em maiúsculas (Administração Pública), significa Estado. Essa orientação é a que seguiremos.

Paralelamente a tudo isso. os autores têm acolhido os mais variados critérios para definir a expressão em apreço. Desses critérios sobressaem o negativista ou residual. o formal e o material. Com base no primeiro. o negativista, administração pública é toda atividade do Estado que não seja legislativa e judiciária. O critério parece encontrar sua justificativa nos Estados primitivos, onde o chefe detinha todos os poderes em suas mãos. Cabia-lhe legislar. administrar e julgar. Retirando-se-lhe as atividades de julgar e legislar. restava-lhe a de administrar. Apesar disso, não satisfaz. A definição deve ser positiva: deve dizer o que uma coisa é. e não o que uma coisa não é. Ademais. os

vocábulo “julgar” e “legislar” são equívocos, isto é, têm mais de um sentido. dificultando, por isso, a compreensão do conceito formulado.

Pelo critério formal, também denominado orgânico ou subjetivo, a expressão sub examine indica um complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas. De acordo com o material, também chamado de objetivo, é um complexo de atividades concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado sob os termos e condições da lei, visando o atendimento das necessidades coletivas. Pelo critério formal, é sinônimo de Estado (Administração Pública): pelo material, equivale a atividade administrativa (administração pública). Com esses dois sentidos a Constituição Federal usa, no art. 37, a locução “Administração Pública”, conforme ensina José Afonso da Silva (Curso de direito, cit., p. 559), ao asseverar: “Como conjunto orgânico, ao falar em Administração Pública direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Como atividade administrativa, quando determina sua submissão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da licitação e os de organização do pessoal administrativo”.

III — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Organizado o Estado no que respeita à divisão do território, à forma de governo, à investidura dos governantes, à instituição dos Poderes e às garantias individuais, estruturam-se, hierarquicamente, os órgãos encarregados do desempenho de certas atribuições que estão sob sua responsabilidade.

42

A organização do Estado é matéria constitucional, cabendo ao Direito Constitucional discipliná-la, enquanto a criação, estruturação, alteração e atribuições das competências dos órgãos da Administração Pública são temas de natureza administrativa, cuja normatização é da alçada do Direito Administrativo. A primeira cabe à Constituição enquanto a segunda toca à lei, conforme, por exemplo, exige o art. 88 da Constituição Federal para a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios. Não significa, nesta última hipótese, que a Constituição não possa dispor sobre essas matérias, mas tão-só uma cometa utilização dos princípios de técnica legislativa.

A instituição, estruturação, alteração e atribuição de competência aos órgãos da Administração Pública só podem ser alcançadas por lei. Com efeito, se essas matérias, nos termos do art. 61, § 1º, e da Constituição Federal, só podem ser reguladas por lei de iniciativa do Presidente da República, é notório que a lei é necessária e insubstituível para discipliná-las, salvo no que concerne às Casas do Congresso Nacional (arts. 51, IV,

e 52. XIII. da CF). Também é necessário lei autorizadora específica para a criação de entidades governamentais (autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública e fundações), conforme expusemos no Capítulo VIII. Destarte, tanto aquelas operações como a criação dessas entidades governamentais não podem ser promovidas por decreto ou outro ato infralegal. Nem sempre, no entanto, foi Assim, Com efeito, na vigência da Constituição Federal anterior era possível “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal” mediante regulamento autônomo, como afirmamos em obra monográfica Ainda, sob a égide dessa Lei Maior, em determinadas condições, o Ato Institucional n. 8/69 permitiu a realização de reformas administrativas por decreto. No âmbito da União, as últimas reformas da Administração Federal foram obtidas pelo Decreto-Lei n. 200/67, que dispõe sobre a reforma administrativa da União, já por mais de uma vez modificado, e pela Lei federal n. 8.029/90, resultante da aprovação pelo Congresso Nacional da Medida Provisória n. 150/90. Essa orientação, ante a simetria de princípios que reina no Estado Federal, aplica-se às três esferas de governo (federal, estadual-distrital e municipal).

1. Diógenes Gasparini. Poder regulamentar. 2. ed.. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1982.

43

Desse modo, organizado o Estado Federal, a União, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios que o integram (art. 18 da CF), através, respectivamente, da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal e da Lei Orgânica Municipal, procedem, por lei, à estruturação da Administração Pública correspondente, com a criação dos respectivos órgãos encarregados do desempenho de atribuições específicas. Essa organização tem, esquematicamente, a forma de uma pirâmide, em cujo vértice está o mais alto dos órgãos que a compõem, ocupado, por sua vez, pela autoridade máxima (Presidente, Governador, Prefeito).

IV — ÓRGÃOS PÚBLICOS

1. O querer e o agir do Estado

O Estado, por ser pessoa criada pelo Direito, não tem vontade nem ação próprias. Estas são qualidades das pessoas físicas. Mesmo Assim, juridicamente, são-lhe reconhecidos tais atributos, isto é, um querer e um agir que se constituem pela vontade e pela atuação dos agentes públicos (pessoas que prestam serviços ao Estado ou executam atividades de sua alçada). Ademais, as responsabilidades que, por lei, lhe são atribuídas

hã de ser. em face do princípio da eficiência administrativa, repartidas e desempenhadas pelas diversas unidades que compõem a sua estrutura.

Essas realidades levaram os estudiosos à elaboração das teorias que procuram explicar as manifestações enunciadas pelos diferentes compartimentos do Estado. onde se forma o seu querer e se concretiza o seu agir. Em outras palavras e segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1981. p. 61). o reconhecimento das citadas circunstâncias conduz à teoria dos órgãos, isto é, “das diferentes unidades que sintetizam círculos de poder. onde se forma e manifesta o querer e o agir do Estado. nos diferentes setores. em que lhe incumbe prover”.

2. A natureza dos órgãos públicos

Três são as teorias que se propõem explicar o que é órgão público:

teoria subjetiva, teoria objetiva e teoria mista. Para a primeira. a subjetiva. os órgãos são os próprios agentes públicos. São estes que. no exercício de suas competências. manifestam a vontade do Estado. exprimem suas decisões e agem em seu nome. Essa teoria. por reduzir o órgão ao sujeito da

44

ação do Estado, que é o agente público, recebeu a seguinte crítica: se assim fosse. o órgão extinguir-se-ia com a desapareção do agente público. O órgão deixaria de existir, a prevalecer essa teoria. se o agente público morresse ou se desvinculasse do Estado, e. o que é pior. os sucessivos desaparecimentos e desvinculações levariam, ao cabo de certo tempo. à extinção do próprio Estado.

Pela segunda das teorias, a objetiva. o órgão não é o agente público. mas um complexo de funções. Assim, o órgão não é o Ministro, mas o Ministério, ou. no exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello (Apontamentos. cit., p. 64), não é o Presidente. mas a Presidência. Essa teoria, por desconhecer no autor da atividade (Estado) a sua razão de ser (pessoa criada pelo Direito para o desempenho de atividade administrativa) e por erigir à categoria de órgão o feixe de poderes ou competências que se encontram na unidade estatal. foi assim criticada: aniquila a única razão de sua concepção, isto é, explicar o querer e o agir do Estado. Com efeito, se o órgão é um complexo de poderes. continua inexplicado como o Estado quer e age. dado que esse feixe de poderes não tem vontade nem ação próprias.

Para a teoria mista. a última das enunciadas. também chamada de eclética. os órgãos são a resultante da composição dos dois elementos que. separadamente. serviram

de arrimo às teorias subjetiva e objetiva, ou seja, o agente público e o feixe de atribuições. Essa teoria recebeu. Apesar disso, a seguinte crítica: não é melhor que as anteriores: ao contrário. é pior por trazer ambos os defeitos que aquelas teorias apresentam. Por acolher os dois fundamentos. não significa que seja correta, já que. acolhendo-os, ressen-te-se dos vícios que cada um encerra. A solução parece estar com Celso Antônio Bandeira de Mello (Apontamentos. cit.. p. 67), para quem o “fenômeno da manifestação da vontade e da atuação do Estado através de um conjunto de indivíduos, investidos dos necessários poderes para exprimir-lhe as funções. supõe as próprias atribuições. os círculos abstratos de poderes. dos quais estes são veículos. Logo, as duas idéias se solicitam. A noção de agente requer a de círculo de poder. assim como a noção de círculo de poder reclama a de agente. Daí não se segue. contudo, que ambas se conjuguem na formação de uma unidade logicamente incindível”. Sendo assim, há que se reconhecer simplesmente a existência dessas duas realidades, que se solicitam mutuamente. sem se fundirem em uma só unidade. e que são necessárias à formação e expressão da vontade do Estado. Tal fenômeno, segundo esse douto administrativista, pode. ou não, ser chamado de órgão.

45

3. Conceito de órgão público

Os órgãos públicos são centros de competência do Estado. Se reunidos sob o critério da hierarquia. que é relação de subordinação existente entre os órgãos públicos com competência administrativa e, por conseguinte. entre seus titulares. compõem a estrutura da Administração Pública e. se somadas suas atribuições, constituem a totalidade das competências do Estado. Os Ministérios, por exemplo. são órgãos públicos, dado serem centros de competências ou atribuições. O Ministério do Trabalho e Emprego e o da Previdência e Assistência Social são exemplos de órgãos públicos federais. com as atribuições que a Lei federal n. 8.490/92 lhes outorgou. São. Assim, os centros dessas competências. Tudo o que estiver vinculado a esses assuntos é da competência privativa desses órgãos. observada a natureza da matéria que lhes será submetida à respectiva apreciação. O mesmo pode-se dizer dos demais Ministérios e das Secretarias estaduais. distritais e municipais ou dos órgãos que em Municípios menores fazem suas vezes.

Os órgãos públicos não são pessoas. mas centros de competências criados pelo Direito Público. Ademais. são partes ou componentes da estrutura do Estado e por isso dele não se distinguem. Vale afirmar: não têm personalidade jurídica. Se a tivessem. os

direitos e obrigações decorrentes de sua ação ou omissão lhes pertenceriam, e não ao Estado. Desse modo, pode-se repetir a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Apontamentos. cit.. p. 73). segundo a qual. a entender-se que os órgãos têm personalidade jurídica. a “própria personalidade do Estado desapareceria se os direitos e obrigações fossem dos órgãos”. Para esse autor (Apontamentos. cit.. p. 69). os órgãos públicos são “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado”. a exemplo dos Ministérios da Saúde. do Trabalho e Emprego e da Previdência e Assistência Social. enquanto para Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit.. p. 63) são “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais. através de seus agentes. cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”. Para nós. são centros abstratos e hierarquizados de competências da Administração Pública. Não são, portanto, pessoas. sujeitos de direito e obrigações. José Afonso da Silva (Curso de direito. cit.. p. 352) assevera que o órgão. no sentido técnico e segundo a doutrina mais corrente. não tem personalidade jurídica. não podendo. por essa razão. contratar. exercer direitos ou assumir deveres.

45

4. Relação entre a vontade do órgão e a do agente público

Sempre foi preocupação dos estudiosos saber qual é a natureza da relação que se verifica entre a vontade do órgão e a do agente público. A primeira idéia foi a da representação. Pensou-se que os agentes públicos fossem representantes do Estado e que desempenhavam um mandato. Tal doutrina não vingou. A representação supõe duas vontades e duas pessoas distintas: o representante e o representado. O Estado não tem outra vontade senão a do próprio agente público, decorrendo daí uma série de consequências que inviabilizaram por completo esse entendimento.

O que se tem. na verdade, é uma relação de imputação. O querer e o agir dos agentes públicos são imputados ou atribuídos diretamente ao Estado. São tidos como do próprio Estado. não de alguém diferente dele. O que o agente público quer ou faz. desde que no exercício de sua atividade funcional. entende-se ser o desejo ou a atuação do Estado naquele momento. ainda que o agente público haja querido ou agido mal. O que o agente público quis é o que quis o Estado. Não há, pois. agente público e Estado desempenhando as funções de representante e representado. mas uma só unidade.

5. Relações interorgânicas

Explicar as relações que existem entre os órgãos foi outro problema enfrentado pelos especialistas. A estes coube deslindar, resolver o seguinte problema: se os órgãos

não têm personalidade jurídica. suas relações são de fato. dado que as jurídicas só podem existir entre sujeitos de direito, isto é, pessoas. Se, ao contrário, as relações são jurídicas. os órgãos têm personalidade jurídica. são sujeitos de direito, ou seja, pessoas.

Tentou-se explicar a natureza jurídica desse relacionamento fazendo crer que os órgãos só têm personalidade interna, isto é, só têm relações com outros órgãos. A par disso, pensou-se, para explicar essas relações. que elas são reflexas ou. como ensina Santi Romano. o Estado. enquanto se concretiza em determinado órgão. pode opor-se a si mesmo. enquanto se realiza em outro. Nada disso satisfaz.

Na realidade, o que existe é relação entre os agentes públicos, incumbidos das respectivas competências ou atribuições. Com efeito, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (Apontamentos. cit., p. 75). esses. sim, podem relacionar-se, dado que são titulares de competências. e o respectivo exercício é um dever-poder a que não podem furtar-se. Não há, portanto, qualquer relação interorgânica. Há, isto sim. uma relação interpessoal ou intersubjetiva, ou seja, de agente para agente.

47

6. Classificação dos órgãos públicos

6.1. Os critérios de classificação

Inúmeras são as classificações dos órgãos públicos apresentadas pelos autores, em face das múltiplas e variadas atividades do Estado. As mais úteis. quer-nos parecer. são as que têm por critério classificatório a posição do órgão na estrutura estatal. a composição do órgão e a atuação funcional.

6.1.1. Quanto à posição que ocupam na estrutura estatal

Segundo esse critério. os órgãos públicos são classificados em independentes. autônomos. superiores e subalternos.

Independentes são os que têm origem na Constituição. Estão colocados no ápice da pirâmide organizacional. sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional (CF. art. 2). Sujeitam-se. tão-só, a um controle de ordem constitucional, conforme lição de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cli., p. 66). Representam os Poderes Legislativo. Executivo e Judiciário e encarregam-se de fixar as opções políticas do governo. Gozam de autonomia administrativa, financeira e política. Na esfera federal. são exemplos: o Congresso Nacional. as Câmaras dos Deputados e dos Senadores. a Presidência da República, o Supremo Tribunal Federal. o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho. No âmbito estadual e semelhantemente na esfera do Distrito Federal, são exemplos: a Assembléia Legislativa, a Governadoria. o Tribunal de

Justiça e o Tribunal de Alçada. Na esfera municipal, são exemplos: a Câmara dos Vereadores e a Chefia do Executivo. O Município não tem Poder Judiciário.

Autônomos são os órgãos situados no alto da estrutura organizacional da Administração Pública, logo abaixo dos órgãos independentes e a estes subordinados. Têm ampla autonomia administrativa, financeira e técnica. São órgãos de direção, com funções de planejamento, supervisão, coordenação e controle das atribuições de sua competência. Ademais, participam das decisões governamentais e executam suas atividades com autonomia. observadas, no entanto, as diretrizes traçadas pelos órgãos independentes. São exemplos, na área federal: os Ministérios e a Consultoria-Geral da República. Na esfera estadual-distrital: as Secretarias e a Procuradoria-Geral da Justiça. No âmbito municipal: as Secretarias.

Superiores são os órgãos de direção, controle, decisão e comando em assuntos da respectiva competência. Não gozam de autonomia administrativa e financeira. Têm funções técnicas e de planejamento na área de suas

48

correspondentes atribuições. São exemplos as primeiras e inúmeras repartições dos órgãos independentes e autônomos, que recebem variadas denominações (Gabinetes, Secretarias-Gerais, Procuradorias, Coordenadorias, Departamentos, Divisões). São encontráveis nas três esferas de governo.

Subalternos são os órgãos com reduzido poder decisório e predominância de atribuições executivas. Cumprem decisões, executam serviços rotineiros, atendem aos administrados. São, nas esferas de governo, as seções, os serviços, as portarias. Não têm, por óbvio, qualquer autonomia administrativa, financeira, técnica ou política.

6.1.2. Quanto à composição do órgão

Os órgãos públicos, consoante esse critério, são classificados em simples e compostos.

Simples ou unitários são os órgãos públicos dotados de um único centro de competências ou atribuições. Na estrutura que apresentam não há outro órgão público para realizar sua função ou auxiliar no seu desempenho. Isto não quer dizer que só tenham um cargo e um agente público. A quantidade de seus cargos e agentes não desnatura a unidade orgânica. São exemplos desses órgãos as últimas repartições da estrutura da Administração Pública, comumente denominadas seções e serviços, identificáveis nas três esferas da Administração Pública.

Compostos são os órgãos integrados por outros Órgãos públicos. Em sua estrutura estão embutidos outros órgãos menores, encarregados do exercício da mesma função principal, embora especializada (atividades-fim). ou responsáveis por funções auxiliares (atividades-meio). São exemplos os Ministérios. na área federal. e as Secretarias, no âmbito estadual-distrital e municipal. Em sua estrutura estão os órgãos de pessoal, de material. de transporte, entre outros. responsáveis pela realização das respectivas competências.

6.1.3. Quanto à atuação funcional

Conforme esse critério. os órgãos públicos são singulares e colegiados.

Singulares são os órgãos que decidem e agem pela manifestação de um só agente. que é seu titular. O desempenho das atribuições de sua competência. que pode estar a cargo de um sem-número de agentes. não os descaracteriza como órgãos públicos singulares. A Presidência da República e as Governadorias são exemplos desses órgãos.

Colegiados são os órgãos que decidem e agem pela manifestação de vontade da maioria de seus membros. Destarte, não há prevalência da vontade individual de seu dirigente, designado, quase sempre. de presidente. Essa

49

vontade é a resultante de um procedimento que observa: convocação dos membros. conhecimento prévio da pauta a sofrer deliberação, verificação de presença para instalação, verificação dos impedimentos. sessão. discussão. votação e proclamação do resultado. Nas relações com a Administração Pública e com terceiros esses órgãos são representados pelo seu dirigente, chefe ou presidente. São exemplos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, previstos. respectivamente. nos arts. 89 e 91 da Lei Magna.

V — HIERARQUIA ADMINISTRATIVA

A estruturação da Administração Pública, compreendida como a instituição dos órgãos encarregados da execução de certas e determinadas atribuições. faz-se com a observância do princípio da hierarquia. que é a relação de subordinação existente entre os órgãos públicos com competência administrativa e. por conseguinte, entre seus titulares. decorrente do exercício da atribuição hierárquica. chamada por alguns de poder hierárquico. Essa competência é a que se reconhece ao “Executivo 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”. consoante ensinança de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit.. p. 105).

Com o exercício dessa atribuição objetiva-se ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas. Ordena-se, isto é, organiza-se repartindo e escalonando as funções dos agentes públicos, de modo que possam desempenhar eficientemente as respectivas responsabilidades. Coordena-se na medida em que se dispõe sobre a realização das funções dos respectivos órgãos, evitando-se o desvio e a superposição de função. Controla-se quando se acompanha a conduta e o rendimento dos agentes públicos e se observa a aplicação da legislação. Corrigem-se, pela ação revisora dos superiores, os atos dos agentes públicos de menor hierarquia que atentem contra o mérito ou legalidade.

Do exercício dessa atribuição decorrem as competências de dar ordens, de fiscalizar, de rever, de delegar e de avocar. Pela atribuição de dar ordens determina-se ao subordinado o ato a ser praticado ou a conduta a ser observada². Mediante a faculdade de fiscalizar mantêm-se sob vigilância os atos e o comportamento dos subalternos, visando enquadrá-los nos limites

2 Sobre o dever de obediência, veja o Capítulo V, item VIII, n. 5.6.5.6.

50

da legislação a ser obedecida. Por meio da atribuição de rever apreciam-se os atos e a conduta dos subordinados, para garanti-los, se conformes com a lei e o mérito, ou para desfazê-los, quando não atendam aos requisitos de conveniência e oportunidade e de legalidade. Por meio da competência de delegar, as competências recebidas são atribuídas a outrem, geralmente um subordinado, com o objetivo de assegurar maior rapidez e eficiência às decisões, colocando-se, desse modo, na proximidade dos fatos o agente competente para dar o necessário atendimento. Trata-se, portanto, de ato administrativo, não de mandato. O delegado não age em nome do delegante: atua no exercício da competência recebida.

A delegação, com essa finalidade e no âmbito federal, está regulada pelos arts. 11 e 12 do Decreto-Lei federal n. 200/67, que a inclui entre os “princípios fundamentais” da Administração Federal (art. ff). Ainda são exemplos de delegação o disposto no parágrafo único do art. 84 da Constituição da República, e o art. 47, parágrafo único, da Constituição paulista. Assim, se autorizada em lei, a competência é delegável e legítimos os atos decorrentes do exercício da delegação. Não obstante essa legitimidade, a delegação não deve ser praticada com grande frequência, dado sobrecarregar o subalterno.

O ato praticado em função da delegação recebida é do delegado. não cabendo ao delegante responder pelos erros ou ilegalidades cometidos, pois que nenhum ato. no caso. foi por ele. delegante, praticado (RDA. 96:77). embora não seja pacífica essa inteligência, conforme disserta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Responsabilidade fiscal, Brasflia. Brasília Jurídica. 2001. p. 169). Ademais. enquanto vigorar a delegação. o delegante não pode exercer as competências delegadas ou. como afirma Régis Fernandes de Oliveira (Delegação. cit., p. 134), “o delegante tem o exercício de sua competência suspenso em relação à matéria objeto da delegação: não pode prover sobre o assunto concomitantemente com o delegado”. Essa circunstância não significa que o delegante perdeu. em definitivo, a competência delegada. Sendo Assim, é evidente que continua seu titular e, portanto, a qualquer momento pode revogar a delegação e reassumir a competência. respeitados os atos praticados pelo delegado. O ato de delegação pode estar consubstanciado numa portaria, decreto ou outro veículo.

Pela ação de avocar ou avocação⁴ chamam-se para si funções atribuídas a outrem que Lhe é subordinado. Essa prática, apesar de legal. não deve ser

3. Para aprofundar o estudo veja, de Régis Fernandes de Oliveira. Delegação administrativa. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1986.

4. Sobre esse instituto veja Régis Fernandes de Oliveira. RT. 663:21.

51

abusiva dados os inconvenientes que pode trazer. a exemplo da deslocação da diminuição e da extinção dos níveis ou graus dos recursos administrativos o fato de prestigiar o subordinado (RDA. 179-80: 163). A deslocação é a passagem da competência digamos do Diretor para o Secretário. A diminuição é a supressão de um ou mais níveis recursais. Recorre-se do Diretor para Secretário e deste para o Prefeito, Com o chamamento pelo Secretário, da competência do Diretor suprime-se um nível dado que o recurso agora só poderá ser dirigido ao Prefeito, A extinção põe fim aos níveis de recurso. Assim, se o Prefeito avocar extingue-se a possibilidade da interposição de recurso, por inexistir autoridade superior para apreciá-lo. Diga-se. ainda, que para o exercício da avocação há que existir motivo relevante de interesse público. Exemplo da faculdade de avocar encontra-se no art. 47 da Lei municipal de Pompéia n. 956/74. que dispõe sobre a organização administrativa da Prefeitura. e no art. 170 do Decreto-Lei federal n. 200/67. que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa. O art. 170 desse Decreto-

Lei estatui que “o Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e áecidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal”.

Do exposto. nota-se. sem grande esforço. que a hierarquia é peculiar ao Poder Executivo e que existe na União. nos Estados-Membros. no Distrito Federal. nos Municípios e nas entidades da Administração Pública indireta. Não existe no Judiciário e no Legislativo, enquanto Poderes Judiciário e Legislativo, mas sim nas estruturas administrativas existentes no interior dos órgãos que Lhes dão sustentação (Secretarias. Diretorias). Esses órgãos podem e devem ser estruturados segundo o princípio da hierarquia.

VI— ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

1. Conceito

Tem-se afirmado que em sentido amplo, administrar é gerir bens. interesses e serviços próprios ou alheios mas pode-se precisar tal afirmação acolhendo-se a lição de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit.. p. 79. para dizer que administrar, como atividade ou função administrativa. é gerir bens. interesses e serviços, segundo a lei. a moralidade e a finalidade de certo patrimônio entregue à guarda. conservação e aprimoramento de alguém que não o seu proprietário. Ademais. se esses bens. interesses e serviços constituírem um patrimônio da coletividade, esse gerir diz-se público. Assim, a atividade administrativa é a gestão. nos termos da

52

lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando o bem comum. Nesse sentido, é fácil observar que a atividade administrativa não compreende os poderes de disposição. oneração. destruição e renúncia, mas tão-só os de guarda. conservação e aprimoramento dos bens. interesses e serviços a ela submetidos. Aqueles exigem expressa e prévia autorização legislativa sempre que necessária for a sua prática. enquanto estes nada disso exigem, dado que inerentes à atividade de administrar. Vige, para aqueles. o princípio, já enunciado, da indisponibilidade. Por fim. reforce-se que é atividade submissa à lei. Aliás, não é outra coisa que estabelece o art. 37 da Constituição Federal, ao enunciar que a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União. dos Estados. do Distrito Federal e dos Municípios. obedecerá. a par de outros. ao princípio da legalidade. Alguns autores a denominam função administrativa. Por atividade ou função administrativa, segundo Agustín Gordillo, citado por Marino Pazzaglini Filho e outros (Improbidade

administrativa. 4. ed., São Paulo. Atlas, 1999, p. 14), deve ser entendida como toda a atividade realizada pelos órgãos administrativos; pelos órgãos legislativos, excluída a função legislativa (em sentido material e orgânico): e pelos órgãos judiciais, excluída a função jurisdicional (em sentido material e orgânico).

2. Natureza e fim

A natureza da atividade administrativa é a de um múnus público para quem a exerce, conforme ensina Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 81). É encargo de guarda, conservação e aprimoramento dos bens, interesses e serviços da coletividade, que se desenvolve segundo a lei e a moralidade administrativa.

O fim é sempre o interesse público ou o bem da coletividade. Toda atividade administrativa deve ser orientada nesse sentido. “O fim, e não a vontade do administrador, domina todas as formas de administração”, observa Cirne Lima, com segurança e acuidade jurídica.

3. Princípios básicos

Os princípios nucleares da atividade administrativa estão consubstanciados em quatro regras de observância permanente e obrigatória. São os princípios da legalidade, da moralidade, da finalidade, da publicidade e da eficiência, já enunciados e detalhadamente explicados em outra

53

ocasião (Cap. 1). Devem estar sempre presentes, pois servem de pauta, de fundamento da atividade administrativa. Se relegados ou desvirtuados, quando da gestão dos negócios públicos, farão fenecer, por ilegítima, a atividade administrativa. Devem nortear, portanto, toda a função administrativa. A própria Constituição Federal encarrega-se de elencar alguns (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) como de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados-Membros, dos Municípios e do Distrito Federal no desempenho da atividade ou função administrativa (art. 37).

CAPÍTULO III

ATO ADMINISTRATIVO

1— ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Se observarmos a atividade administrativa, verificaremos que, para o atingimento dos fins a que se propõe, a Administração Pública, como parte e no exercício de suas

prerrogativas, decorrentes da lei ou sob o seu império, pratica uma série de atos chamados atos da Administração Pública. Os autores, e disso é exemplo Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit., p. 172), costumam arrolar como espécies desses atos: os materiais, os praticados sob o regime de Direito Privado, os de governo e os administrativos, embora esse autor atribua aos atos de governo ou políticos um regime diverso do que os autores costumam emprestar a esses atos, como adiante se verá. Ainda que assim seja, entre nós, a Administração Pública somente pratica atos materiais, atos regulados pelo Direito Privado e atos administrativos. Daí a bipartição em atos *ajurídicos* e atos *jurídicos*.

Os *ajurídicos*, também chamados de fatos administrativos, não se preordenam à produção de qualquer efeito jurídico. Não expressam uma manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração Pública sobre uma dada situação. Traduzem mero trabalho ou operação técnica dos agentes públicos. Não têm, portanto, *laivos* de juridicidade. Com isso não se está afirmando que deles não possa decorrer efeito de natureza jurídica, a exemplo do direito à indenização que o administrado tem se, ao operar, o *servidor público* atuou negligentemente e causou um dano ao paciente. São exemplos de atos materiais os de dar aula e os de varrer rua.

Os *segundos*, os *jurídicos*, ao contrário, predestinam-se à produção de efeitos jurídicos. São, quase sempre, *emanações* de vontade, juízo ou conhecimento do Estado ou de quem *lhe* faça as vezes, orientadas à obtenção de certos e determinados fins de direito. Visam, entre outros objetivos, a *dedo*

55

rar, a certificar, a criar, a alterar, a transferir e a extinguir direitos e obrigações. São dessa espécie os atos praticados sob o regime de Direito Privado e os atos administrativos, a exemplo, respectivamente, da doação de bens imóveis e da requisição de bens e serviços. Esses, como dissemos, são *jurídicos*.

Em síntese:

Atos da

Administração

Pública

I — *Ajurídicos* 1. materiais

II — *Jurídicos*

II — ATO ADMINISTRATIVO

1. Aspectos preliminares

Dos atos praticados pela Administração Pública, só nos interessam os que merecem o qualificativo administrativo, como expressão de certo regime jurídico ditado pelo Direito Público, exorbitante, portanto, do Direito Privado, sejam concretos. sejam abstratos. Obviamente, debaixo desse regime jurídico não se poriam os atos praticados sob a égide do Direito Privado e os atos materiais. Os primeiros, porque exercitados com atenção às regras de um regime em que as partes estão num mesmo plano. Ao praticar tais atos. despe-se a Administração Pública das prerrogativas que lhe são inerentes, não por ser pessoa pública, mas por lhe caber a busca e satisfação do interesse público que lhe compete curar. e iguala-se, praticamente em tudo. ao particular. Já os segundos. os materiais, porque sequer são atos jurídicos. Não oferecem para o Direito, por essa razão, qualquer motivo de estudo. Podem ser objeto de outras ciências. mas não do Direito.

E os atos de governo, exemplificados como os de declaração de guerra. declaração de estado de emergência. declaração de estado de sítio. intervenção federal nos Estados-Membros. sanção e veto, designados. comumente. de atos políticos? Esses. em face do nosso ordenamento. são atos administrativos, obedecem, portanto, ao regime dessa espécie de ato jurídico. embora calcados diretamente na Constituição'. Para Celso Antônio Bandeira de Mello. dado que correspondem ao exercício de função política e

56

não administrativa, não são atos administrativos, inexistindo, portanto, razão para qualificá-los desse modo (Curso, cit., p. 173). sem. no entanto. retirá-los da apreciação do Poder Judiciário.

Em outros sistemas constitucionais. seu regime jurídico é diverso e veda sua sindicabilidade. Esses atos, nesses ordenamentos. não podem ser examinados pelo Poder Judiciário ainda que causem danos a alguém. Essa qualidade os distingue dos demais atos jurídicos praticados pelo Estado. que são sempre sindicáveis pelo Judiciário. Existiram. entre nós, na vigência das Constituições de 1934 e 1937. Nesses períodos de nossa história constitucional era proibido ao Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas, conforme explicitavam, respectivamente, os arts. 68 e 94 dessas Cartas. Hoje, como tais. não mais existem. São, pois. atos administrativos examináveis pelo Judiciário. Não importa, para tal fim. a natureza do ato da Administração Pública causador da lesão a direito individual. Em qualquer caso é

legítima a sua apreciação pelo Judiciário, conforme têm decidido os nossos Tribunais (RDA. 126:3 14) e entendido os nossos autores².

Destarte, excluímos da categoria dos atos administrativos os materiais e os regidos pelo Direito Privado e incluímos os chamados atos de governo ou políticos. Também nessa categoria colocamos os atos praticados pelas autoridades dos Poderes Legislativo e Judiciário que não dizem respeito às suas específicas funções. Assim, são atos administrativos, por exemplo, os relacionados com a vida funcional de seus servidores (nomeação, exoneração, abertura de inquérito administrativo, concessão de férias, imposição de pena), ou sem a aquisição de material necessário aos seus serviços (abertura de licitação, homologação de procedimento licitatório). Ainda entre os atos administrativos incluímos os praticados pelos concessionários e permissionários de serviços públicos (promoção expropriatória) e os atos dos Tribunais de Contas³, relativos, por exemplo, à vida funcional de seus servidores e às suas licitações, porque obedecem ao mesmo regime dessa espécie de atos da Administração Pública.

Desse modo, são atos administrativos as prescrições unilaterais, concretas ou abstratas, enunciadas pelas autoridades legislativas, judiciárias, as emanadas das cortes de conta e as proferidas pelos concessionários e permissionários de serviços públicos, sempre que observarem o regime jurídico aplicável a essa tipologia de atos da Administração Pública, além,

1. Sobre ato político, veja RTDP. 8:121.

2. Entre outros, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais*. cit., v. 1. p. 416.

3. Os atos dessas cortes podem ser examinados pelo Judiciário, conforme decidiu o STF em acórdão estampado na RDA. 95:58.

57

obviamente, dos provimentos editados pela própria Administração Pública que observarem idêntico regime jurídico.

2. Conceito

Do exposto, podemos conceituar o ato administrativo como sendo toda prescrição unilateral, 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.

Analisemos:

O conceito é amplo. Abriga os atos concretos e os abstratos. mas não chega a acolher os contratos administrativos, que são atos multilaterais. Além disso. cuida de explicitar que se trata de prescrição destinada a produzir um dado efeito de direito: declarar. certificar. criar. alterar, transferir e extinguir direitos e obrigações. Nele, portanto, não estão abrigados os atos materiais, que para isso não se preordenam. Ademais. no conceito está esclarecido tratar-se de prescrições do Estado (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município) ou de quem tenha prerrogativas estatais (concessionário). De sorte que não alcança atos dos que não estão investidos de poder. como. em princípio, são os particulares. ficando claro que os atos abrangidos provêm ou decorrem do uso da autoridade pública. restando. Assim, rechaçados os atos da Administração Pública praticados segundo o regime de Direito Privado. No conceito resta indicado que as prescrições hão de se conformar com a lei. tomada essa palavra em sentido lato. colhendo. Assim, os atos que lhe são assemelhados (medidas provisórias) e a Constituição. Nele estão abrigados, portanto, os comandos complementares desses atos normativos legais. destinados a lhes dar cumprimento. chamados de atos concretos. Acolhe. ainda, as manifestações que hão de se compatibilizar com a lei ou outro ato de igual calibre jurídico. dando início à sua execução. como são os atos abstratos. chamados de regulamentos⁴ executivos (CE art. 84.1V). Por se submeterem à lei. não se preordenam a criar direito novo. Da definição restam excluídos os atos legislativos, destinados a inovar a ordem jurídica. A indicação de que podem ser submetidos ao crivo do Judiciário exclui da definição as decisões judiciais. Sujeita. no entanto. aqui e lá. Os atos praticados por esses poderes ao exercício de função administrativa.

4. Sobre esses atos. veja o nosso Poder regulamentar. 2. ed.. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1982.

58

Por fim. diga-se que não é essencial para caracterizar essa espécie de ato jurídico que a manifestação seja profenda por um agente (pessoa) público. como observa Carlos Ari Sundfeld (Fundamentos de direito público. São Paulo. Malheiros. 1992. p. 86). Essa manifestação pode resultar de desenhos (atos pictóricos) ou de equipamento eletromecânico (semáforo). como são os sinais de trânsito. Não se originam, portanto, somente da manifestação de vontade do agente público, pessoa física.

3. Requisitos do ato administrativo

São os componentes que o ato deve reunir para ser perfeito e válido. Embora seja Assim, os autores não estão acordes acerca do número e da identificação desses requisitos. sem levar em conta que ora são chamados de elementos e ora de pressupostos. A divergência assenta-se nos critérios de seleção dos ditos requisitos e em discordâncias terminológicas. Uns autores reúnem dois em um e diminuem. Assim, o número: outros desdobram um em dois e, desse modo, aumentam o total. Ainda, para uns a finalidade é o fim e o motivo é a causa. Para nós, os requisitos do ato administrativo são sete e assim denominados: agente público competente, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto e causa. Salvo este, os demais são intuídos do art. 2 e respectivo parágrafo da Lei federal n. 4.717/65, chamada Lei da Ação Popular.

3.1. Agente público competente

O ato administrativo não surge spont sua. Deve ter um editor. Esse é o agente público. Isso, no entanto, não é tudo, pois o agente público há de ser competente, isto é, ser dotado de força legal para produzir esse ato. Agente público competente é o que recebe da lei o devido poder para o desempenho de suas funções. Vê-se, pois, que o ato administrativo há de resultar do exercício das atribuições de um agente competente, sob pena de invalidação. A esse respeito afirma Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 134) que “nenhum ato — discricionário ou vinculado — pode ser realizado, validamente, sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo”. A competência⁵ ou o poder para praticar o ato decorre da lei e é por ela delimi 5 A competência em Direito Administrativo é semelhante à capacidade em Direito Privado. Ambas expressam o poder legal para a prática de certos atos, mas, em absoluto, não se confundem. Por outro lado, a capacidade pode ser havida como um dado físico, enquanto a competência, como um dado legal.

59

tado. Assim, diz Caio Tácito que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito”. De sorte que é nulo o ato praticado por agente incompetente, ex vi do art. 2 da Lei da Ação Popular e entendimento doutrinário uniforme (RDA, 117:414). A competência em relação aos atos pictóricos e eletromecânicos é aferida em relação ao órgãos que os utiliza.

A competência é intransferível e improrrogável por interesse das partes. Contudo, pode ser delegada e avocada, desde que tais modificações competenciais estejam estribadas em lei. A Lei federal n. 9.784/99 disciplina essas alterações da competência nos arts. 12 e 15. Exemplo de delegação encontra-se no parágrafo único do art. 84 da

Constituição Federal e de avocação acha-se no art. 170 do Decreto-Lei n. 200/67, que cuidou da reforma administrativa federal. Sobre delegação e avocação de competências. veja-se o Capítulo II. item V. Ainda é vedada a renúncia parcial ou total de poderes ou competências. salvo autorização legal. diz o inciso II do parágrafo único do art. 2 da Lei federal n. 9.784/99.

Ademais. ao se examinar o ato em relação a esse requisito. tem-se de ir mais longe, analisando-se a competência da pessoa jurídica. a quantidade de atribuições do órgão, se o sujeito produtor do ato estava ou não impedido de praticá-lo (gozo de licença, cumprindo pena de suspensão) e se sua vontade foi manifestada sem vícios (coação). Ainda, deve-se levar em conta a natureza discricionária ou vinculada do ato administrativo praticado. para exigir-se maior rigor em relação ao vício de competência. A competência tem maior importância quando se tratar de ato discricionário e menor relevo quando referida ao ato vinculado.

3.2. Finalidade

É o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para um fim de interesse público, isto é, no interesse da coletividade. Não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo. O ato administrativo desinformado de um fim público e, por certo, informado por um fim de interesse privado, é nulo por desvio de finalidade (passa-se de uma finalidade de interesse público para uma finalidade de interesse privado, a exemplo do ato de desapropriação praticado para prejudicar o proprietário). E o que se chama de desvio de finalidade genérico. Ademais, não pode o agente público praticar um ato visando o fim inerente a outro. mesmo que ambos sejam de sua competência e abriguem um interesse público. O ato administrativo que inobserva essa exigência é nulo por desvio de finalidade. E o que se chama de desvio de finalidade específico. Assim, é nulo o ato de remoção de funcionário com a finalidade de puni-lo. Do mesmo modo. é nulo o ato que determinar a

60

implantação de zona azul. cuja finalidade é a ordenação do estacionamento em locais de grande afluência de veículos, com o fito de aumentar a receita. O ato de remoção não tem finalidade punitiva: e, se a punição é o que se deseja. deve-se utilizar o ato correspondente. De maneira semelhante ocorre com o ato de instituição de zona azul, que não se presta a aumentar a receita, e. se é isso que se deseja. há o Estado de lançar mão de medidas tributárias. Desse modo, nota-se que a finalidade responde à pergunta: para quê?⁶

3.3. Forma

É o revestimento do ato administrativo. É o modo pelo qual o ato aparece, revela sua existência. É necessária à validade do ato. A inexistência de forma leva à inexistência do ato, enquanto a sua inobservância leva à nulidade, consoante prescreve o art. 22 da Lei da Ação Popular. O usual é a forma escrita (despacho em processo administrativo que pune servidor que agiu irregularmente). Além dos escritos, existem, excepcionalmente, atos orais (ordens dadas a um servidor), atos pictóricos (placas de sinalização de trânsito), atos eletromecânicos (semáforos) e atos mímicos (policiais dirigindo manualmente o trânsito e o tráfego). Observe-se que o ato não atende a esse requisito se praticado intempestivamente. Assim, se a lei ou a Constituição exigir a prática de um ato até determinado momento e esse ocorre após, há, a nosso ver, vício de forma, conforme estabelecido na alínea b do parágrafo único do art. 22 da referida Lei da Ação Popular.

A forma, como requisito de validade do ato administrativo, não deve ser confundida com a formalidade exigida para o ato, ou formalização, como quer Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 42), que a define como o “modo específico de apresentação da forma”, ou seja, uma dada solenização requerida para o ato. A formalidade, por exemplo, para o ato de declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, exigida pela lei, é o decreto. Daí, a declaração que não observar essa formalidade é nula, embora tenha obedecido à forma escrita. Ressalve-se dessa formalidade a declaração expropriatória da responsabilidade de entidades que não veiculam seus atos por decreto, como ocorre com o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, autorizado a declarar e a promover as expropriações pelo Decreto-Lei federal n. 512/69. Também não se confunde com formalismo, que é uma exigência burocrática e inútil.

6. Sobre interesse público, veja o que dissemos no n. 2.5 do item V do Capítulo 1.

61

Editado um ato administrativo com a observância da forma e da formalidade exigidas pela lei, o seu desfazimento (revogação ou invalidação) ou a sua modificação dependerão do atendimento desses mesmos requisitos. Observa-se, nesse sentido, o paralelismo da forma e da formalidade. Destarte, a revogação e a alteração de um ato de declaração de utilidade pública para fins expropriatórios só podem ocorrer por ato escrito e veiculado por decreto, se por decreto ocorreu a declaração. Anote-se que o ato de declaração de utilidade pública para fins expropriatórios pode ser veiculado por lei

ou por portaria, conforme seja o declarante, respectivamente, o Legislativo ou o DNER. O desfazimento desses atos deverá observar a forma escrita e as respectivas formalidades (lei e portaria, respectivamente). Não cabe, assim, revogação por ato veiculado por decreto, salvo em relação ao DNER submetido, por ser autarquia, ao regime de tutela.

3.4. Motivo

É a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo. Consubstancia situações do mundo real que devem ser levadas em consideração para o agir da Administração Pública competente. São ações ou omissões dos agentes públicos ou dos administrados ou, ainda, necessidades do próprio Poder Público que impelem a Administração Pública à expedição do ato administrativo. Com efeito, a construção irregular (situação real) pode ensejar a edição de um ato administrativo (embargo) que imponha a imediata paralisação da atividade de construir. Do mesmo modo, a necessidade de um veículo para certo serviço público pode dar a oportunidade para a edição do ato administrativo que determina a abertura de licitação. A construção irregular e a necessidade do veículo foram os motivos que levaram a Administração Pública a praticar os referidos atos.

O motivo pode estar, ou não, na lei. Se constante de lei, a prática do ato dependerá da efetiva ocorrência da situação prevista. Assim é nos casos de retomada, pelo Estado de São Paulo, de serviços concedidos ou permitidos que não atendam satisfatoriamente aos seus fins ou às condições da outorga (art. 119 da CE/SP). O motivo (execução de serviço público concedido ou permitido em desconformidade com o contrato ou com o ato de outorga) consta da Constituição, e só a sua efetiva ocorrência, no mundo empírico.

7. Sobre tutela, veja o n. 5 do item II do Capítulo VIII.

62

autoriza a retomada nessas hipóteses. No caso, o agente público não tem opção. A prática do ato de retomada está condicionada à existência real do motivo indicado na lei. Vê-se, pois, que não se confunde o motivo legal com o motivo. Aquele é a exposição abstrata de uma situação que pode ocorrer no mundo fenomênico: este é a própria situação, isto é, o realmente ocorrido.

Se, ao contrário, não houver orientação legal, o agente público poderá escolher uma situação de fato para, à vista dela, praticar o ato administrativo. A validade desse ato, no entanto, dependerá da existência efetiva do motivo, se explicitado. Assim, se

para o desligamento de um titular de cargo de provimento em comissão for alegada a prática de atos de improbidade administrativa, a validade do ato de despedimento estará vinculada à existência real dessa improbidade. Desse modo, provado que os atos de improbidade nunca existiram. não se tem como legitimar a despedida.

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. Por essa teoria só é válido o ato se os motivos enunciados efetivamente aconteceram. Desse modo. a menção de motivos falsos ou inexistentes vicia irremediavelmente o ato praticado. mesmo que não exigidos por lei. A esse respeito, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cli., p. 184) que. de acordo com essa teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão. integram a validade do ato e que a invocação de motivos falsos. inexistentes ou incoerentes vicia o ato. mesmo quando a lei não haja estabelecido. antecipadamente. os motivos que ensejariam a sua prática. Anote-se que a inexistência dos motivos é fundamento da nulidade dos atos que diminuem o patrimônio da União. dos Estados-Membros. do Distrito Federal. das autarquias. das sociedades de economia mista. das empresas públicas e das fundações. consoante estabelece o art. 2 da Lei da Ação Popular.

Não se confundem motivo e móvel. Aquele. o motivo, indica uma situação de fato ou de direito. objetiva. Este. o móvel, expressa o propósito, a intenção do agente do ato. O móvel, diz Celso Antônio Bandeira de Meio (Curso. cit., p. 180). é representação subjetiva, psicológica. interna do agente:

corresponde àquilo que suscita a vontade do agente (intenção).

Tampouco confundem-se o motivo e a motivação do ato administrativo. O motivo, como vimos, é a situação fática ou legal. objetiva, real. empírica, que levou o agente à prática do ato. A motivação é a enunciação. descrição ou explicitação do motivo. E a narrativa do motivo. Normalmente é a motivação apresentada sob a forma de considerandos. E o que ocorre quando se pretende dar o nome de uma pessoa a uma via pública. A exortação

63

à pessoa vem sob a forma de considerandos, como que a justificar o ato. Esses considerandos. no entanto. não têm força dispositiva, não integram o conteúdo ou o objeto do ato. O Decreto do Governo do Estado de São Paulo n. 13.502/79, que dispõe sobre o Programa Regional de Industrialização — PROGRIND. tem nove

considerandos, que constituem, pois, a motivação desse ato administrativo. Por fim, diga-se que a motivação cabe tanto no ato concreto como no abstrato (regulamento).

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, consoante já decidiu o STF (RDP, 34:141). Hoje, com mais razão, essa afirmação é de todo pertinente, pois a Constituição Federal exige que até as decisões administrativas dos Tribunais sejam motivadas (art. 93, X). Daí a correta observação de Lúcia Valle Figueiredo (Curso. cit., p. 43): “Ora, se, quando o Judiciário exerce função atípica — a administrativa — deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?”. Não obstante tem-se apregoadado que a motivação só é obrigatória quando se tratar de ato vinculado (casos de dispensa de licitação) ou quando, em razão da lei ou da Constituição, ela for exigida. Nesta hipótese, não importa a natureza vinculada ou discricionária do ato, ela é indispensável à sua legalidade. Em princípio, pode-se afirmar que a falta de motivação ou a indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo, conforme têm entendido nossos Tribunais (RDA. 46:189 e 48:122). A discussão, motival não motiva, parece resolvida com o advento da Lei federal n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal. Pelo art. 50 dessa lei todos os atos administrativos, sem qualquer distinção, deverão ser motivados, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Assim, tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários devem ser motivados. O fato desse artigo elencar as situações em que os atos administrativos devem ser motivados não elide esse entendimento, pois o rol apresentado engloba atos discricionários e vinculados.

A motivação precisa ser explícita, clara e congruente. Observe-se que para atender a essa exigência não é absolutamente necessário que do ato conste a explicitação do motivo. Estará atendida a disposição legal se a título de motivação for indicado que o ato é praticado em razão do que consta no processo administrativo tal ou que está calcado no parecer de folhas tais. Nesses casos, o conteúdo do processo e as conclusões do parecer constituem a motivação dos respectivos atos (RDP. 34:141). Assim também decidiu o STJ (DJU. 6 mar. 1995). Quando a solução servir para várias situações, os fundamentos das decisões podem ser reproduzidos mecanicamente, desde que não prejudiquem direito ou garantia dos interessados. A

64

motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

3.5. Conteúdo

É o que o ato prescreve, ou dispõe. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit., p. 177). é “o que o ato decide. enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica”. E também chamado de objeto. expressão que não é do nosso agrado dado ter outra significação. Assim, o conteúdo pode ser a aquisição. o resguardo, a transferência, a modificação. a extinção. a declaração de direitos. ou a imposição de obrigações aos administrados ou ao próprio Estado. O conteúdo do ato administrativo, vê-se, é aquilo para que o ato se preordena ou a que se destina. Em última análise, é a modificação do ordenamento jurídico. São exemplos de conteúdo: a outorga de uso. no ato de permissão de uso de bem público; o desligamento do agente público, no ato de exoneração de funcionário ocupante de cargo de provimento em comissão: e o horário de funcionamento. no ato que fixa os momentos de abertura e de encerramento do expediente das repartições públicas.

3.6. Objeto

Objeto é alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo. Assim, um ato administrativo que abona as faltas dos servidores. verificadas em razão da greve nos serviços metroviários, tem por objeto as faltas ocorridas. Com outro exemplo aclara-se melhor o que se está afirmando: num ato administrativo de permissão de uso de bem público imóvel o objeto é o bem.

3.7. Causa

“É uma relação de adequação entre os pressupostos do acto e o seu objeto”, segundo André Gonçalves Pereira (Erro e ilegalidade no acto administrativo, Lisboa, Ática, 1962, p. 122). É, em outras palavras, a correlação lógica entre o motivo (pressuposto de fato para o citado autor) e o conteúdos’ em função da finalidade legal do ato editado. Assim, o ato que

8. O conteúdo é. para André Gonçalves Pereira (Erro e ilegalidade. cit.. p. 98). o objeto do ato administrativo.

65

remove (conteúdo) um servidor por necessidade de serviço (motivo) terá essa adequação lógica entre o motivo e o conteúdo se o que se quer alcançar é a melhoria do serviço (finalidade legal do ato de remoção). De sorte que. nesse exemplo, não se teria essa pertinência lógica se o ato fosse praticado para punir o servidor, dado que o ato de remoção não tem essa finalidade legal. mesmo que presente a necessidade de melhoria do serviço. Outro exemplo: o ato que interdita (conteúdo) certa indústria por ser

poluente (motivo) terá sua adequação lógica entre o motivo e o conteúdo se o que se quer é a melhoria ambiental (finalidade legal do ato de interdição). Sendo Assim, é óbvio que não haveria, nesse exemplo, a indispensável pertinência lógica se o ato tivesse sido editado para coagir o empresário a satisfazer sua responsabilidade tributária. já que o ato de interdição não tem essa finalidade legal. mesmo que existente o débito fiscal. Ainda mais um exemplo para ficar bem clara essa idéia: o ato que suspende (conteúdo) um servidor de suas funções por ter desrespeitado seu superior (motivo) terá pertinência lógica entre o motivo e o conteúdo se o que se quer é a sua punição (finalidade legal do ato de suspensão). Destarte, assim não será se o que se deseja é a recomposição do patrimônio público diminuído em razão da situação de alcance em que se encontra o servidor punido. visto que o ato de suspensão não tem essa finalidade legal.

O exame da causa acaba por permitir a análise dos motivos de qualquer ato administrativo, mesmo quando não indicados em lei. para verificar se estão em adequação lógica com a finalidade legal do ato editado. Se estão. o ato é legal. caso contrário, é ilegal. Nesse sentido é a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit., p. 188). ao ensinar que. “através da causa. vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente. ainda que não previstos em lei. guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada. em face da finalidade que. de direito. cumpre atender”.

4. Perfeição, validade e eficácia

Diz-se perfeito o ato administrativo quando completo ou formado. Vale dizer, quando materialmente nada lhe falta: quando tem motivo, conteúdo, finalidade, forma, causa e assinatura da autoridade competente. Em suma:

quando o ato existe. Nesse sentido é chamado de ato existente. E o ato, como diz a maioria dos autores, que completou seu ciclo de formação ou, como assegura Régis Fernandes de Oliveira (Ato administrativo. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1978, p. 51). é o ato que “existe como entidade jurídica”. A perfeição, como se vê, não se confunde com a validade nem com a eficácia, embora seja pressuposto inafastável tanto de uma como de outra.

66

O ato perfeito, como aqui o entendemos, não se confunde com o ato jurídico perfeito (LICC. art. 62, § 1º. e CE art. 52, XXXVI). Este é ato consumado, ou o que “já constituiu uma relação jurídica”. no ensinamento de Antonio Carlos Cintra do Amaral

(Extinção do ato administrativo. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1978, p. 31). enquanto aquele é apenas o ato pronto, terminado, acabado. Por via de consequência, imperfeito é o ato administrativo inacabado. É o ato que não existe como entidade jurídica, embora não se confunda com o ato inexistente⁹, isto é, o que apenas tem a aparência de ato (casamento em festa junina). Exemplo de ato imperfeito é o que não traz a assinatura da autoridade editora.

Válido é o ato administrativo editado na conformidade da lei (ato concreto), na compatibilidade da lei (regulamento de execução) ou da Constituição (regulamento autônomo), quando este ato é admitido. Válido, portanto, é o ato, concreto ou abstrato, adequado ao que estabelece a ordem jurídica, que nela entrou pela porta da legalidade. Por conseguinte, inválido é o ato administrativo que afronta o ordenamento jurídico, que com ele não se conforma ou não se compatibiliza. E o ato que não ingressou no ordenamento jurídico pela porta da legalidade.

Eficaz é o ato administrativo que permite a utilização dos efeitos para os quais está preordenado. E o ato que está pronto para a produção dos efeitos próprios. É o ato que dele podem ser auferidos esses efeitos, porque disponíveis de imediato. Sua disponibilidade, desse modo, não depende de qualquer evento futuro, certo ou incerto. De outro lado, ineficaz é o ato administrativo que aguarda a ocorrência de um termo (dia certo em que começa ou se extingue a eficácia de um ato jurídico: a permissão de uso vigorará a partir de 11 de março) ou condição (evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico: será outorgada a permissão de uso quando o terreno for devolvido pelo atual usuário) ou um ato de controle (aprovação, homologação) para que seus efeitos próprios sejam desencadeados.

Em síntese, pode-se dizer que o ato é perfeito, válido e eficaz se, concluído e editado segundo as exigências do ordenamento jurídico, está apto à produção dos efeitos jurídicos que lhe são próprios. Essa é a regra, embora.

9. Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 251) define o ato inexistente como o correspondente à conduta criminosa, portanto, fora do possível jurídico e radicalmente vedada pelo Direito, citando, com apoio em Weida Zancaner, como exemplos a ‘ordem de uma autoridade para que seu subordinado torture um preso’ e a ‘licença para que um estabelecimento funcione como casa de lenocínio’.

67

de outro lado, o ato administrativo perfeito e válido possa ser ineficaz. De fato, o ato administrativo pode ser perfeito, porque concluído, e válido, porque se adaptou às

exigências impostas pela ordem jurídica. necessárias à sua expedição, mas ineficaz, já que está à espera do surgimento de um termo ou condição para que seus efeitos possam ser fruídos pelos respectivos destinatários. Disso é exemplo o ato que permite a contratação depois que o vencedor da licitação tenha promovido a competente garantia. A par disso, diga-se que o ato administrativo perfeito pode ser inválido, e como tal ser eficaz ou ineficaz. De fato, é perfeito porque concluído, inválido porque em dissonância com o ordenamento jurídico. mas eficaz, isto é, pronto para produzir os respectivos efeitos. É exemplo o ato de declaração de utilidade pública, para fins expropriatórios, editado por vingança. Por fim, o ato é perfeito porque pronto, inválido porque afronta a legislação e ineficaz porque aguarda um termo. O ato que permite a nomeação de funcionário para cargo de provimento efetivo nos serviços administrativos da Câmara, sem o prévio concurso, depois do recesso parlamentar, é exemplo desse tipo de ato.

Esquemáticamente, temos:

1)V. E.”

Ato perfeito 2) V. 1.

3) In. E.

4) In. 1.

5. Vigência e eficácia

São qualidades do ato administrativo que não se confundem, A vigência expressa o período de permanência do ato no ordenamento jurídico: é a dimensão temporal do ato. Já a eficácia é a prontidão para produzir efeitos. Durante a vigência o ato deve ser observado, obedecido. A vigência e a eficácia. na prática, decorrem da publicação ou do conhecimento do ato pelo seu destinatário’ . Desse modo. o ato administrativo pode estar em vigor e ser eficaz ao mesmo tempo. Assim é o ato de apreensão de mercadoria imprópria

10. Legenda: V válido: E = eficaz: 1 ineficaz: In inválido.

11. O ato administrativo torna-se obrigatório, nos termos do art. 5 do Decreto n. 572. de 12 de julho de 1890. a partir de sua publicação. Nesse particular. acentua Maria Helena Diniz (Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. São Paulo. Saraiva. 1994). referido decreto não foi revogado pelo Código Civil.

68

para o consumo público. Editado o ato, ele não só está em vigor como é eficaz. Em termos lógicos, a vigência acontece antes. Essa anterioridade em alguns casos é

aparente, pois a eficácia surge durante a vigência do ato e com o advento de uma condição ou termo, não no início da vigência.

De outro lado, o ato pode estar em vigor sem ser eficaz, ou seja, sem poder produzir qualquer efeito enquanto não ocorrer uma dada condição ou cumprida certa exigência, a exemplo do ato de abono de falta de servidor que dependa do visto do superior hierárquico para produzir os efeitos para os quais está preordenado. Aqui o ato está em vigor ao mesmo tempo em que é ineficaz.

6. Efeitos do ato administrativo

Efeitos são os resultados jurídicos que o ato pode proporcionar. São de duas espécies: próprios e impróprios, ou típicos e atípicos, como preferem alguns autores.

Próprios são os efeitos para os quais o ato se preordena ou para que se destina. São os buscados: os queridos pelo agente público. São a razão de ser do ato administrativo. Assim, o efeito próprio do ato de permissão de serviço público é investir alguém, isto é, o permissionário, na condição de prestador de serviço da responsabilidade do Estado. A submissão de um bem ao regime da expropriação é efeito próprio do ato de declaração de utilidade pública para fins expropriatórios. Esses efeitos, percebe-se, constituem o próprio conteúdo do ato. Em síntese: é toda alteração promovida no ordenamento jurídico.

Os efeitos impróprios são os que ocorrem sem que o ato para isso estivesse preordenado ou destinado. Não são buscados ou queridos pelo agente público editor do ato administrativo, nem constituem a razão de ser do ato administrativo. Derivam, portanto, do conteúdo do ato administrativo, mas não constituem, jamais, o próprio conteúdo. A permissão para os agentes públicos ingressarem no bem expropriado para, por exemplo, obter amostras do solo ou para proceder a um levantamento da área, decorrente da declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, tem essa natureza. Vale dizer: é efeito impróprio do ato de declaração. Deriva do conteúdo do ato declaratório, mas não é o próprio conteúdo desse ato. Ainda outro exemplo: a alienação de certo bem público, cujo uso fora permitido, extingue o ato de permissão. Observe-se que nesse caso haverá a extinção da permissão, quer o beneficiário da alienação seja o permissionário, quer um terceiro qualquer, pois as duas situações são incompatíveis entre si.

Essa distinção, que não é meramente acadêmica, nem destituída de sentido prático, tem especial interesse na invalidação do ato administrativo. Só se invalidam, pois, os efeitos próprios do ato: os impróprios, comumente, permanecem no ordenamento jurídico. Então, são válidos os atos praticados por um servidor nomeado irregularmente? Sim, pois inválida, no caso, é a investidura do servidor no cargo (efeito próprio do ato de nomeação), não os atos (abertura de sindicância, punição, delegação de competência) praticados pelo servidor em decorrência do exercício das atribuições do cargo. Assim já decidiu por mais de uma vez o STF (RDA. 126:2 16 e 218). Nesses julgados foram considerados legais os atos praticados por oficiais de justiça nomeados com base em lei declarada inconstitucional.

Os efeitos do ato administrativo preordenam-se a reger situações jurídicas presentes e futuras, respeitando o passado e reconhecendo os efeitos futuros do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. O princípio, portanto, é o da irretroatividade dos efeitos do ato administrativo. Não obstante, a retroação pode acontecer, como é o caso dos atos de invalidação. O efeitos desses atos retroagem para desconstituir o ato inválido (nulo) no seu nascedouro. A retroação, no caso, é da própria essência do ato de invalidação.

7. Atributos do ato administrativo

A diferença de tratamento dispensado pela ordem jurídica aos interesses públicos e privados acaba por atribuir, a cada um dos atos jurídicos que realizam esses interesses, características próprias, que merecem, em relação ao ato administrativo, exame amiado. Daí falar-se em atributos do ato administrativo. A doutrina reconhece, como atributos do ato administrativo, a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a auto-executoriedade.

Essas qualidades inexistem no ato jurídico do particular, salvo algumas e, ainda Assim, em raríssimas situações. É o caso do direito assegurado aos hoteleiros de reter a bagagem do hóspede que não satisfaz o custo da hospedagem (CC. art. 1.469 exigibilidade) ou da retomada de bem imóvel logo após a prática do esbulho (CC. art. 1.210, § 1 — auto-executoriedade).

Por derradeiro, diga-se que esses atributos não são encontráveis nos ienais atos praticados pela Administração Pública, como acontece com)s regidos pelo Direito Privado, salvo se permitido pelo próprio ordenamento jurídico.

É a qualidade de todo e qualquer ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o Direito. Milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade. Com efeito, se a Administração Pública só pode agir ou atuar se, como e quando a lei autoriza, há de se deduzir a presunção de legitimidade de seus atos, isto é, que se presumem verdadeiros e que se conformam com o Direito. Assim, pode-se dizer que os atos administrativos nascem com essa qualidade e nada mais se exige para a sua prevalência. Não se infira dessa afirmação que se está a dizer que os atos administrativos são sempre legais. Na realidade, embora não devam, é certo que muitos desses atos são ilegais, conforme a prática tem demonstrado. Essa circunstância, no entanto, não invalida o princípio. A Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante o Tribunal de Contas³. Em tais casos, não lhe cabe sequer buscar autorização judicial para a execução do ato impugnado. Essas são duas das conseqüências desse atributo.

A presunção, como afirmamos, não é *juris et de jure*. Vale dizer: admite prova em contrário. Assim, um servidor pode demonstrar que sua transferência para outro setor da Administração Pública não foi em razão da necessidade do serviço, mas por perseguição, e obter a anulação desse ato. Do mesmo modo, o expropriado pode demonstrar que a declaração expropriatória foi editada por agente incompetente, isto é, assinou-a o Secretário Municipal em lugar do Prefeito,

Diga-se, por fim, que os atos praticados pela Administração Pública segundo o regime de Direito Privado não gozam desse atributo. Nesse particular, tais atos observam as regras comuns a que se submetem os atos dos particulares, conforme já decidiu o STF (RDA. 46:192). Ademais, algumas leis exigem que a Administração Pública demonstre perante certos órgãos de controle a legalidade de seus atos. Nesses casos nada lhe ajuda a presunção de legitimidade. Dessas é exemplo a Lei federal n. 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos (art. 113).

12. Vela sobre esse tema o tópico VI do Capítulo 1.

13. A comprovação da legalidade e regularidade da despesa realizada, em caso de controle pela Corte de Contas, é exigida pelo art. 113 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

A par da presunção de legitimidade que se reporta à legalidade do ato administrativo, os autores, e disso é exemplo Maria Sylvia Zanelia Di Pietro (Direito administrativo. 4. ed.. São Paulo. Atlas. 1994, p. 164). têm mencionado a presunção de veracidade como atributo do ato administrativo, reportada. no entanto. aos fatos alegados. Daí. os fatos reportados pela Administração Pública são presumidamente verdadeiros. As certidões, os atestados. as declarações que contêm informações da Administração Pública gozam desse atributo.

7.2. Imperatividade

É a qualidade que certos atos administrativos têm para constituir situações de observância obrigatória em relação aos seus destinatários, independentemente da respectiva concordância ou aquiescência. Destarte, sempre que o ato administrativo for dotado desse atributo, impõe-se mesmo que contrarie os interesses do destinatário. Tem esse atributo o ato administrativo que elege determinada rua para a realização de feira livre ou o que atribui mão única de direção a certa avenida. Também é portador desse atributo o ato que institui uma servidão (colocação de placa de nome de rua em parede de residência de particular. situada em uma esquina).

Tal qualidade é chamada, por Renato Alessi. de poder extroverso do ato administrativo. Não obstante, não é encontrável nos atos administrativos que outorgam direitos (permissão. autorização) nem nos meros atos administrativos (atestado. certidão), como foi bem observado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito administrativo. cit., p. 166), pois não impõem obrigações.

7.3. Exigibilidade

É a qualidade do ato administrativo que impele o destinatário à obediência das obrigações por ele impostas. sem necessidade de qualquer apoio judicial. Em razão disso, o Estado pode exigir e obter dos destinatários do ato administrativo o cumprimento da obrigação ou do dever imposto. sem auxilio de ordem judicial. A exigibilidade induz o destinatário à obediência do que prevê esse provimento. As determinações para que o particular construa muro no alinhamento da rua ou pode árvores cujos galhos ameaçam a segurança da rede elétrica são atos portadores desse atributo. Com efeito, a não-execução do muro ou a não-realização da poda ensejam à Administração Pública a possibilidade de multar o administrado desobediente, sem necessitar do prévio reconhecimento desse direito (exigir o muro ou a poda

de árvores) por parte do Poder Judiciário ou mesmo a execução dessas tarefas pela própria Administração Pública e posterior cobrança do responsável por essas obrigações. Observe-se que não pode a Administração Pública, fundada nesse atributo do ato administrativo, compelir materialmente o obrigado a executar referidas obrigações. Nesse particular a exigibilidade diferencia-se da auto-executoriedade do ato administrativo.

7.4. Auto-executoriedade

A auto-executoriedade, ou simplesmente executoriedade, é a qualidade do ato administrativo que dá ensejo à Administração Pública de, direta e imediatamente, executá-lo. É a qualidade sufragada pela lei (Código de Águas, art. 58; Código Florestal, art. 35; Código de Caça, art. 33) e acolhida pela doutrina (Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Júnior, Sérgio de Andréa Ferreira, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, entre outros) e pelos Tribunais (RDA, 108:302; RF, 124:438; RT, 759:404). Também não há que se falar de contraditório e ampla defesa. Se o ato administrativo é portador desse atributo, a Administração Pública não necessita recorrer ao Poder Judiciário para garantir-lhe a execução. Os atos que dissolvem uma passeata ou reunião ou os que requisitam bens durante o estado de calamidade pública ou, ainda, os que determinam a destruição de alimentos impróprios para o consumo público são portadores dessa qualidade, isto é, são auto-executórios. A Administração Pública executa-os independentemente de qualquer recurso ao Judiciário e, se for o caso, mediante o uso da força. Apesar de se assemelhar a uma pena, não o é, e tampouco é processo sumário de aplicação de punições.

Diferem, pois, dos atos praticados por particulares. Estes, em caso de desatenção de seus direitos, devem buscar a devida satisfação perante o Poder Judiciário, que lhes declarará o direito e lhes concederá o título executório, cuja execução também lhe caberá. Excepcionalmente, os administrados valem-se do direito de executar seus próprios atos. E o que ocorre nos casos dos arts. 188 (atos praticados em legítima defesa ou regular exercício de direito, destruição de coisa alheia, ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente), 1.210, § 12 (turbação e esbulho), 1.283 (corte de raízes e ramos de árvores que ultrapassem a estrema do prédio), entre outros, do Código Civil.

A auto-executoriedade não é atributo de todo e qualquer ato administrativo. É encontrada nos atos que recebem da lei essa distinção, ou seja, ela existe nos casos previstos em lei ou quando for indispensável à imediata salvaguarda do interesse público. Da primeira hipótese são exemplos: a

apreensão de equipamento de pesca havido pela lei como proibido (art. 33 do Código de Pesca) e a reposição. incontinenti, das águas públicas, bem como do seu leito e margens ocupados por particulares. no seu antigo estado (art. 58 do Código de Águas). Da segunda. são exemplos a demolição do prédio que ameaça ruir e a destruição de bem para evitar a propagação de incêndio. Vê-se. nestes últimos casos. que a auto-executoriedade é indispensável à eficaz garantia do interesse público, sob pena de ser inútil qualquer medida posterior. São situações em que se exige a imediata ação da Administração Pública. Ademais. não há outra via de igual eficácia à sua disposição. Desse modo. mesmo que não autorizada em lei. tem-se de admiti-la. Dado o regime de utilização da auto-executoriedade. não resta dúvida quanto a sua incompatibilidade com o princípio do contraditório e da ampla defesa. Assim, executa-se o ato e o eventual prejudicado nada pode reclamar pela inobservância desse princípio. Também não gozam desse atributo os atos da Administração Pública praticados sob o regime do Direito Privado, dado que. no caso. a Administração Pública atua como um particular (RDA. 46:192).

A auto-executoriedade. como se viu, só é legítima nas citadas hipóteses. Destarte, qualquer medida que não se afeioe a esses princípios é ilegal. Assim, o administrado que se sentir ameaçado ou atingido nos seus direitos pela auto-executoriedade pode pedir proteção judicial. visando obstar sua utilização ou sustar sua aplicação. Essas medidas judiciais. especialmente adequadas a oferecer essa proteção ao administrado. são o mandado de segurança. preventivo ou suspensivo (CE art. 59, LXIX. e Lei n. 1.533/51). e o habeas corpus (CF. art. 59, LXVIII). Este. também, preventivo ou suspensivo.

III — CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

1. Critérios de classificação

Inúmeras são as classificações dos atos administrativos encontradas nos autores especializados. Variam, por certo, conforme o critério de agrupamento. Seguimos. nesse passo. quase que integralmente, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit.. p. 198). por nos parecerem as mais úteis. Os atos administrativos podem ser agrupados segundo os seguintes critérios:

natureza da atividade administrativa, natureza do conteúdo. destinatários do ato. grau de liberdade da Administração Pública para decidir. efeitos. abrangência dos efeitos. composição da vontade e vontade administrativa.

1.1. Quanto à natureza da atividade administrativa

Quanto à natureza da atividade administrativa, os atos administrativos podem ser de administração ativa, consultiva, controladora, verificadora e contenciosa.

De administração ativa são os atos que criam uma utilidade pública. Constituem, pois, relações jurídicas, a exemplo das autorizações (uso de bem público), das licenças (para construir), das nomeações (de funcionários), das permissões (de serviço público).

De administração consultiva são os atos que informam, esclarecem ou sugerem providências necessárias à prática dos atos administrativos, a exemplo dos informes (sobre certa situação), pareceres (jurídicos), laudos (de avaliação, técnicos).

De administração controladora são os atos que impedem ou permitem a produção dos atos de administração ativa, a exemplo dos de autorização. Prestam-se para os exames de legalidade e de mérito do ato de administração ativa. Podem ser prévios ou posteriores. Prévios, quando indispensáveis à produção do ato: este não ocorrerá enquanto não acontecer o ato de controle. Posteriores, quando praticados após a edição do ato de administração ativa para lhes dar eficácia: esta não acontecerá enquanto não ocorrer o ato de controle (aprovação, homologação, visto).

De administração verificadora são os atos que apuram a existência de uma situação de fato ou de direito, a exemplo dos destinados a saber se certo servidor está ou não doente ou se um prédio é seguro ou não para a realização de uma atividade. Ainda são dessa espécie os que documentam certa situação, a exemplo da matrícula imobiliária, do registro de nascimento, de casamento e de óbito.

De administração contenciosa são os atos que decidem, no âmbito da Administração Pública, os assuntos de natureza litigiosa, a exemplo do ato de punição e do ato que defere um pedido de administrado. Também têm essa natureza os atos dos Tribunais Administrativos (Fiscal, Marítimo). Esses atos, embora decidam uma contenda, não fazem coisa julgada, dado que podem ser revistos pelo Judiciário.

1.2. Quanto à natureza do conteúdo

Quanto à natureza do conteúdo, os atos administrativos podem ser: concretos e abstratos.

Concretos são os que dispõem para um único e específico caso, e nessa aplicação esgotam-se. São concretos os atos: de exoneração de funcio

nário. de declaração de utilidade pública para fins expropriatórios, de apreensão de mercadoria, de interdição de indústria poluente.

São abstratos, também chamados de normativos, os atos que dispõem para casos que possam repetir-se. Não se esgotam mesmo depois de reiteradas e infinitas aplicações. O regulamento é exemplo típico dessa espécie de ato (Regulamento do Imposto de Renda — RIR).

1.3. Quanto aos destinatários do ato

Quanto aos destinatários, os atos administrativos podem ser: individuais e gerais.

Individuais são os que têm destinatários certos. determinados, a exemplo do ato que delega para o subordinado atribuições do superior ou do que outorga uma permissão de uso de bem público. Nesses atos são explicitados (nominados) os destinatários. Sabe-se, portanto, a quem se destinam. O ato individual pode ser singular e plural. É singular se o destinatário nominado é um só. a exemplo do ato de nomeação de titular de cargo público. E plural se os destinatários nominados são vários, a exemplo do ato de classificação dos aprovados em concurso público.

São gerais os que têm por destinatários um grupo de pessoas inominadas. ligadas por uma mesma situação. São exemplos os atos que: a) determinam a dissolução de uma reunião ou de uma passeata; b) têm por destinatário uma classe de pessoas. Desta última espécie são os atos que outorgam férias coletivas aos funcionários ou que abonam as faltas dos servidores públicos, ocorridas em determinado dia em razão de greve nos transportes coletivos, ou os que concedem anistia aos servidores públicos punidos com a pena de advertência. Em São Bernardo do Campo veiculou-se. pelo Decreto n. 6.385/79. o ato administrativo geral que extinguiu as penas de advertência, repreensão e as de suspensão de até três dias aplicadas aos servidores públicos.

1.4. Quanto ao grau de liberdade da Administração Pública para decidir

Quanto ao grau de liberdade da Administração Pública para decidir. os atos administrativos podem ser: vinculados e discricionários.

São vinculados os praticados pela Administração Pública sem a menor margem de liberdade. A Administração Pública edita-os sem qualquer avaliação subjetiva. A lei, nesses casos, encarrega-se, em tese. de prescrever, com detalhes, se. quando e como a Administração Pública deve agir. São atos vinculados: os que outorgam licença para construir, os que concedem aposentadoria

e os que admitem o administrado em escolas e hospitais públicos. Em todos eles a lei prescreve o procedimento a ser tomado pela Administração Pública, ou seja, deferir ou indeferir o pedido, conforme seu autor tenha ou não satisfeito as exigências da lei, não lhe cabendo decidir de outro modo.

São discricionários os atos praticados pela Administração Pública com certa margem de liberdade. A Administração edita-os depois de uma avaliação subjetiva. São atos discricionários: os que outorgam permissão de uso de bem público. Nesses casos, a edição do ato ocorre depois de uma avaliação subjetiva da Administração Pública, no que respeita ao mérito, dado que a lei não prescreve para o agente público um só comportamento. Assim, segundo o interesse público do momento a autoridade competente defere ou indefere a solicitação do particular.

Esses atos, vinculados e discricionários, são editados pela Administração Pública no desempenho de atribuições ditas, respectivamente, vinculadas e discricionárias, estudadas no item VII deste Capítulo.

Finalmente, diga-se que o ato discricionário distingue-se do ato arbitrário, uma vez que aquele é legal e este, ilegal. A ação arbitrária contraria a lei; a discricionária, não.

1.5. Quanto aos efeitos

Quanto aos efeitos, os atos administrativos podem ser: constitutivos e declaratórios.

Constitutivos são os que implantam uma nova situação jurídica, produzindo-a ex novo, ou que modificam ou extinguem a situação existente. Os atos de outorga de permissão de serviço público ou de autorização para exploração de jazida são exemplos de atos administrativos constitutivos, produtores, pois, de situação jurídica nova, visto que o beneficiário do ato passa a desfrutar de mais um direito. O ato que coloca em disponibilidade um funcionário público ou o que declara a desnecessidade de cargos públicos são também exemplos de atos administrativos constitutivos, pois alteram ou extinguem a situação jurídica anterior.

Declaratórios são os que afirmam a existência de uma situação de fato ou de direito. Exemplos desses atos são os que declaram segura ou insegura uma edificação, ou os que certificam as alterações havidas na denominação de uma rua, ou, ainda, o nascimento de certa pessoa. Esses atos não criam, alteram, transferem ou extinguem direitos e obrigações. As situações anteriores e posteriores à sua edição continuam

iguais: quem era permissionário continua permissionário; quem não era servidor público continua não sendo servidor público.

77

1.6. Quanto à abrangência dos efeitos

Quanto à abrangência dos efeitos, os atos administrativos podem ser: internos e externos.

Internos são os que se preordenam a produzir efeitos apenas no interior da Administração Pública, portanto, sem alcançar terceiros. a exemplo dos pareceres.

Externos são os que se destinam a produzir efeitos além do interior da Administração Pública, alcançando, por conseguinte, terceiros. São exemplos desses atos a naturalização de estrangeiro e a ocupação, pelo Estado, de bem particular para canteiro de obra pública.

1.7. Quanto à composição da vontade

Quanto à composição da vontade, os atos administrativos são: simples e complexos.

Simples são os atos oriundos da manifestação jurídica de um único órgão (licença para construir, permissão de uso de bem público). Podem ser: singulares e colegiais. Atos simples singulares são os que provêm de um único agente (nomeação de um funcionário). São os mais comuns. Atos simples colegiais são os que provêm do concurso de várias vontades unificadas de um mesmo órgão e no exercício da mesma função. São exemplos os atos das Comissões, Conselhos e Tribunais Administrativos.

Complexos são os atos resultantes da conjugação de vontades de órgãos diversos. Exemplo desses atos é a nomeação, pelo Governador, do Procurador-Geral de Justiça, indicado, em lista tríplice, pelo Colégio de Procuradores, consoante dispõe o art. 94, II, da Constituição do Estado de São Paulo. Há, no caso, duas manifestações: uma do Colégio de Procuradores e outra da Governadora. O primeiro órgão indica; o segundo, nomeia. Ainda é exemplo de ato complexo a nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, dado que, nos termos do parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal, cabe ao Presidente da República a promoção desse ato, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

1.8. Quanto à vontade administrativa

Sob este particular critério os atos administrativos podem ser negociais ou meros atos.

Negociais são os atos administrativos que se preordenam a produzir um dado resultado jurídico. São exemplos dessa espécie de ato administra-

78

tivo o que admite um estudante numa escola pública e o que admite um doente num hospital municipal.

São meros atos administrativos os que exteriorizam apenas um conhecimento. cujos efeitos decorrem diretamente da lei. Esses meros atos administrativos são comumente chamados de certidão¹⁴. Também são meros atos administrativos as manifestações de desejo da Administração Pública, como ocorre com o voto pronunciado por um membro de certo órgão colegiado.

2. Quadro sinóticO

- a) Administração ativa
 - b) Administração consultiva
 - c) Administração controladora
 - d) Administração verificadora
 - e) Administração contenciosa
- natureza da atividade administrativa

2. Quanto à natureza do conteúdo

3. Quanto aos destinatários

Quanto ao

grau de

liberdade

- a) Concreto b) Abstrato

- a) Individual b) Geral

— Singular

— Plural

Ato

administrativo

1. Quanto à

4.

5. Quanto aos efeitos

6.

7.

8.

a) Vinculado b) Discricionário

a) Constitutivo b) Declaratório

a) Interno

b) Externo f a) Simples

b) Complexo

a) Negociais b) Meros atos

Prévio Posterior

79

Quanto à abrangência dos efeitos

Quanto à composição da vontade

Quanto à vontade administrativa

— Singular

— Colegial

14. Sobre certidão. veja mais adiante. no nem V. o n. 1.12.

IV — ATO ADMINISTRATIVO EM ESPÉCIE

1. As espécies de atos administrativos

Dentre os atos administrativos, alguns sobressaem em razão do conteúdo. outros em face da sua freqüente utilização pela Administração Pública. Esses atos são a admissão. a permissão, a autorização, a aprovação, a homologação, a licença, a concessão e a dispensa. Alerta-se que sob esses rótulos nem a doutrina nem o legislador colocam o mesmo conteúdo. Assim, chama-se de permissão o que é concessão, ou designa-se aprovação o que é homologação. A inadequada utilização desses rótulos, se não influi na compreensão do respectivo instituto, já que prevalece o regime jurídico apontado pela lei para cada um. causa confusão aos menos avisados. Vejamos cada um desses atos.

1.1. Admissão

É o ato administrativo vinculado pelo qual a Administração Pública faculta o ingresso de administrado em estabelecimento governamental, desde que tenha atendido às exigências legais, para o desfrute de um serviço público. São exemplos os atos que admitem alguém em uma unidade hospitalar ou educacional para a fruição dos respectivos serviços. A admissão não pode ser negada se o administrado implementou todas as condições para o ingresso no estabelecimento governamental e desfrutar dos serviços oferecidos (inscrição, prova etc.). “O direito à admissão”, diz Hely Lopes

Meirelles (Direito administrativo, cli., p. 172). “nasce do atendimento dos pressupostos legais, que são vinculantes para o próprio poder que os estabelece”. Por fim, diga-se que não deve ser confundida com a admissão de alguém no serviço público para o desempenho de certa função. Esta rege-se por outros princípios; tem conteúdo e fim diversos.

1.2. Permissão

É ato administrativo, vinculado ou discricionário, segundo o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de prestar um serviço público ou de usar, em caráter privativo, um bem público. Por ela o Poder Público também outorga permissão de obra pública. São exemplos desse ato os que transferem, a certo particular, a execução dos serviços de transporte coletivo, de produção e distribuição de energia elétrica ou os que trespasam o uso privativo de um bem público

80

imóvel (prédio, terreno) ou móvel (cadeira de rodas) a um particular interessado. E vinculado se, em relação ao pedido do particular, a Administração Pública não tem liberdade para decidir, isto é, se está obrigada a outorgar o direito pleiteado, desde que atendidas as condições legais pelo interessado. Nesses casos, uma vez outorgado o direito solicitado, a permissão é irrevogável, salvo indenização. É discricionário se sobre o pedido a Administração Pública tem liberdade para decidir, concordando ou não com a solicitação. Nesses casos, a permissão é revogável em função do interesse público (RT. 650:160), a qualquer momento após sua outorga, sem nenhuma indenização, sendo irrelevante o fato de ter o interessado atendido a todas as exigências legais. O ato de permissão é normalmente veiculado por decreto, no qual se estabelecem as condições da outorga.

1.3. Autorização

É o ato administrativo discricionário mediante o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada. Por ser discricionário, não está o Poder Público obrigado a agir conforme a solicitação que lhe for feita, ainda que o interessado tenha atendido a todos os requisitos legais. São dessa natureza os atos que autorizam a captação de água de um bem público. Os direitos outorgados por essa espécie de ato são, em tese, precários. Em face dessa característica, a ninguém é dado exigir-lhe da Administração Pública, conforme decisão do STJ, proferida por ocasião do julgamento do Mandado de

Segurança n. 72-DF (DJU, 7 ago. 1989) ou impedir sua revogação (RT. 655:176). A expressão, anote-se, é muitas vezes utilizada com o sentido e o regime da permissão, conforme se vê no § 32 do art. 100 da Lei Orgânica do Município de Cubatão, em São Paulo.

A Constituição Federal, por sua vez, usa esse vocábulo no inciso XII do art. 21 como uma das modalidades de que se pode valer a União para transferir a exploração de serviços de sua competência. Assim, mediante autorização, a União pode trespassar a exploração, por exemplo, dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações ou os serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

1.4. Aprovação

E o ato administrativo discricionário mediante o qual a Administração Pública faculta a prática de certo ato jurídico ou concorda com o já praticado

81

cado para lhe dar eficácia, se conveniente e oportuno. Pode ser anterior ou posterior. Por ser discricionária, a aprovação pode ou não ser concedida, sendo para isso despendendo o atendimento das exigências legais. É anterior quando a apreciação de mérito ocorre antes da edição do ato submetido a esse controle. São exemplos: a) o pronunciamento do Conselho da República sobre a intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio (CE art. 90); b) a aprovação, pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, do ato de destituição do Procurador-Geral da República (CF. art. 128, § 22). E posterior quando a apreciação da conveniência e oportunidade do ato submetido a esse controle acontece depois de sua edição. Dessa natureza é a aprovação, pelo Senado Federal, da exoneração de ofício (ato de desligamento praticado pela autoridade competente em razão do exercício do cargo, função ou emprego) do Procurador-Geral da República (CE art. 52. XI). O ato do Congresso Nacional, editado com base no art. 62 da Constituição da República, que aprova medida provisória expedida pelo Presidente da República, com fulcro nesse artigo, tem essa natureza.

1.5. Homologação

É o ato administrativo vinculado pelo qual a Administração Pública concorda com o ato jurídico praticado, se conforme com os requisitos legitimadores de sua edição. Dessa natureza é o ato do Tribunal de Contas da União que aprecia as concessões iniciais de aposentadoria, reforma e pensões (CF. art. 71. III) outorgadas pelo Executivo Federal para lhes dar eficácia. Sob certo aspecto, também tem essa natureza o ato

praticado pela autoridade competente que delibera sobre o procedimento licitatório. nos termos do art. 43. VI. do Estatuto federal das Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93).

Diferencia-se da aprovação em razão da natureza do exame. Na homologação examinam-se os aspectos de legalidade: na aprovação analisam-se os de conveniência e oportunidade, isto é, o mérito do ato praticado. A aprovação é ato discricionário, enquanto a homologação é ato vinculado. A homologação é sempre posterior; a aprovação pode ou não ser posterior.

1.6. Licença

É o ato administrativo vinculado por meio do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada, desde que satisfeitas

82

as exigências legais. Desse modo. atendidos os requisitos previstos em lei. não tem. sob pena de ilegalidade, como ser negada pela Administração Pública a licença solicitada pelo administrado. É, pois. direito subjetivo do interessado. Dessas licenças são exemplos a de construir. comumente chamada de alvará de construção. e a de exercício de atividade profissional. quase sempre denominada alvará de funcionamento. Não se confunde com a autorização. Esta é discricionária: aquela é vinculada.

1.7. Concessão

É o ato administrativo, discricionário ou vinculado, mediante o qual a Administração Pública outorga aos administrados um “status”. uma honraria ou, ainda, faculta-lhes o exercício de uma atividade material. A concessão da cidadania brasileira (status). a concessão de uma comenda (honraria) e a concessão de lavra (exercício de atividade material) são exemplos dessa espécie de ato administrativo. O termo “concessão” também é usado como indicador de ato jurídico de natureza contratual, como ocorre na concessão de uso de bem público.

1.8. Dispensa

É a liberação de alguém que se achava obrigado a um dado comportamento, à vista da ocorrência de determinadas circunstâncias. Se o comportamento lhe fora imposto por lei. somente por lei pode ocorrer a liberação. Não que se observados o paralelismo de forma e hierarquia nos atos que impõem e que exoneram alguém de um dado comportamento e a efetiva ocorrência dos pressupostos da dispensa. sob pena de ilegalidade da liberação. É exemplo de dispensa o ato que libera, numa tomada de

preços. a apresentação de certos documentos se o proponente estiver cadastrado. Também é dessa espécie o ato que libera do pagamento da tarifa metroviária passageiro sexagenário. A dispensa, consoante a lei que a instituir e disciplinar, tanto pode ser vinculada como discricionária.

2. Quadro sinótico

Neste quadro cabe catalogar as mais importantes espécies de ato administrativo, acima mencionadas. Esse catálogo, reafirme-se, não é relação que compreende as únicas espécies. É, somente, a das mais relevantes. Assim:

83

1. Admissão
2. Permissão
3. Autorização
4. Aprovação
5. Homologação
6. Licença
7. Concessão
8. Dispensa

V — EXTERIORIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

1. As diversas fórmulas de exteriorização

Os atos administrativos são exteriorizados por fórmulas, ou seja, por decreto, portaria, alvará, aviso, circular, ordem de serviço, resolução, ofício, instrução, despacho e parecer. Essas fórmulas, ou meios, não são atos, mas tão-só seus veículos. Assim, o decreto não se confunde com o ato que transporta, do mesmo modo que o mandato não se confunde com a procuração, nem a escritura com o contrato. Na correta lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 211), “não são, em si mesmos, substâncias, conteúdos, mas continentes”. Vejamos, em razão da grande utilização, cada uma dessas fórmulas ou instrumentos de apresentação dos atos administrativos.

1.1. Decreto

É a fórmula segundo a qual os chefes dos Poderes Executivos veiculam atos administrativos de suas respectivas competências. Embora não seja a única, é fórmula que só pode ser utilizada por esses agentes políticos, conforme estabelece o art. 84, IV, da Constituição da República. Essa exclusividade de uso também está indicada na Lei paulista n. 10.177/98 (art. 12, 1. a). Pelo decreto são instrumentalizados tanto os atos concretos, a exemplo da declaração de utilidade pública de certos bens para fins de

expropriação ou do desligamento de um funcionário do serviço público, como os atos abstratos (normativos), a exemplo dos regulamentos. Destes, soressaem o Regulamento do Imposto de Renda (Dec. n. 85.450/80) e o ódigo Sanitário do Estado de São Paulo (Dec. n. 3.000/99). A par disso, iiga-se que não se confunde com a medida provisória ou com o decreto

84

legislativo, dado que estes têm, materialmente, a mesma natureza da lei. Ademais, este último é próprio e exclusivo do Poder Legislativo.

1.2. Portaria

É afórmula pela qual as autoridades de qualquer escalão de comando, desde que inferiores ao Chefe do Executivo, expedem orienta ções gerais ou especiais aos respectivos subordinados ou designam servidores para o desempenho de certas funções ou, ainda, determinam a abertura de sindicância e inquérito administrativo. Nesse sentido, confronte-se a Lei paulista n. 10.177/ 98 (art. 12, II, a). Não se prestam, pois, a veicular medidas que possam alcançar ou obrigar particulares, embora muitas vezes isso aconteça.

1.3. Alvará

É a fórmula segundo a qual a Administração Pública expede autorização e licença para a prática de ato ou para o exercício de certa atividade material. No primeiro caso, isto é, quando edita autorização, têm-se como exemplos o alvará de retirada de água de um no público e o alvará de construção: no segundo, ou seja, quando edita licença, tem-se como exemplo o alvará de funcionamento de uma lanchonete.

1.4. Aviso

É a fórmula utilizada pelos Ministros, notadamente os militares, para prescreverem orientação aos respectivos subordinados sobre assuntos de seus Ministérios. São exemplos o Aviso n. 549-D-7, de 1960, e o Aviso N- 12-D/5-F, de 1961, ambos do então Ministro da Guerra. Têm a mesma natureza e finalidade das instruções. No Império, foram usados como meio de intercomunicação dos Ministros e, muitas vezes, para substituir a lei. a exemplo do Aviso de 13 de julho de 1827, que definiu os terrenos de marinha, e do Aviso Imperial de 12 de julho de 1831, que fixou a linha da preamar média como início da contagem dos trinta e três metros de largura desses terrenos. Não se confunde com a publicação resumida dos editais de licitação, também chamada de aviso.

1.5. Circular

É a fórmula mediante a qual os superiores transmitem ordens uniformes aos respectivos subordinados sobre certo serviço. Pela Circular n.

Atos administrativos em espécie

85

06/80. a Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul orientou os

Cartórios quanto à aplicação de certas disposições da Lei federal n. 6.766/

79. que cuida do parcelamento do solo urbano. e. através da Circular n.

522/80. o Banco Central do Brasil orientou sobre o programa de desenvolvimento de áreas integradas no Nordeste.

1.6. Ordem de serviço

É a fórmula com que os superiores transmitem, aos respectivos subordinados, a maneira de ser conduzido certo e determinado serviço, no que respeita aos aspectos administrativos e técnicos. Assemelha-se ao aviso e à circular. A expressão também é usada para indicar a alguém que pode iniciar a obra. o fornecimento ou o serviço que contratara com a Administração Pública.

1.7. Resolução

É a fórmula de que se valem os órgãos colegiados para nuinifestar suas deliberações em assuntos da respectiva competência ou para dispor sobre seu próprio funcionamento. O Conselho Nacional de Trânsito. pela Resolução n. 37 8/67. disciplinou o estacionamento de veículos nas vias públicas. e a Câmara Municipal de São Bernardo do Campo, pela Resolução n. 484/71. aprovou o seu Regimento Interno. Em São Paulo. pela citada Lei n. 10.177/98. a resolução é veículo de ato administrativo privativo de certos agentes públicos. a exemplo dos Secretários de Estado. como era na época do Decreto estadual n. 1/72. Com base nesse decreto. o então Secretário dos Negócios Metropolitanos editou a Resolução SNM n. 13. de 29 de janeiro de 1980. que regulamentou o parágrafo único do art. 13 da Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79). e o Secretário da Segurança Pública editou a Resolução SSP n. 73. de 17 de outubro de 1989. que proibiu a venda de bebidas alcoólicas por ocasião da realização das eleições de 15 de novembro de 1989. Para essa lei paulista a deliberação é o veículo dos atos emanados dos órgãos colegiados.

1.8. Ofício

É a fórmula com que os agentes públicos procedem às necessárias comunicações de caráter administrativo ou social. Por ofício comunica-se ao interessado a decisão

proferida em certo expediente de seu interesse. Também por ofício a Administração Pública faz convite para determinada pessoa participar de uma solenidade cívica.

86

1.9. Instrução

É a fórmula mediante a qual os superiores expedem normais gerais, de caráter interno, que prescrevem o modo de atuação dos subordinados em relação a certo serviço. Pela Instrução n. 1 7-b, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA fixou a orientação a ser seguida quando da implantação de sítios de recreio, ou seja, loteamento em zona rural com finalidade urbana. Assemelha-se ao aviso, à circular e à ordem de serviço.

1.10. Despacho

É a fórmula com a qual a autoridade administrativa manifesta decisões finais e interlocutórias em processos submetidos à sua apreciação. São dessa natureza os atos de deferimento ou indeferimento de certo pedido ou os que determinam a juntada de documentos em dado processo. Pode ser normativo, se por decisão da autoridade competente tornar-se obrigatório para casos idênticos que possam ocorrer no futuro. Com o caráter normativo podem ser citados: a) o Despacho do Governador do Estado de São Paulo, publicado no DOE, 14 jul. 1976. disciplinando o afastamento de servidores policiais, eleitos para desempenharem mandato executivo ou legislativo; b) o Despacho, ainda dessa autoridade, de 12 de março de 1990. que acolheu “o entendimento de que, em face da nova disciplina constitucional da matéria, não mais subsistem as formas de provimento derivado de cargo público denominadas readmissão, reversão a pedido e transposição”.

1.11. Parecer

É a fórmula segundo a qual certo órgão ou agente consultivo expede, fundamentadamente, opinião técnica sobre matéria submetida à sua apreciação. E. comumente, individual, ou seja, destina-se tão-só ao caso que o ensejou, mas pode tornar-se normativo. Será normativo se, ao ser aprovado, tornar-se obrigatório para os casos idênticos que surgirem no futuro, O Parecer n. 10.375-MI, que cuidou da criação de Município e da aplicabilidade do Ato Constitucional n. 46/69, por força da decisão do Ministro da Justiça, tinha essa natureza. No âmbito federal a edição desses pareceres está regulada pelo Decreto n. 92.889/86, especialmente no seu Capítulo V. observado o que eventualmente dispõe em contrário, notadamente o art. 42 da Lei federal n. 9.784,

de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

87

Dado seu caráter meramente opinativo, o parecer é facultativo, não obrigando a Administração Pública nem os administrados aos seus motivos e conclusões. Atente-se que mesmo a autoridade que o solicitou não resta submissa aos motivos e às conclusões a que chegou seu prolator. Embora essa seja a regra, é comum, tal qual faz a Lei federal n. 9.784/99, o parecer tornar-se vinculante, o que ocorrerá se a decisão da autoridade restar, por determinação legal, presa às suas conclusões. Nesses casos a autoridade competente para decidir não pode se afastar das conclusões do parecer, sob pena de nulidade. O parecer vinculante é, no mínimo, estranho, pois se a autoridade competente para decidir há de observar suas conclusões, ele deixa de ser parecer, opinião, para ser decisão, conforme ensinam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dailari (Processo administrativo, São Paulo, Malheiros Ed., 2001, p. 140). Na esfera federal, por força do § 12 do art. 42 dessa lei, o processo não poderá tramitar quando for exigido parecer com tal característica, cuja emissão deverá ocorrer em quinze dias. Sendo Assim, é evidente que se tramitar e houver decisão esta será nula, mesmo que tal consequência não tenha sido ditada por essa lei.

O parecer não pode ser atacado por recurso administrativo ou judicial, pois não se dispõe a declarar, a certificar, criar, alterar, transferir ou extinguir direitos e obrigações. Com efeito, decidiu o então TFR que “Descabe mandado de segurança quando não há ato administrativo do qual emane suposta coação ou ilegalidade. Parecer, por não ter força vinculante, dado seu caráter meramente opinativo, não é ato administrativo” (RDA, 149:257) decisório.

Em tese, a autoridade que se vale de parecer para decidir e decide segundo as conclusões a que chegou o parecerista, não pode ser penalizada, conforme já decretou o Tribunal de Contas da União⁵. Maria Sylvia Zanelia Di Pietro assim também entende, pois ensina que se o parecer defende tese aceitável, não há como responsabilizar o advogado que o emitiu, nem a autoridade que dele se valeu para tomar sua decisão⁶.

1.12. Certidão

A certidão é a fórmula pela qual são veiculados os meros atos administrativos. É documento público resumido ou de inteiro teor que retrata

88

conteúdo do ato, fato ou comportamento certificado e que seja do conhecimento da Administração Pública ou que por qualquer razão esteja nos seus arquivos. Algumas vezes são cópias, fotocópias ou xerox de atos ou fatos constantes dos arquivos da Administração Pública. Nesses casos sua validade depende de autenticação, embora nem sempre isso seja exigido. Na maioria das vezes são expedidas a pedido de quem por elas tem algum interesse na defesa de direito ou no esclarecimento de situações de interesse pessoal, como o caso da comprovação do tempo de serviço público para fins de aposentadoria.

A certidão deve ser requerida por escrito e indicado o motivo de seu pedido. Não pode ser requerida genericamente (RT. 651:72). Quando solicitada, deve ser expedida no prazo fixado, sem qualquer cobrança de taxa (art. 52, XXXIV. b, da CF), sob pena de mandado de segurança. Esse prazo é de quinze dias improrrogáveis, contados da data do protocolo do respectivo pedido, consoante estabelece a Lei federal n. 9.051, de 18 de maio de 1995. A Lei Maior fala em repartição pública, e por essa expressão deve-se entender qualquer entidade da Administração Pública direta ou indireta, fazendo-se alguma ressalva em relação às sociedades de economia mista e às empresas públicas quando interventoras da atividade econômica.

2. Quadro sinótico

No quadro abaixo estão catalogadas as principais fórmulas ou veículos de exteriorização do ato administrativo. Observe-se que essas fórmulas não são as únicas. Outras podem existir.

1. Decreto
2. Portaria
3. Alvará
4. Aviso
5. Circular
6. Ordem de serviço
7. Resolução
8. Ofício
9. Instrução
10. Despacho
11. Parecer
12. Certidão
15. V. RDA. 186:292.

16. Temas polêmicos sobre licitação. 4. ed.. São Paulo. Malheiros Ed.. 2000.

89

Exteriorização do ato administrativo

89

VI— PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Ao se observar o agir da Administração Pública, nota-se que o resultado por ela desejado somente é alcançado depois da realização de uma série de atos administrativos interligados, em que a prática de qualquer um depende da efetivação do que lhe é imediatamente anterior. Quando isso ocorre, está-se diante do que os autores chamam de procedimento administrativo. Este é, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cli.. p. 243). “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”. Ressalte-se que 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. A invalidação do ato inicial de um procedimento administrativo importa a invalidação de todos os atos subseqüentes, consoante decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RDA. 98:124). Esse julgado permite a seguinte generalização: a ilegalidade de qualquer um dos atos do procedimento só contamina os que lhe são posteriores. Os anteriores nada sofrem com a ilegalidade (RDA. 98:124) e podem ser aproveitados, salvo se imprestáveis juridicamente em função de outra razão. A invalidade do procedimento contamina atos ou contratos que dele decorrem. Com efeito, a invalidação da licitação, que é procedimento administrativo, implica a invalidação do contrato, consoante prescreve o art. 49, § 2. do Estatuto federal Licítatório. A extinção do procedimento exige a explicitação do motivo correspondente, e se envolver a supressão de direitos individuais deve ser objeto de processo administrativo, em que será assegurado aos interessados amplo direito de defesa. Algumas leis, como é o caso da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, vêm exigindo essas medidas da Administração Pública (art. 49, § 3).

Os mais notórios procedimentos administrativos são a expropriação, a licitação e o concurso de ingresso no quadro de pessoal da Administração Pública. Vejamos, para exemplificar, no procedimento da licitação, pressuposto indispensável à legalidade de certas contratações do Estado, os atos que o compõem. Nesse procedimento, têm-se: I — a publicação do edital: II

— o exame da capacidade jurídica, da idoneidade técnica. da capacidade econômica e da regularidade fiscal dos proponentes: III — o exame das propostas: IV — a classificação das propostas: V — a homologação da licitação e adjudicação do seu objeto ao classificado em primeiro lugar. ainda que se possa afirmar que esses atos não integram tal procedimento. Só depois de percorrido esse caminho pode a Administração Pública contratar.

90

O procedimento administrativo é matéria que diz com a autonomia dos entes federados. de sorte que cada um pode discipliná-lo livremente. Entre outros. já exerceram essa competência: a União, pela Lei federal n. 9.784. de 20 de janeiro de 1999. o Estado de São Paulo, pela Lei paulista n. 10.177. de 30 de dezembro de 1998. e o Estado de Goiás, pela Lei n. 13.800. de 18 de janeiro de 2001. A Lei federal. com dezoito capítulos, versa sobre as Disposições Gerais (I). os Direitos dos Administrados (II). os Deveres do Administrado (III). o Início do Processo (IV). os Interessados (V). a Competência (VI). o Impedimento e a Suspeição (VII). a Forma. o Tempo e o Lugar dos Atos do Processo (VIII). a Comunicação dos Atos (IX). a Instrução (X). o Dever de Decidir (XI). a Motivação (XII). a Desistência e outros casos de Extinção do Processo (XIII). a Anulação. Revogação e Convalidação (XIV). o Recurso Administrativo e a Revisão (XV). os Prazos (XVI). as Sanções (XVII) e as Disposições Finais (XVIII). De modo muito semelhante prescrevem as leis dos Estados de São Paulo e de Goiás.

VII— VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Ao examinarmos as várias classificações dos atos administrativos. vimos a que os agrupa em vinculados e discricionários, em razão da maior ou menor liberdade que tem a Administração Pública para agir ou decidir.

Vinculados são os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve, em princípio, se, quando e como deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento. já que não permite à Administração Pública qualquer outro. Esses atos decorrem do exercício de uma atribuição vinculada ou. como prefere boa parte dos autores. do desempenho do poder vinculado, em cuja prática a Administração Pública não tem qualquer margem de liberdade. Exemplo dessa atuação encontra-se na concessão da aposentadoria compulsória (CF. art. 40, § 1. II). Implementada a condição — setenta anos de idade —. à Administração Pública só resta outorgar o benefício. mesmo que não seja solicitado. A vinculação ainda dar-se-á no

caso da não-implementação da aquisição desse direito, pois a Administração Pública somente pode indeferir o

17. Para aprofundar veja, de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Daliari. Processo administrativo, São Paulo. Malheiros. 2001. e. coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muflos. As leis de processo administrativo. São Paulo. Malheiros. 2000.

91

pedido. Assim, vinculação ou atribuição vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de uma situação concreta. Sabe-se que se está diante de uma atribuição dessa natureza em razão do enunciado legal consubstanciado nas expressões: será concedido, será outorgado. ou outra da mesma índole. Embora seja assim, sabe-se que não há ato totalmente vinculado. Em algum de seus aspectos. como, por exemplo, em relação ao momento de sua edição. o ato pode ser discricionário.

Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno. A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? Já ou depois? A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não ao interesse público? A oportunidade e a conveniência do ato administrativo compõem o binômio chamado pela doutrina de mérito. Mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade, conforme ensina José Creteila Júnior. Por fim, diga-se que o mérito não é requisito do ato administrativo nem se confunde com o mérito do Direito Processual Civil¹⁹.

18. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Constituição e revisão. Rio de Janeiro. Forense. 1991. p. 89. nota de pé de página) assim define esses critérios: “Diz-se que há

conveniência quando o conteúdo jurídico de um ato convém à produção de um resultado que, em tese, está adequado ao atendimento de sua finalidade” e “que há oportunidade quando, considerados os pressupostos de fato e de direito, o momento da ação é o adequado à produção desse resultado que, em tese, atende sua finalidade”.

19. Calçado em José Frederico Marques. José Cretelia Júnior (Do ato administrativo. São Paulo. Bushatsk. 1972. p. 37) leciona que “No campo do processo, mérito é o fundo do litígio, ou seja, a pretensão que o autor deduz em juízo através do pedido. E a própria substância da situação litigiosa que se contém no processo de conhecimento, em contraposição às questões preliminares ou prejudiciais, situadas na antecâmara ou vestibulo

92

A hipótese legal incumbe-se, em princípio, de indicar quando é possível essa atuação por meio das expressões: será facultado, poderá o Poder Público, ou outra da mesma natureza. Ante essa competência, a Administração Pública poderá deferir, deferir com condições ou não deferir certo pedido que lhe fora feito por determinado administrado, já que se lhe permite avaliar a solicitação formulada segundo os referidos critérios e o interesse público do momento. Atente-se que não obsta a discricionariedade o fato de o administrado ter atendido as exigências legais. Destarte, estará satisfeita a vontade da lei com qualquer decisão tomada que satisfaça o interesse público no momento de sua prolação. Esses atos decorrem do exercício da atribuição discricionária ou, como prefere boa parte da doutrina especializada, do desempenho do poder discricionário, 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 discricionário, 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). São dessa espécie de ato a autorização para retirar água de um rio público e a permissão para o uso de bem público. Se o interessado as solicitar, a Administração Pública pode ou não deferi-las, visto que a lei não lhe impõe, como comportamento único, o deferimento da solicitação. Ao contrário disso, faculta-lhe o exame do mérito do pedido. Pode-se então definir a discricionariedade, ou a atribuição discricionária, como sendo a atuação da Administração Pública em que a lei lhe permite certa margem de liberdade para decidir diante de uma situação concreta. Por fim, diga-se que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade (RDA. 104:83). Aquela é procedimento legal, não

podendo, como ensina Seabra Fagundes, estar acima ou além da lei. Como toda e qualquer atividade administrativa, deve ser exercida com sujeição à lei (RDA, 14:52). Esta, a arbitrária, é atuação ilegal.

Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e da oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT. 446:213).

do processo: é o conteúdo substancial da lide, isto é, o conteúdo do contraditório com base em regras de direito substantivo, por oposição às questões de cunho meramente processual. O mérito é então um elemento constante e principal. Existe em toda demanda e centraliza as pretensões das partes”.

93

2. Extinção do ato eficaz

Caso contrário. o Judiciário, ensina Hely Lopes Meirelles. “estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição judicial” (Direito administrativo. cit.. p. 607). Assim, o ato discricionário é suscetível de apreciação pelo Judiciário, desde que esse exame esteja restrito aos aspectos de legalidade 2. Qualquer defeito do ato administrativo no que concerne ao mérito será sanado pela própria Administração responsável pela sua prática. Esse saneamento não cabe ao Judiciário. A esse Poder é vedada a apreciação do ato administrativo no que respeita à oportunidade e conveniência, ou seja, ao mérito.

VIII — EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O ato administrativo, tal qual um ser. nasce. vive e morre. A morte é a extinção do ato administrativo. Pode ser definida como o desaparecimento. a terminação, do ato administrativo. Várias são as causas que determinam a extinção do ato administrativo, conforme veremos no item seguinte.

1. Causas determinantes da extinção

Sem tomar partido na discussão existente entre os autores para saber se a extinção é do ato administrativo ou de seus efeitos²¹. cabe dizer que usaremos indistintamente as locuções extinção do ato e extinção dos efeitos do ato como representativas do mesmo fenômeno jurídico. e que indicaremos. desde logo, as várias causas que determinam a extinção (supressão) dos atos administrativos eficazes e ineficazes. São causas. sem qualquer preocupação sistematizadora. que levam à extinção dos atos administrativos

eficazes: I — o cumprimento de seus efeitos: II — o desaparecimento do sujeito da relação jurídica: III — o desaparecimento do objeto da relação jurídica: IV — a retirada: V — a renúncia. São causas de extinção dos atos administrativos ineficazes: I — a recusa: II — a mera retirada.

20. Veja Celso Antônio Bandeira de Mello (Discrecionalidade e controle jurisdicional. São Paulo. Malheiros. 1992). para aprofundar estudos.

21. Embora seja Assim, cabe dizer que a extinção é do ato administrativo quando este é abstrato, como é o regulamento. Nesses casos, o que se deseja eliminar é o ato como fonte produtora de efeitos jurídicos. A extinção é dos efeitos do ato administrativo quando este é concreto, como é a permissão de uso de bem público. Nesses casos, o que se quer é a eliminação do efeito (relação jurídica instaurada pelo ato) que remanesce, pois o ato administrativo que lhe deu origem, por ter alcançado seu objetivo, não mais existe.

94

O ato eficaz é o que está produzindo os efeitos para os quais foi preordenado, conforme estudado no item II. n. 4. supra, para onde remetemos o leitor, evitando com isso a repetição daquele discurso. Essa espécie de ato extingue-se pelo cumprimento de seus efeitos, pelo desaparecimento do sujeito da relação jurídica, pelo desaparecimento do objeto da relação jurídica, pela retirada do ato e pela renúncia. Atente-se que nas três primeiras causas não há qualquer prescrição da Administração Pública, podendo-se, por essa razão, nominá-las de causas normais de extinção do ato administrativo. Nas últimas há uma prescrição da Administração Pública na retirada e outra do beneficiário do ato na hipótese de renúncia, podendo-se por essa circunstância denominá-las causas anormais de extinção do ato administrativo. Vejamos. Assim, cada uma dessas causas.

2.1. Cumprimento dos efeitos

Cumpridos os efeitos, o ato deixa de existir: extingue-se. Assim, o ato de nomeação deixa de existir com a investidura do titular no cargo. O cumprimento dos efeitos do ato administrativo pode ocorrer pelo esgotamento do prazo, pela execução do ato ou por ter o ato alcançado o seu objetivo. Da primeira espécie é exemplo o ato de permissão de uso para que um circo ocupe um terreno público pelo prazo de dois meses. Esgotado esse tempo, extingue-se o ato. Da segunda é exemplo o ato que determina a apreensão de mercadoria imprópria para o consumo. Apreendida a mercadoria (execução material do ato), extingue-se o ato. Da última é exemplo o ato que aumenta certo preço público. Maiorada a tarifa, o ato alcança seu objetivo e deixa de existir.

Nessas hipóteses não há necessidade de ser editado qualquer ato para declarar a extinção, nem há qualquer indenização a ser satisfeita pela Administração Pública. Os então beneficiários do ato extinto pelo cumprimento de seus efeitos ou voltam à situação anterior. e nenhuma indenização, por certo. é devida a quem quer que seja (esgotamento do prazo). ou ingressam na nova situação e sob seu regime passam a viver (o ato alcançou seu objetivo). Observe-se que com a execução do ato pode-se causar um dano. Nesse caso. cabe à Administração Pública promover a correspondente indenização. Esta. como se vê. não decorre da extinção do ato pela execução. mas do abuso.

2.2. Desaparecimento do sujeito da relação jurídica

Com a desaparecimento do sujeito da relação jurídica o ato deixa de existir. E o que ocorre com o desaparecimento dos beneficiários dos atos

95

personalíssimos. Com a morte do permissionário de uso de um bem público. a exemplo de uma cadeira de rodas. extingue-se a permissão. Aqui tampouco se tem que editar qualquer ato declarando a extinção, e não há nenhuma indenização a ser satisfeita. O que pode ser necessário é a adoção de certas medidas visando a reintegração do bem. vez que aquele que o detém o faz injustamente. Essa medida. vê-se, não pode ser confundida com a extinção. Esta. no caso, nem sequer foi promovida, pois desnecessária. A extinção é automática. Ademais. é exatamente a extinção do ato que permite a reintegração. Dispensa-se. Assim, a edição de qualquer ato para esse fim. Por último, diga-se que os então beneficiários do ato extinto não têm direito a qualquer indenização.

2.3. Desaparecimento do objeto da relação jurídica

O desaparecimento do objeto da relação jurídica determina a extinção do ato. Com a invasão do terreno público dado em permissão de uso pela água. que aí se manterá definitivamente, extingue-se o ato de outorga pelo desaparecimento desse bem. objeto do ato de permissão. O mesmo acontece se terrenos acrescidos e de marinha forem inundados por água do mar. Extingue-se. nesse caso. a utilização privada que fora outorgada pela Administração Pública, tal qual se findariam a autorização para desviar águas de rio público, com o abandono do álveo pela respectiva corrente, e o direito de lavra, com o exaurimento da mina. A extinção é automática, não sendo necessária, portanto, qualquer manifestação nesse sentido. Não há indenização. pelo menos em princípio, a ser satisfeita. Assim, se o desaparecimento do objeto tiver como causa um

comportamento culposo da Administração Pública, a indenização pode ser devida. De outro lado, esta teria direito a uma indenização se o desaparecimento do objeto tivesse como causa um comportamento culposo ou doloso do beneficiário do ato.

2.4. Retirada

A edição de um ato administrativo cujo objeto é a retirada de outro do ordenamento jurídico impõe a esse ato a sua extinção. A retirada pode dar-se por revogação, por invalidação, por cassação e por caducidade. Há revogação quando a retirada funda-se em razões de mérito ou, como dizem alguns, de conveniência e oportunidade. Disso é exemplo a revogação da permissão de uso de um bem público, necessário ao exercício de atividade da própria Administração Pública. Há invalidação quando a retirada funda-se em razões de

96

legalidade. a exemplo do desfazimento do ato de nomeação para cargo de provimento efetivo de candidato não aprovado em concurso público, pois a aprovação nesse certame era exigência legal inafastável. Há cassação quando a retirada funda-se no descumprimento de condições que ao beneficiário do ato cabia observar para continuar merecedor do desfrute. São exemplos a extinção da licença de funcionamento de indústria que se tornou poluente e o desfazimento da autorização para retirar água de rio público em razão do seu uso inadequado. Há caducidade quando a retirada funda-se no advento de nova legislação que impede a permanência da situação anteriormente consentida. É exemplo a retirada da licença para dirigir, outorgada a menor de idade, em face da vigência de lei que impede o menor de dirigir veículo automotor. O mesmo poderia ocorrer com a extinção de alvará de construção por não se conformar com a nova legislação edilícia. Assim tem sido o entendimento do Judiciário. Com efeito, em abril de 1992, o jornal paulista *Gazeta Mercantil* noticiou decisão do STF em que foi reconhecido como legítimo o ato do Município do Rio de Janeiro que indeferiu pedido de renovação de alvará de construção, com base, entre outras razões, no fato de ter havido mudança na legislação pertinente²². Atente-se que, conforme o caso, a Administração Pública deverá indenizar o beneficiário do ato, consoante ainda se verá.

Não consideratrios, como fazem alguns autores, a contraposição ou derrubada (retirada de um ato pelo exercício de competência diversa da utilizada, como ocorre, no exemplo de Stassinopoulos, com a nomeação e a exoneração de funcionário) como espécie de retirada. Nós a entendemos embutida na revogação, que, em última análise, é também manifestação contrária à anterior.

2.5. Renúncia

Por vezes o beneficiário do ato administrativo renuncia à situação de desfrute que o ato reconhece a seu favor. É exemplo o que ocorre com o beneficiário de um título honorífico (Cidadão Emérito de Dimensão) que, se desinteressando, a ele renuncia. Também é caso de renúncia a perda do direito de uso que fora outorgado ao permissionário quando este por ele se desinteressa. A renúncia é sempre de direito pertencente ao beneficiário. Renuncia-se ao que se tem. Observe-se que em alguns casos a renúncia é

22. Veja, nesse sentido, acórdão do STF proferido no AgRg 135.464-RJ, un. (DJU.

22 maio 1992) e RDA. 190:181.

97

ato jurídico de particular, a exemplo do permissoriário de uso de bem público que não mais deseja continuar no desfrute dessa situação. A renúncia, em princípio, é sempre possível e independentemente de indenização. Embora essa seja a regra, não é permitida a renúncia quando a situação por ela criada causar um prejuízo ao interesse público, como ocorreria com a renúncia aos direitos decorrentes de uma permissão de serviço público. Nestas hipóteses o renunciante deve notificar a Administração Pública permitente, dando-lhe um prazo razoável para reassumir os serviços permitidos. Se mesmo assim não lograr tal intento, deve consignar em juízo os serviços cuja execução lhe cabia por força da referida permissão.

3. Extinção do ato ineficaz

O ato que aguarda a ocorrência de um termo ou condição para que seus efeitos possam ser fruídos pelos respectivos destinatários é chamado de ineficaz. E ato perfeito e válido, mas incapaz de produzir qualquer efeito próprio. Desse tipo é o ato administrativo que aguarda a homologação da autoridade superior ou o que prevê a fruição de seus efeitos após o recesso parlamentar ou, ainda, o que exige a manifestação do seu beneficiário. Tais atos têm como causas únicas de extinção a recusa e a mera retirada. Vejamo-las.

3.1. Recusa

Ao recusar o que o ato outorga, seu beneficiário o extingue, dado que a aceitação era elemento necessário para que o ato pudesse produzir os efeitos para os quais estava preordenado. A recusa é, portanto, a causa da extinção do ato ante a falta de aceitação por parte do beneficiário. Desse modo, vê-se que a recusa não se confunde com a

renúncia. Na recusa, rejeita-se o que ainda não se possui: na renúncia, rejeita-se o que já se possui.

Observe-se que a recusa e a renúncia são as únicas causas promovidas pelo particular que levam a extinção ao ato administrativo, e que normalmente não investem o beneficiário no direito de ser indenizado.

3.2. Mera retirada

A extinção de um ato administrativo ineficaz por outro ato administrativo por motivo de mérito ou de legalidade chama-se mera retirada.

98

IX — REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Após a visão panorâmica da extinção do ato administrativo, cabe, devido a importância da revogação e da invalidação, conhecer, com um pouco mais de detalhes, esses dois institutos. E o que faremos nos tópicos seguintes, começando pela revogação.

1. Conceito

A revogação só tem cabida quando a Administração Pública, reexaminando uma dada situação, assegurada por certo ato administrativo perfeito, válido e eficaz, conclui que sua permanência no ordenamento jurídico, em termos atuais, não mais atende ao interesse público, não é mais conveni. Distingue-s

da revogação e da invalidação, já que não há efeitos a serem preservados (revogação) ou desfeitos (invalidação).

Quadro sinótico

Pelo cumprimento dos efeitos

1.

2.

1— Ato eficaz

a) Esgotamento do prazo

b) Execução do ato

c) Por ter alcançado seu objetivo

Extinção dos atos administrativos

Pelo desaparecimento do sujeito da relação jurídica

3. Pelo desaparecimento do objeto da relação jurídica

a) Revogação

b) Invalidação

c) Cassação

d) Caducidade

4. Pela retirada

5. Pela renúncia

II— Ato JI. Pela recusa

ineficaz 2. Pela mera retirada

99

ente ou oportuna. e resolve extingui-la total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação), pondo fim ou modificando o ato que a criara. Como se trata de situação assegurada legalmente. os efeitos produzidos deverão ser respeitados. E extinção desejada. Daí a necessidade de outro ato. Pode-se, então, defini-la como sendo a retirada, parcial ou total, de um ato administrativo válido e eficaz do ordenamento jurídico, mediante outro ato administrativo, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os efeitos produzidos.

A regra. diga-se. é a revogação do ato administrativo discricionário. haja vista a obrigatoriedade que se atribui à Administração Pública de propugnar pelo interesse público. O normal é a revogabilidade. Não fosse assim, esse objetivo só seria alcançado a duras penas, pois o desfazimento exigiria prévia indenização. Por isso, é fácil perceber que a competência revogatória não prescreve, podendo ser exercitada em qualquer tempo. enquanto o ato estiver em vigor. Algumas vezes, o exercício dessa competência deve ser precedido da oitiva do beneficiário do ato revogando, como é o caso da revogação da licitação (3 do art. 49 da LLC). Se não há qualquer exigência legal. a oitiva. cremos. é desnecessária, dada a própria natureza do ato administrativo discricionário.

Em razão do que acabamos de assegurar, é natural que não se possa admitir a revogação do ato administrativo pelo desuso ou costume. Com efeito, não se tem revogação sem a manifestação da Administração Pública. mas tem-se o desuso e o costume sem esse pronunciamento.

2. Espécies de revogação

A revogação pode ser total, também chamada de ab-rogação. ou parcial, denominada derrogação. A retirada, pela Administração Pública do Município. de um ato administrativo de sua competência, que declarou de utilidade pública, para fins expropriatórios. um terreno necessário à construção de um pronto-socorro, porque nas proximidades o Estado iniciou uma edificação com a mesma finalidade, é exemplo de revogação. Aqui. é mais que notório. a manutenção do bem sob o regime da

expropriação já não atende ao interesse público municipal, justificando-se, portanto, plenamente, a revogação do ato de declaração expropriatória. É a revogação total ou ah-rogação. Pela revogação extinguem-se os efeitos próprios do ato. Os efeitos impróprios, a exemplo dos que investem o proprietário no direito de haver indenização, por destruição de parte do bem causada por servidores da expropriante que, com base na declaração expropriatória, ingressaram na propriedade para conhecer suas medidas, permanecem e são respeitados pela revogação. De outro modo: esses direitos não se extinguem com o ato de revogação. Por força do

100

ato de revogação são extintos apenas os efeitos próprios. O ato administrativo pode oferecer mais de um direito ao seu beneficiário, mas somente um deles, por ocasião do reexame, toma-se incompatível com o interesse público do momento. Daí a necessidade de sua extinção, sem tocar ou ofender os demais. É a revogação parcial ou derrogação. Esta, por sua vez, não se confunde com a modificação. A modificação é a alteração de uma relação jurídica (prazo menor), sem a sua extinção. E também chamada de reformo.

A revogação, ainda, pode ser expressa ou tácita. É expressa quando a Administração Pública declara revogado tal ou qual ato. Há, portanto, um ato específico para determinada finalidade. Assim é se a Administração Pública declara revogado o ato que outorgou a certo particular o uso privativo de algum bem público, usando para tanto outro ato administrativo. É tácita quando a Administração Pública, ao prover sobre certa situação, dispõe de forma incompatível com outra já existente. É o que ocorre com uma permissão de uso de bem público quando a Administração Pública o aliena a terceiro ou ao próprio permissionário. Essas duas situações são incompatíveis.

Observe-se que na revogação o ato revogador há de ser da mesma natureza e força jurídica do ato revogado. Vigora aqui o princípio do paralelismo, que manda observar a forma e a hierarquia do ato revogado. Assim, ato escrito veiculado por decreto só se revoga por outro ato, também escrito e veiculado por decreto, conforme vêm decidindo os nossos Tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (ADIn 23.312-3 — Marilândia do Sul).

3. Objeto, motivo e conteúdo

A revogação incide sobre um ato administrativo válido que se revelou inoportuno ou inconveniente ou portador de ambos esses defeitos. Esse seu objeto. O motivo é a inconveniência ou inoportunidade desse ato. Verificada, a qualquer tempo, a

inconveniência ou a inoportunidade do ato administrativo, nasce para a Administração Pública a competência e o dever para revogar. Esse motivo precisa ser descrito no texto do ato administrativo revogador, embora haja divergência doutrinária a esse respeito. Enunciado o motivo, à sua existência e veracidade fica vinculada a Administração Pública. O conteúdo do provimento de revogação é o desfazimento do ato sobre o qual incide, pois é exatamente isso que ele determina.

4. Natureza, eficácia e fundamento

O ato de revogação é administrativo. Essa a sua natureza. Por criar uma utilidade pública, sua essência é constitutiva. Predispõe-se a inaugurar

101

uma nova situação no mundo do Direito. É ato, pois, de administração ativa. Por respeitar os efeitos produzidos pelo ato revogado, sua eficácia é desde agora ou ex nunc. Vale dizer: a revogação não alcança o passado, não retroage e, salvo disposição em contrário, sua eficácia é imediata (RDA, 129:275). O fundamento dessa atribuição reside na inesgotabilidade da competência. A Administração Pública, sobre a mesma situação, dispõe de novo, de forma a extingui-la total ou parcialmente.

5. Competência revogatória

Só à Administração Pública reconhece-se competência para revogar os atos administrativos por ela praticados. Ao Judiciário e ao Legislativo não cabe qualquer atribuição nesse sentido. Destarte, só a Administração Pública é sujeito ativo da revogação. Atente-se que mesmo a lei nova não revoga atos administrativos que a ela se opõem: apenas toma-os ineficazes. O mesmo se há de dizer em relação aos atos administrativos praticados pelos órgãos de administração do Judiciário e do Legislativo. Só a esses órgãos cabe a competência revogatória. Dentro de cada Poder a competência é da autoridade indicada em lei. Se a lei nada dispuser a respeito, a competência é da autoridade que praticou o ato ou da que lhe é superior. Observe-se que não se trata de competência revogatória o poder outorgado ao Congresso Nacional para sustar atos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar e dos limites da delegação legislativa (CF, art. 49, V). Nesses casos, embora ineficaz, o ato continua existindo, não havendo, por conseguinte, revogação. Aliás, diga-se que não cabe ao Legislativo revogar atos administrativos praticados pelos demais Poderes.

O exercício de tal competência é obrigatório por força do princípio do interesse público. A Administração Pública só deve perseguir ou manter situação de interesse público, e se o ato da Administração não mais satisfaz essa exigência, sua permanência

no ordenamento jurídico ofende a esse princípio, devendo ser retirado do ordenamento jurídico. Não lhe cabe. Assim, qualquer faculdade ou poder de escolha entre revogar e não revogar.

6. Irrevogabilidade

Se a revogabilidade dos atos administrativos discricionários é a regra, a irrevogabilidade é a exceção. A irrevogabilidade é o atributo dos atos administrativos que impede a sua revogação. São irrevogáveis, dentre outros. OS atos administrativos declarados por lei como irrevogáveis: os consumados:

os vinculados: os meros atos administrativos: os que criam direito adquirido e os atos complexos. Os declarados irrevogáveis por lei, porque há expressa

102

vedação legal no que respeita à revogação. Os consumados, porque esgotados, exauridos. Não existem mais e, por conseguinte, nada há a revogar ou retirar do ordenamento jurídico. Assim é o ato de apreensão e destruição de mercadoria imprópria ao consumo público. Com a apreensão e destruição da mercadoria apreendida, consumou-se o ato. Sob essa denominação estão os atos que cumpriram seus efeitos em razão do esgotamento do prazo de execução e os que alcançaram seus objetivos. Os vinculados, porque a Administração Pública, ao praticá-los, esgotou sua competência e não há outra solução que possa, perante a lei, ser adotada. Exemplo dessa espécie é a licença para construir. Os meros atos administrativos (certidão, atestado), porque não expressam uma prescrição da Administração Pública e, ademais, seus efeitos têm origem diretamente na lei. Os que conferem um direito adquirido, porque a Constituição Federal os preserva (art. 59, XXXVI). São por isso inatingíveis. Os atos complexos, porque constituídos pela vontade de mais de um órgão, não podem ser revogados por apenas um. Sua extinção só pode ser feita judicialmente. Não obstante, entendemos que em alguns casos é possível a revogação mediante a indenização, já que o ordenamento nem sempre garante a irrevogabilidade ou imodificabilidade da situação. Nesses casos, assegura-se o seu equivalente econômico, podendo a Administração Pública desde logo promover a devida indenização, mas se isso não ocorrer cabe ao prejudicado interpor a competente ação de indenização.

Diga-se, por fim, que renomados autores acolhem o entendimento segundo o qual se de todo for necessária a revogação da situação criada por um ato administrativo tido por irrevogável, como é a licença para construir (ato vinculado), cabe à Administração Pública promover a expropriação desse direito. Assim deve ser, dado que a construção,

por exemplo, tornou-se incompatível com o interesse público. ensejado pela mudança do ordenamento jurídico. A solução é imaginosa e pode ser juridicamente aceitável em outros sistemas. mas não no nosso. onde os casos de desapropriação são taxativos e não há desapropriação calcada nesse fundamento (mudança do ordenamento). O que se tem visto é o desfazimento do ato ante a ocorrência de fato relevante de interesse público mediante indenização².

7. Revogação e indenização

De regra. a revogação, se legítima. não investe quem quer que seja no direito de ser indenizado, salvo se a própria lei impuser. A revogação é direito

2. Veja RT. 739:363.

103

da Administração Pública, e quando este existe e é exercido, ninguém pode considerar-se prejudicado. Sua efetivação, diz Celso Antônio Bandeira de Meio (Curso. cit., p. 225), não lesa direito algum de terceiro. Daí a razão de não caber indenização calcada na revogação. Caso contrário, isto é, quando inexistente essa prerrogativa e o ato for desfeito. cabe a indenização, como regra.

8. Revogação em outros ramos do Direito

A revogação, diz Régis Fernandes de Oliveira (Ato administrativo, cit., p. 109). é fenômeno que ocorre em todos os ramos do Direito. Existe no Direito Processual Civil — pode ser revogada medida liminar, concedida em mandados de segurança ou em processo possessório. Existe no Direito Civil — o doador pode revogar a doação (CC, art. 555); o testador, o testamento (CC. art. 1.969); e o outorgante. o mandato (CC. art. 682. 1). A par disso. também se tem revogação no exercício da função legislativa. O Legislativo, observadas certas regras, pode revogar leis inconvenientes ou inoportunas.

9. Revogação da revogação e repristinação

O ato de revogação pode ser revogado? A resposta é negativa. O ato de revogação é um ato administrativo consumado, e como tal não existe mais. Desfez-se ao alcançar seu objetivo, revogando o ato administrativo que era seu objeto. Ademais, se o objetivo é a restauração do ato revogado, esta é inalcançável em nosso ordenamento jurídico, ante a expressa vedação contida no § 32 do art. 2 da Lei de Introdução ao Código Civil (“Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”). Assim, só por expressa disposição o ato revogado pode ser restaurado. Não se diga para contraditar esse entendimento que a Lei de Introdução ao

Código Civil não se aplica aos atos administrativos. Erro palmar. pois essa lei aplica-se aos atos administrativos, como a ela se subsumem os atos jurídicos em geral. dado ser, entre nós, a lei geral de aplicação das normas jurídicas. Esse mesmo entendimento, professado por Celso Antônio Bandeira de Mello, extrai-se de José Afonso da Silva (Manual do vereador, 3. ed., São Paulo. Fundação Prefeito Faria Lima, 1982, p. 127), quando ensina que a Lei de Introdução ao Código Civil, ainda que se refira apenas à lei. também se aplica a outros atos jurídicos. Não obstante seja assim, muitos autores entendem de modo diverso. Para eles, a revogação da revogação não só é possível como restaura ou repristina o ato revogado, mesmo que a esse respeito nada tenha ficado expreso. Valem-se, para essa afirmação. da

104

seguinte razão: por que revogar o ato revogador senão para restaurar o ato revogado? O argumento. sobre impressionar. é lógico, mas apenas isso. Não é jurídico. não prevalecendo, portanto, contra a lei.

Para evitar qualquer discussão a esse respeito (restaura, não restaura). os atos que revogam atos revogadores trazem expressamente a indicação de que estão restaurando tal ou qual ato. Veja-se, nesse sentido, o Decreto estadual de São Paulo n. 26.587. de 6 de janeiro de 1987, que revogou o Decreto n. 21.345/83 e restabeleceu a vigência do Decreto estadual n. 38.548. de 12 de julho de 1961, que declarou de utilidade pública, para fim de desapropriação. as ações da Companhia Paulista de Estradas de Ferro.

10. Nova decretação do ato revogado

A revogação visa o desfazimento de uma situação. criada por certo ato administrativo, que se revelou inconveniente ou inoportuno. Uma situação que não se quer mais por contrária ao interesse público. E, uma vez decretada. a confirmação de que o ato administrativo por ela alcançado não mais satisfaz o interesse público. Sendo Assim, não há que se falar em nova decretação, pois, se esta ocorrer, de duas uma: não havia interesse público na revogação ou não há interesse público na nova decretação, padecendo, pois. um ou outro desses atos do vício chamado desvio de finalidade. Exemplifiquemos: se uma permissão de uso de bem público é revogada porque a situação por ela disciplinada não é mais conveniente para a Administração Pública, como entender-se legítima a outorga de nova permissão de uso? Não se deve, portanto, promover nova decretação, salvo se o dinamismo do interesse público justificar essa medida. Assim não seria se se tratasse de invalidação, como mais adiante será visto.

X — INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

1. Conceito

O ato administrativo praticado em desacordo com o ordenamento jurídico é inválido. Inválido, por conseguinte, é o ato administrativo que, ao nascer, afrontou as prescrições jurídicas. É ato que carece de legalidade ou, de forma mais abrangente, que se resente de defeitos jurídicos. Por conter ditos vícios ou defeitos, deve ser extinto. Sua extinção, por essa razão, nada tem que ver com sua conveniência ou oportunidade. Sobre ser desejada, a invalidação alcança o ato viciado no seu nascedouro. A vista disso, pode-se

105

conceituar a invalidação como sendo a retirada retroativa, parcial ou total, de um ato administrativo, praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, por outro ato administrativo. É também chamada de anulação. Embora seja Assim, é certo dizer que esse poder da Administração Pública não é absoluto. Não basta para praticá-lo que o ato seja inválido (RT. 747:195). Com efeito, para que a invalidação seja legal, o ato invalidando deve ser ilegal, ter causado um dano à Administração Pública sua emitente ou a terceiro, ser inconvalidável e não ter servido de fundamento para a prática de ato em outro plano de competência, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Ademais, a invalidação, como regra, exige o devido procedimento administrativo e a garantia ao beneficiário do ato invalidando do amplo direito de defesa. Assim, seria inválido o desfazimento de concurso público por vício de legalidade, com a conseqüente demissão dos aprovados e nomeados, sem o indispensável procedimento administrativo e o exercício do amplo direito de defesa por todos os envolvidos nesse certame².

A nosso ver, só há uma espécie de ato administrativo inválido: o comumente chamado de nulo. Desse modo, não se têm no Direito Administrativo, como ocorre no Direito Privado, atos nulos e atos anuláveis, em razão do princípio da legalidade, incompatível com essa dicotomia. Ademais, os atos anuláveis ofendem direitos privados, disponíveis pelos interessados, enquanto os nulos agridem interesses públicos, indisponíveis pelas partes. Lá são anuláveis, aqui são nulos. O ato administrativo sempre ofenderá, quando ilegal, um interesse público, sendo, portanto, nulo. Destarte, não há como ser aplicada no Direito Administrativo a teoria dos atos nulos e anuláveis do Direito Privado. Essa posição, prestigiada por Hely Lopes Meirelles, Régis Fernandes de Oliveira e Sérgio Ferraz, entre outros, não é pacífica. A defesa da existência dos atos nulos e anuláveis é feita por outros renomados autores, a exemplo de Oswaldo Aranha

Bandeira de Mello. Antonio Carlos Cintra do Amaral e Celso Antônio Bandeira de Mello. ainda que se valendo de nomenclatura diversa ou criando uma nova sistematização.

2. Objeto, motivo, conteúdo e espécies

O ato de invalidação incide sobre um ato administrativo inválido, isto é, produzido sem a devida atenção ao ordenamento jurídico. O objeto do

24. RDA. 184:113.

25. RDA. 200:148: RT. 751:330.

107

ato de invalidação é. comumente. um ato administrativo ilegal e eficaz. de natureza abstrata ou concreta. Tratando-se de ato administrativo ilegal, eficaz e abstrato. como é o regulamento. a invalidação desfaz o ato, pois deseja-se eliminar essa fonte perene de efeitos jurídicos. Cuidando-se de ato administrativo ilegal. eficaz e concreto. como é o ato de majoração de tarifa de transporte coletivo, a invalidação extingue os efeitos produzidos, pois o ato que a majorou. por ter cumprido seu objetivo, não mais existe. O objeto do ato de invalidação também pode ser um ato administrativo ilegal e ineficaz. Por não estar produzindo qualquer efeito, a invalidação desfaz o ato. seja ele abstrato. seja ele concreto.

O motivo é a invalidade ou imprestabilidade jurídica do ato administrativo. pois ilegal. Esse motivo precisa ser devidamente demonstrado pela Administração Pública, sob pena de ilegalidade da declaração invalidadora, conforme têm decidido nossos Tribunais, a exemplo do STF. ao julgar o RE 1 13.998-6-PR (DJtL 30jun. 1989). Algumas leis exigem para a legalidade da invalidação que ao beneficiado pelo ato ou procedimento administrativo sejam assegurados o contraditório e ampla defesa, como é o caso do Estatuto federal das Licitações (3 do art. 49). Essa necessidade tem sido reconhecida pelo Judiciário independentemente de qualquer exigência legal

(RDA. 184:113: 200: 148 e 151).

O conteúdo é o desfazimento do ato inválido, já que é isso que o ato de invalidação determina.

Suas espécies são a invalidação total e a invalidação parcial, conforme a declaração atinja todo o ato ou uma de suas partes. Essas as suas espécies. As modalidades total e parcial decorrem da possibilidade de aplicação da regra do art. 184 do Código Civil, que estabelece: “Respeitada a intenção das partes. a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável: a

invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a desta não induz a da obrigação principal”. Destarte, a nulidade da cláusula de garantia (contrato acessório) de um contrato administrativo (contrato principal) não leva a nulidade ao contrato. A nulidade deste, no entanto, leva à nulidade daquele.

3. Natureza, fundamento e efeitos

O ato de invalidação que retira certo ato do ordenamento jurídico, por ilegal, é administrativo. Essa a sua natureza. Por criar uma utilidade pública é constitutivo. Predispõe-se a inaugurar uma nova situação. E, pois, ato de administração ativa.

107

Seu fundamento, se praticado pela Administração Pública, centra-se no dever de obediência ao princípio da legalidade, e, se praticado pelo Poder Judiciário, funda-se na própria essência de sua função, isto é, de dizer, no caso concreto, o direito a ser aplicável.

Os efeitos do ato de invalidação alcançam o ato administrativo inválido no seu nascedouro, já que não há nulidade superveniente. São, portanto, retroativos. Operam desde então, ou ex tunc. Restaura-se, em sua plenitude, a situação vigente anteriormente ao ato invalidado, resguardados unicamente os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé. Assim, são válidos os atos praticados por um funcionário que teve a sua nomeação invalidada, pois só se desfaz a relação entre as partes ou aquilo para que o ato se preordenara, ou seja, a nomeação. Nesse sentido já decidiu o STF em mais de uma oportunidade (RDA. 126:2 16 e 219).

4. Competência invalidadora

A competência para promover a retirada do ordenamento jurídico de um ato administrativo ilegal é tanto da Administração Pública como do Poder Judiciário. No primeiro caso, diz-se invalidação. É efetivada por outro ato administrativo. Destarte, há necessidade de um ato administrativo que declare a invalidade e retire o ato assim declarado do ordenamento jurídico. A palavra “invalidação” indica, por si só, a sede (administrativa) onde se dá a retirada do ato administrativo inválido. Por essa razão a preferimos. Ressalte-se que na invalidação o ato invalidador há de ser da mesma natureza e força jurídica do ato invalidando. Vigora aqui também o princípio do paralelismo, que manda observar a forma e a hierarquia do ato invalidando, portanto, ato administrativo escrito veiculado por decreto só se invalida por outro ato administrativo, também escrito e veiculado por decreto, conforme vêm decidindo os nossos Tribunais (TJPA. ADIn 23.312-3 — Marilândia do Sul). Ademais, essa

competência é atribuição do agente que praticou o ato inválido ou da autoridade superior ou, ainda, da maior autoridade dentro da Administração Pública considerada.

No segundo caso, em que a retirada do ato administrativo ilegal pode ser promovida pelo Judiciário, diz-se anulação. E efetivada por sentença que declara a sua imprestabilidade jurídica e o retira do mundo do Direito. A expressão “anulação”, por si só, esclarece a sede (judicial) onde ocorre a retirada do ato ilegal. Nada nos anima a dizer anulação pela Administração Pública como sinônimo de invalidação ou invalidação pelo Judiciário como sinônimo de anulação. Desse modo, são sujeitos ativos da invalidação a

108

Administração Pública, que age sponte propria ou provocada ou, ainda, por denúncia, e o Poder Judiciário, que só atua sob provocação.

O exercício do poder de invalidar, como o de revogar, é obrigatório. Não cabe à Administração Pública competente em face de um ato inválido qualquer faculdade ou discricão no sentido de invalidar ou não invalidar. Não há essa possibilidade de escolha. Assim é por força do princípio da legalidade. A Administração Pública, que somente pode agir nos termos da lei, não pode conviver com atos ilegais, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello.

Observe-se, por fim, que não cabe ao Legislativo invalidar atos administrativos praticados pelos demais Poderes, conforme já sentenciou o STF (RDA, 112:196). Nem mesmo a competência que a Constituição Federal outorgou a esse Poder para sustar atos normativos que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V) pode ser tida como atribuição para declarar a invalidação de atos administrativos. Pode invalidar quando se cuida de ato administrativo praticado por esse Poder no exercício de atividade administrativa, assim como cabe ao Judiciário igual atribuição em se tratando de atos administrativos por ele praticados. Nesses casos há uma atuação administrativa, portanto, não jurisdicional.

5. Invalidação e indenização

A invalidação ou a anulação não outorga ao então beneficiário do ato extinto qualquer direito à indenização, desde que ela ocorra antes de qualquer investimento ou realização de despesas. Esse investimento ou a realização de despesas pode ser anterior e para adquirir o direito ao prescrito pelo ato inválido ou posterior em razão dos efeitos do próprio ato inválido. Parece óbvio que assim seja, pois a invalidação não causou qualquer dano. Diferente será se ocorreu algum investimento ou se alguma despesa foi

realizada numa ou noutra das hipóteses mencionadas. Neste caso há que se verificar se o beneficiário do ato estava ou não de boa-fé. Se estava de boa-fé tem direito a uma indemnização, caso contrário não tem tal direito. A indemnização também tem cabida em relação a terceiros de boa-fé. Estes, quando alcançados pelos efeitos da invalidação, têm esse direito.

6. Convalidação

Se os atos administrativos afrontam o ordenamento jurídico e, por essa razão, são tidos como inválidos, não cabe falar em convalidação

109

(supressão retroativa da ilegalidade de um ato administrativo). Não se convalida o que é inválido. O que se admite é a correção de pequenas irregularidades, que não consubstanciam a invalidade. a exemplo de vícios gráficos (troca de letras e números). Os que admitem a anulabilidade podem falar em convalidação.

7. Prescrição e invalidade

Prescrevem as ações judiciais e os recursos administrativos pelos quais o administrado ou a própria Administração Pública pode pleitear a declaração de invalidade de um ato administrativo? A nosso ver. sim^{2h}. Nada justifica a possibilidade de um ato administrativo vir a ser declarado inválido depois de um longo tempo de sua edição. A entender-se isso factível. estar-se-ia pondo em risco a necessária estabilidade das relações jurídicas após certo tempo de vigência. Destarte, decorrido determinado prazo. o ato ilegal firma-se. estabiliza-se, não podendo mais ser invalidado pela Administração Pública ou anulado pelo Judiciário. Nesse sentido é a lição de Clenício da Silva Duarte. ao afirmar que as situações irregulares consolidam-se com o decurso do tempo. não sendo mais passíveis de qualquer retificação. seja para melhor. seja para pior” (RDA. 116:368). Também. a esse respeito. diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit. p. 189) que a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou do Poder Judiciário. Justifica-se tal conduta. continua esse autor. porque o interesse na estabilidade das relações jurídicas existentes entre os administrados e a Administração, ou entre esta e seus servidores. é também de interesse público, tão relevante como os demais. Impõe-se. pois. a estabilização dos atos que superaram os prazos admitidos para ser alcançada a declaração de sua invalidade. Do mesmo entendimento são os nossos Tribunais (RT. 679:168). Esse o principal efeito da prescrição. Assim, não prevalece a tese em sentido contrário, isto é, que sustenta ser possível, a qualquer tempo. a decretação da invalidade.

defendida por. entre outros. 1. H. Meirelles Teixeira (RDA. 101:325). Ademais, em direção oposta a essa inteligência têm sido as decisões de nossos Tribunais (RTJ. 45:589: RDA. 134:2 17: RJTJSP. 38:3 18). A regra. como já assentou o STF. é aprescritibilidade (RDA. 135:78). Não obstante seja desse modo. deve-se

26. Sobre a prescrição administrativa e decadência. vela o n. 5. item II. do Capítulo

110

acentuar que o STJ já sentenciou a imprescritibilidade da venda de bem público sem autorização legislativa, portanto de ato nulo (RDA. 197:143). por entender que tais bens são infensos ao usucapião.

Esse prazo. quando se cuida de ação judicial contra a Fazenda. seja ela qual for. é de cinco anos, consoante estabelece o art. 1 do Decreto federal n. 20.910. de 6 de janeiro de 1932. Esse decreto com força de lei. dado que o Executivo na época dispunha de Poder Legislativo, não distingue as ações judiciais de natureza pessoal ou real. de sorte que qualquer dessas medidas pode ser interposta contra atos da Administração Pública. desde que dentro desse quinquênio. Destarte, é de cinco anos o prazo prescricional para o servidor pleitear sua reintegração no serviço público. em razão de demissão ilegal. ou para o desapropriado pleitear indenização por não ter recebido o direito de preferência. quando a Administração Pública expropriante resolveu alienar o bem que lhe fora expropriado.

Na esfera administrativa o combate ao ato inválido há de ser feito. sob pena de prescrição, no prazo de um ano. se outro não for o especificamente estabelecido, conforme estatui o art. 62 desse decreto. Assim prescreve em cinco dias úteis o direito de recorrer contra o ato de inabilitação de licitante. e em dez dias úteis o direito de promover pedido de reconsideração contra ato ministerial que impede a participação de certo proponente em licitação pelo período de dezoito meses, por exemplo. Se tais medidas não forem propostas nesses prazos. ocorre a prescrição perante a Administração Pública dos atos tidos como viciados e estes se consolidam. Não obstante ocorrida a prescrição, o proponente pode promover a invalidação na esfera judicial. em que o prazo de prescrição é bem maior. salvo, é natural. se também estiver prescrita a ação com que restauraria o seu direito.

Diga-se. por fim. que esses prazos prescricionais administrativos não podem ser maiores que os da prescrição da ação judicial e que começam a fluir da data ou fato em

que tiveram origem. Nos exemplos dados, os cinco dias úteis começam a correr da intimação do ato contra o qual se pode interpor a medida.

8. Nova decretação do ato invalidado

A invalidação não é obstáculo a que o ato invalidado seja novamente editado, observada, agora, a legitimidade para sua prática. desde que, por evidente, essa edição seja legalmente possível. Assim, invalidado o ato de nomeação de candidato aprovado e classificado em concurso público para ingresso no serviço público porque praticado por autoridade incompetente.

111

pode ser novamente editado pela autoridade competente. Nem poderia ser diferente visto que ainda se deseja a nomeação. Do mesmo modo, invalidado um procedimento licitatório, outro deve ser instaurado, pois ainda é desejado o bem licitado. Diferente seria na revogação em que a situação regulada pelo ato revogado já não atende ao interesse público. Nesse caso, o refazimento do ato revogado seria, no mínimo, muito estranho.

XI— CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O ato administrativo, ou, dito mais largamente, todo e qualquer comportamento da Administração Pública, está sujeito aos controles administrativo e judicial. O primeiro é realizado pela própria Administração Pública no exercício do poder de autotutela, que nesse mister age espontânea ou provocadamente, e tem em vista o exame dos atos e comportamentos da Administração Pública no que concerne ao mérito e à legalidade. O segundo é realizado pelo Poder Judiciário, que somente atua se provocado, visando a legalidade de tais atos e comportamentos.

A submissão dos comportamentos da Administração Pública ao controle jurisdicional é uma decorrência do Estado de Direito. Por isso, com razão, assegura Celso Antônio Bandeira de Mello que “de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contestar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos, e as reparações patrimoniais cabíveis”.

Destarte, todo e qualquer ato ou comportamento da Administração Pública atentatório ao Direito pode e deve ser revisto por qualquer dos citados controles, visando sua retirada do ordenamento jurídico por afronta à legalidade, sem prejuízo de eventuais indenizações.

Isso, no entanto, não é tudo, pois os atos administrativos também estão sujeitos a exames do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas competentes.

27. Sobre a autotutela. veja o Capítulo 1. item V. n. 2.8.

112

CAPÍTULO IV

PODERES REGULAMENTAR E DE POLÍCIA

1— INTRODUÇÃO

O poder regulamentar e o poder de polícia são duas das mais importantes atribuições da Administração Pública. Por essa razão são tratados em capítulo autônomo, diferentemente do que fizemos com os poderes hierárquico, estudado por ocasião do exame da Administração Pública (Cap. II), vinculado e discricionário, analisados na oportunidade em que vimos os atos administrativos (Cap. III), e do que faremos com o poder disciplinar, que será objeto de estudos no momento em que trataremos dos servidores públicos (Cap. V).

Embora importantes, essas duas atribuições serão apresentadas de forma resumida. Maiores estudos sobre o poder regulamentar poderão ser desenvolvidos com base em obra de nossa lavra (Poder regulamentar. cit.) e em 3 estudos de direito, de Sérgio Ferraz (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977), e sobre o poder de polícia, nas obras de Bartolomeu A. Fiorini (Poder de polícia, Buenos Aires, Alfa, 1962), de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., cap. XII) e de Clóvis Beznos (Poder de polícia, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979).

II— PODER REGULAMENTAR

1. Conceito

Certos agentes públicos têm competência para editar atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la.

113

Assim, ao praticar esses atos, tais agentes públicos desempenham o poder regulamentar. Essa competência, que em outros países é outorgada a agentes diversos, é conferida, entre nós, privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal, e, em razão do princípio da simetria que reina entre as três esferas do governo (União, Estado-Membro-Distrito Federal e Município), também é reconhecida a favor dos Governadores e dos Prefeitos. Ademais, em relação a estes agentes, as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas outorgam-lhes, expressamente, tal atribuição. Pode, portanto, ser definido como a atribuição privativa do Chefe do

Poder Executivo para. mediante decreto, expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la.

2. Poder, faculdade ou atribuição

Discute-se se a edição de regulamento consubstancia um poder. uma faculdade ou uma atribuição. Certamente não é poder. como não são poderes o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, embora assim qualificados pelo art. 2 da Constituição Federal. O Poder Político é uno. indivisível e indelegável. Seu exercício. no entanto. dá-se mediante esses órgãos. Desempenham eles funções. Estas são. respectivamente. a legislativa, a executiva e a judiciária. De outro lado. não é faculdade. dada a obrigatoriedade de seu exercício. Quem é compelido a cumprir certa obrigação não a exerce a título de faculdade. É atribuição. Com efeito, regulamentar leis é uma atribuição do Chefe do Executivo, como outras tantas que lhe cabem. nos termos do ordenamento jurídico. Ademais. a Constituição da República, ao abrir a Seção II do Capítulo II do Título IV. enuncia: “Das atribuições do Presidente da República”. Não obstante ser Assim, a expressão “poder regulamentar” não só é tradicional entre nós como de uso corrente pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador. Por essas razões continuaremos a utilizá-la.

3. Fundamento

Quais são os fundamentos do poder regulamentar? São políticos, para uns. jurídicos, para outros. Os fundamentos políticos residem na conveniência e oportunidade que se reconhece ao Executivo, para dotar a lei de certos pormenores, com o fim de dispor internamente sobre a estrutura da Administração Pública ou com o intuito de disciplinar algumas matérias.

114

porque mais bem aparelhado que o Legislativo. O Legislativo, ademais. não pode tudo prever, sob pena de abdicar de sua posição de legislador, conforme ensina Afonso Rodrigues Queiró. Para os que assim entendem. e entre eles nos incluímos, o Chefe do Poder Executivo pode exercitar essa atribuição, mesmo que sobre tal competência nada disponha o ordenamento jurídico. Essencialmente. os fundamentos jurídicos são os que estão abrigados na lei ou na Constituição. De sorte que a atribuição nasceria e seria exercitada segundo as disposições da lei ou da Constituição. Na falta dessas disposições. a atribuição regulamentar não poderia ser exercitada.

Entre nós. o fundamento constitucional é o inciso IV do art. 84 da Lei Maior. em relação à União. No que diz respeito aos Estados-Membros e Municípios, são

dispositivos semelhantes consignados nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais. O fundamento legal, ainda entre nós, está nas próprias leis. Nessas, 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 Constituição da República. 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 Executivo, tendo em vista a natureza originária dessa atribuição.

4. Natureza da atribuição regulamentar

A natureza da atribuição regulamentar é originária. Com efeito, para expedir os atos que visam executar as leis, o Executivo não necessita de qualquer autorização legal específica ou constitucional genérica. O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, e essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao Poder competente para regulamentar, essa atribuição é do Executivo, porque fluente de sua própria função. A natureza ainda é originária nos casos de regulamentos autônomos, porque a edição desses atos, nos países que os acolhem, independentemente da existência de uma lei que os reclame, também é inerente à função administrativa. Essa atribuição, portanto, não é derivada da lei, como querem alguns, salvo no que respeita ao regulamento delegado. Para a edição desse ato há, nos ordenamentos que o admitem, que existir uma prévia autorização legislativa.

115

Não obstante isso, em nosso ordenamento jurídico a atribuição de regulamentar sempre foi consignada na Constituição Federal, nas Constituições estaduais, nas Leis Orgânicas municipais e em inúmeras outras leis em favor do Chefe do Executivo, circunstância que leva alguns a pensar que se trata de atribuição derivada.

5. Limites à atribuição regulamentar

A atribuição regulamentar sofre três ordens de limites que, se inobservados, invalidam-na. São os limites: formais, legais e constitucionais. São formais, por exemplo, os que dizem respeito ao veículo de exteriorização, pois o regulamento, conforme prescrito no art. 84, IV, da Constituição Federal, há de ser manifestado mediante decreto. A portaria, se utilizada para exteriorizar o regulamento, seria um

veículo ilegal. São legais os que se relacionam com o extravasamento da atribuição (por regulamento aumentou-se certo prazo fixado em lei). Dispôs-se, por regulamento, 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 exige lei). A inobservância desses limites vicia o regulamento, tornando-o ilegal.

6. Regulamento

6.1. Conceito

O ato que se origina do exercício da atribuição regulamentar chama-se regulamento. Pode, em nosso ordenamento, ser definido como o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la. Por essa definição vê-se que o Direito Positivo brasileiro só admite o regulamento de execução, isto é, o regulamento destinado à fiel execução da lei, consoante prescreve o inciso IV do art. 84 da Constituição Federal.

Não bastasse isso, diga-se que, nos termos do inciso II do art. 5 da Lei Maior. “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, se o regulamento não é lei no sentido formal, não pode criar direito novo, como os regulamentos autônomos criam. Ademais, cabe ao Congresso Nacional, nos termos do art. 48 da Constituição, dispor sobre todas as matérias de competência da União. Sendo Assim, não há lugar, espaço jurídico, para o regulamento autônomo ou independente.

116

Também se percebe, do conceito oferecido, que o nosso ordenamento não admite o regulamento delegado, uma vez que não se podem delegar atribuições delegadas, prevalecendo, Assim, o brocardo latino: *delegata potestas delegari non potest*. Destarte, o Executivo, que recebeu sua atribuição por delegação do povo, não a pode delegar. Além do mais, diga-se que a Constituição, quando permite a delegação, o faz expressamente, como acontece no art. 68 (delegação para elaborar lei). Quanto ao regulamento, nada estabeleceu de semelhante.

6.2. Instrumento ou veículo do regulamento

O instrumento ou veículo do regulamento é o decreto. Pelo decreto o regulamento exterioriza-se, vem a lume. Essa exigência decorre do disposto no inciso IV do art. 84 da Constituição da República. O RIR foi exteriorizado pelo Decreto federal n. 3.000/99. Em outros ordenamentos legais, o veículo pode ser diverso, a exemplo da portaria.

6.3. Classificação

Várias são as classificações que os autores oferecem para esse tipo de ato administrativo normativo, mas poucas são úteis. Apesar de ser Assim, classificamos os regulamentos em relação: aos destinatários (gerais e especiais). à abrangência de seus efeitos (nacionais e regionais). às entidades que os editam (federais. estaduais. distritais e municipais) e à lei (executivos. delegados e autônomos).

6.4. Regulamento em relação à lei

Das classificações enunciadas merece consideração a que cuida dos regulamentos em relação à lei. Por essa classificação, tem-se: regulamentos executivos, regulamentos delegados e regulamentos autônomos.

6.4.1. Regulamento executivo

O regulamento executivo, também chamado de execução ou subordinado, é o que se preordena ao desenvolvimento de determinada lei. Prestase, pois. a efetivar a exequibilidade da lei, particularizando-a de modo a torná-la praticável. Não pode, por isso mesmo, ultrapassar esse limite, sob pena de ilegalidade. Se desbordar desse limite. enseja ao Congresso Nacional. com exclusividade, a oportunidade de decretar a suspensão de seus efeitos

117

tos, conforme estabelece o art. 49. V. da Constituição Federal. Tal poder de sustar tais atos editados nessas condições também é conferido por algumas Constituições estaduais e Leis Orgânicas municipais às Assembleias Legislativas e às Câmaras de Vereadores. respectivamente. Da lei que visa executar. o regulamento retira sua legitimidade. de sorte que. com a desaparecimento daquela. ele desaparece. São editados pela autoridade competente. que. entre nós. é o Presidente da República, o Governador de Estado. o Governador do Distrito Federal e o Prefeito, guardada em cada caso a respectiva competência para executar a lei. Estão previstos, em relação ao Presidente da República, no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal. e. em relação. por exemplo, ao Governador de São Paulo. no art. 34. V. da Constituição do Estado. Em relação aos Prefeitos. estão previstos nas Leis Orgânicas municipais. Observe-se que esses regulamentos somente podem explicitar leis cuja execução cabe ao Executivo. Assim, não podem regulamentar leis civis ou comerciais, por exemplo, cujo cumprimento cabe aos particulares. Também não se prestam a regulamentar leis de outras esferas governamentais. Esses são os únicos regulamentos que podem ser editados. entre nós, conforme vimos no n. 1. supra.

6.4.2. Regulamento delegado

Os regulamentos delegados, também chamados de autorizados ou habilitados, são editados pelas autoridades competentes, em atendimento a uma norma legal, para prover matéria reservada à lei. Com essa autorização, vê-se, há uma ampliação da atribuição regulamentar, limitada, porém, à matéria e aos termos fixados na delegação. Ultrapassados esses contornos, o regulamento será ilegal. O nosso sistema, advirta-se, não acolhe essa espécie de regulamento, em face do que dissemos no n. 1 do item III deste Capítulo.

6.4.3. Regulamento autônomo

Regulamentos autônomos ou independentes são aqueles editados pela autoridade competente para dispor sobre matérias constitucionalmente reservadas ao Executivo. Constituem reminiscências do antigo poder de legislar, dantes concentrado nas mãos dos Chefes de Estado. Não estão esses regulamentos, verdadeiras leis em sentido material, atrelados a nenhuma lei, nem dependem de qualquer delegação prévia do Legislativo. A reserva pode ser explícita a Constituição prevê a utilização de regulamento autônomo) ou implícita (há reserva da matéria em favor do Executivo, sem lhe atribuir expressamente a atribuição regulamentar). Esses regulamentos, entre nós, ora existiram, ora não. Desapareceram com a Constituição Federal de

118

1988, mas parecem retornar na medida em que a Emenda Constitucional n.

32/200 1 deu nova redação ao mc. VI do art. 84 dessa Lei Maior e lhe acrescentou as alíneas a e b.

7. Outros aspectos do regulamento

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 (só obriga depois de publicado), à nulidade (é nulo se afrontar a lei ou a Constituição), à revogação (por conveniência e oportunidade), à referenda 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 (espaço temporal entre a publicação e a vigência). Em suma: aplicam-se-lhe, no que couber, as disposições da Lei Complementar federal n. 95/98, consoante determinado pelo parágrafo único do art. 12 dessa lei. Devido ao seu caráter normativo, não pode ser atacado via mandado de segurança, conforme vêmj ulgando

nossos Tribunais (RT. 687:210). A eles, portanto, aplica-se, tal qual à lei, a Súmula 266 do STF’.

III — PODER DE POLÍCIA

1. Introdução

O ordenamento jurídico confere aos administrados uma série de direitos relacionados com o uso, gozo e disposição da propriedade e com o exercício da liberdade, a exemplo do que está consignado nos incisos IV, XIII, XV e XXII do art. 52 da Constituição da República. O exercício desses direitos, apesar disso, não é ilimitado. Ao contrário, deve ser compatível com o bem-estar social ou com o próprio interesse do Poder Público, não podendo, assim, constituir obstáculo à realização dos objetivos do Estado ou da sociedade. Esse condicionamento da liberdade e da propriedade dos administrados aos interesses públicos e sociais é alcançado pela atribuição de polícia administrativa, ou, como é comumente designado, poder de polícia.

1. Prescreve essa Súmula que “Não cabe mandado de segurança contra lei em tes
119

2. Conceito

A par do conceito legal de polícia administrativa dado pelo art. 78 do Código Tributário Nacional, pode-se conceituar essa atribuição como sendo a que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social². Vê-se que essa atribuição não se presta a condicionar os direitos de liberdade ou de propriedade, como ensina, calcado em Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 391). As limitações, os condicionamentos, as restrições incidem sobre a liberdade e a propriedade, não sobre os respectivos direitos.

3. Fundamento

O fundamento da atribuição de polícia administrativa está centrado num vínculo geral, existente 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 ou social. Alguns autores chamam-no de supremacia geral da Administração Pública em relação aos administrados. Assim, o exercício da liberdade e o uso, gozo e disposição da propriedade estão sob a égide dessa supremacia, e por essa razão podem ser condicionados ao bem-estar público ou social. É um princípio inexpresso no ordenamento jurídico.

A proibição de construir acima de certa altura. a obrigatoriedade de observar determinado recuo de construção. o dever de denunciar doença contagiosa. a vedação de manter certos animais na zona urbana ou de. nessa zona, promover certa lavoura são restrições decorrentes do poder de polícia. Com efeito, são ditadas em razão do citado vínculo geral e em prol do interesse público ou social. Nenhuma delas se funda em privilégio ou vínculo especial que tem a Administração Pública sobre os administrados. Desse modo. não é ato de polícia administrativa o que impõe alguma restrição a servidor público (trabalhar de uniforme) ou a concessionário de serviço

2. O Código Tributário Nacional, no art. 78. define o poder de polícia como “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”.

120

público (colocar determinados dizeres nos ônibus), porque decorrentes de um vínculo especial (estatuto. contrato) embora restrinjam a liberdade de um e de outro e tenham sido estabelecidos pela Administração Pública. Tampouco é ato de polícia o que veda a colocação de móveis em áreas comuns de prédios de apartamentos, visto que não se destina a satisfazer interesse público ou social, nem é determinado pela Administração Pública fundada no citado vínculo geral. Essa restrição é imposta pelo condomínio em benefício dos condôminos.

4. Características

Ato de polícia é o caracterizado pelos seguintes elementos:

I — editado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes:

II — fundamento num vínculo geral:

III — interesse público e social;

IV — incidir sobre a propriedade ou sobre a liberdade. A ausência de qualquer desses elementos descaracteriza-o como ato de polícia.

Pode valer como ato administrativo, mas não como ato de polícia. De sorte que a inexistência de um dos citados elementos não o torna necessariamente nulo, apenas desqualifica-o como ato de polícia. A exigência imposta pelo Poder Permitente ao permissionário de uso de bem público, para que abra a cantina e atenda aos alunos aos sábados até as doze horas não caracteriza poder de polícia, pois não está fundado em um vínculo geral, mas numa relação jurídica especial consubstanciada na permissão de uso. Esse ato não vale como ato de polícia, mas vale como ato administrativo.

5. Objeto, motivo e fins

O objeto é, à vista do que dissemos, a liberdade e a propriedade dos administrados, sem alcançar os respectivos direitos. Aquela, no que respeita ao seu exercício: esta no que se relaciona com o uso, gozo e disposição. Por administrados há de se entender todas as pessoas físicas e jurídicas, embora sempre se diga: liberdade e propriedade individuais. Não se deve, pois, restringir esses direitos aos brasileiros e estrangeiros, como assim parece impor o Capítulo 1 do Título II da Constituição da República. O motivo da atribuição de polícia é o interesse público e o bem-estar social. O uso, gozo e disposição da propriedade e o exercício da liberdade não podem impedir a realização do interesse público nem o pleno alcance do bem-estar social. Destina-se a polícia administrativa a prevenir o surgimento (quando ainda não aconteceu) de

atividades particulares nocivas aos interesses sociais ou públicos ou a obstar (paralisar, impedir) seu desenvolvimento. Estes os seus fins.

121

6. Competência

Em regra, o exercício da atribuição de polícia compete à entidade a quem a Lei Maior outorga a competência para legislar-. Assim, cabe à União o exercício dessa atribuição no que concerne à naturalização, ao exercício das profissões e à entrada, extradição e expulsão de estrangeiros, já que a ela se atribui a respectiva competência legislativa (CF. art. 22). Cabe ao Município o exercício da polícia administrativa em tudo o que for de interesse local (construção, transporte coletivo, loteamento), dado que sobre essas matérias, entre outras, se lhe atribui a correspondente atuação legislativa (CF. art. 30. 1). Ao Estado-Membro cabe o desempenho dessa atividade em relação às matérias remanescentes, em face do fato de que sobre elas pode legislar (CE art. 25, § P). Assim, se o exercício da atribuição de polícia não for do Município nem da União. é do Estado-Membro, salvo se couber ao Distrito Federal. Ao Distrito Federal cabe exercer as atribuições de polícia que tocam aos Estados-Membros e ao Município, visto que em seu território exerce as competências estaduais e municipais, consoante estatui o art. 32, § 1º da Constituição Federal⁴.

3. No que respeita ao poder de polícia sobre a zona costeira, veja Sérgio Sérulo da Cunha. RT. 686:269.

4. Quanto a essas competências do Distrito Federal, veja RDA. 191:221.

Essa, substancialmente, é a partição de competência no que respeita à atividade de polícia administrativa, portanto não se deve estranhar que as atribuições do exercício do poder de polícia nos recintos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal cabem a esses órgãos (CF. arts. 51. IV. e 52. XIII). A mesma atribuição deve, nos respectivos recintos, ser exercitada pelas Assembléias Legislativas dos Estados, pela Câmara do Distrito Federal e pelas Câmaras de Vereadores. Aos Tribunais Judiciais e de Contas também cabe a mesma competência nos respectivos recintos. A tais órgãos é reconhecido o poder de legislar quanto ao ingresso e uso de suas dependências.

Atente-se, ainda, que muitas matérias de competência da União, no que concerne à sua disciplina e ao exercício do poder de polícia, são em algum aspecto, no que se refere à legislação e à atividade de polícia, de competência, por exemplo, municipal. E o que ocorre com a atividade bancária. Esta é regulada e fiscalizada pela União ou por quem lhe faz às vezes: mas no que se refere à localização do estabelecimento bancário, o poder para legislar e fiscalizar é do Município. Nenhum banco pode ser instalado em desacordo com a lei de zoneamento. De sorte que a competência

122

legislativa da União sobre determinada matéria não alija a do Município, que pode regular e fiscalizar o cumprimento de suas normas no que respeita a certos aspectos dessa matéria. Mudado o que deve ser mudado, o mesmo passa-se com o Estado-Membro e o Distrito Federal.

A atribuição de polícia pode ser delegada. A delegação, embora possa recair sobre qualquer pessoa, é comumente outorgada às governamentais, a exemplo do Banco Central do Brasil, na esfera federal, da Cetesb e da Dersa, no âmbito do Estado de São Paulo. Essa delegação, sempre por lei, é ampla e pode abranger “o estabelecimento de normas, o exercício de atividades necessárias ao cumprimento dessas normas, bem como a designação de agentes de polícia”, conforme ensina Cid Tomanik Pompeu (O Estado de S. Paulo. 2 ago. 1977).

7. Sentido amplo e estrito

A expressão “atribuição de polícia” pode ser tomada tanto em sentido amplo como em sentido estrito. Em sentido amplo. Abrange, além dos atos do Executivo. os do Legislativo. Em sentido estrito, alcança somente os atos do Executivo. Para indicar esse sentido, o estrito, costuma-se dizer: atribuição de polícia administrativa, ou.

simplesmente, polícia administrativa. Para indicar aquele, o amplo, diz-se Poder de Polícia.

8. Polícia administrativa vs. polícia judiciária

Essas duas atividades da Administração Pública não se confundem. Com efeito, a polícia administrativa é essencialmente preventiva, embora algumas vezes seus agentes ajam repressivamente. a exemplo da apreensão de mercadoria imprópria ao consumo público ou da cessação de uma reunião de pessoas tida por ilegal. A polícia judiciária é notadamente repressiva. O exercício da polícia administrativa está disseminado pelos órgãos e agentes da Administração Pública, ao passo que o da polícia judiciária é privativo de certo e determinado órgão (Secretaria de Segurança). O objeto da polícia administrativa é a propriedade e a liberdade, enquanto o da polícia judiciária é a pessoa, na medida em que lhe cabe apurar as infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4. da CF). A polícia administrativa predispõe-se a impedir ou paralisar atividades anti-sociais: a polícia judiciária preordena-se a

5. Nesse sentido confronte-se o trabalho específico de José Afonso da Silva estampando na RDA. 132:241.

descobrir e conduzir ao Judiciário os infratores da ordem jurídica penal (art. 144. § 4º da CF). Por último. a polícia administrativa rege-se por normas administrativas: a judiciária, por normas processuais penais.

9. Discricionariedade e vinculação do poder de polícia

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, 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. Numa e noutra, é importante dizer. é atividade que se submete à lei, consoante já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao acentuar que o poder de polícia não é arbitrário ou caprichoso e está sujeito às regras legais ou regulamentares, dentro de cujos limites se exercita (RDA. 111:297). No mesmo sentido veja-se a RDA. 113:191. Desse modo, sempre que houver abuso no exercício dessa atividade, cabe o controle judicial (RDA. 117:273) e eventual responsabilização patrimonial da Administração Pública. Cabe também, nesses casos, a responsabilização do agente público autor do ato de polícia se agiu com dolo ou culpa. Essa responsabilidade poderá ser tríplice, isto é, administrativa, civil ou patrimonial e criminal.

10. Manifestação da atribuição de polícia

Essa atividade administrativa manifesta-se por atos normativos e concretos. Dos primeiros são exemplos os regulamentos (venda de bebidas nos períodos eleitorais e carnavalescos). Esses são atos gerais. abstratos e impessoais. Dos segundos são exemplos os atos administrativos de interdição de atividade não licenciada, de apreensão de mercadoria deteriorada. de guinchamento de veículo que não oferece condição ideal de uso. de embargo de obra que não obedece ao ato de aprovação e de interdição (confinamento) de louco.

A atribuição de polícia administrativa também compreende os atos de fiscalização. Por eles previnem-se os danos decorrentes da ação dos administrados. E o caso de fiscalização dos estabelecimentos de pasto (restaurantes, bares e lanchonetes), no que concerne à higiene e à qualidade dos alimentos postos ao consumo público: das construções, no que respeita a higiene, segurança, habitabilidade: de atividades (caça e pesca), no que diz

respeito à época, ao local e aos equipamentos utilizados: dos táxis, no que se refere à segurança, à higiene e à aferição de taxímetros. Essas manifestações redundam na expedição de alvarás, licenças e autorizações.

11. Limites da atribuição de polícia

Está a atribuição de polícia demarcada por dois limites: o primeiro se encontra no pleno desempenho da atribuição, isto é, no amplo interesse de impor limitações ao exercício da liberdade e ao uso, gozo e disposição da propriedade. O segundo reside na observância dos direitos assegurados aos administrados pelo ordenamento positivo. E na conciliação da necessidade de limitar ou restringir o desfrute da liberdade individual e da propriedade particular com os direitos fundamentais, reconhecidos a favor dos administrados, que se encontram os limites dessa atribuição. Assim, mesmo que a pretexto do exercício do poder de polícia, não se pode aniquilar os mencionados direitos. Qualquer abuso é passível de controle judicial (RDA. 117:273).

12. Campos de atuação

A atribuição de polícia administrativa, sempre com essas características, incide sobre as mais variadas matérias, daí dizer-se, somente para fim didático e para explicitar a matéria sobre a qual incide, que há: polícia de caça e pesca, destinada à proteção da fauna terrestre e aquática; polícia de diversões públicas, voltada à defesa dos valores sociais; polícia florestal, com a finalidade de proteger a flora; polícia de pesos e medidas, volvida ao controle e fiscalização de pesos e medidas; polícia de trânsito e tráfego, destinada a garantir a segurança e a ordem nas estradas; polícia sanitária, que se preocupa com a proteção da saúde pública; polícia de água, destinada a vedar sua poluição; polícia da atmosfera, preocupada em evitar a deterioração do ar;

polícia edilícia, que se ocupa da disciplina das construções:

polícia funerária, voltada ao transporte e enterramento de cadáveres. Reafirme-se que o indicado constitui apenas setores onde as normas de polícia se fazem sentir, não as várias espécies de polícia administrativa. Essas espécies não existem. Só há uma polícia administrativa.

13. O ato de polícia

É administrativo e, como tal, pode ser vinculado ou discricionário. Deve observar, para sua validade, os requisitos (competência, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto e causa) comuns a todos os atos dessa

espécie, mais a proporcionalidade. Esta consiste no uso adequado da coação. Assim, entre a medida adotada e o desejo da lei, há de existir essa proporcionalidade, sob pena de vício de nulidade do ato de polícia e de responsabilidade de seu autor. Correta, pois, é a observação de Fntz Fleiner, segundo a qual a “autoridade administrativa não pode empregar meio de coação mais severo do que seja necessário para conseguir o fim proposto”, citado por Régis Fernandes de Oliveiras.

A inobservância dessa proporcionalidade é evidenciada na prisão de motorista que não portava carteira de habilitação, quando bastava apenas a apreensão do veículo, ou na proibição de espetáculo teatral, quando seria suficiente fixar o limite mínimo de idade dos espectadores para atender à moralidade social, ou, ainda, na interdição de uma indústria, dado que um de seus fornos polui a atmosfera, quando era suficiente, para eliminar o mal, a interdição do equipamento poluente. Não haveria esse vício na apreensão de veículo de transporte clandestino de passageiros, pois o que se deseja com a apreensão é obstar a continuidade da atividade ilegal. e isso não se consegue apenas com a sanção pecuniária. Só a pena de apreensão obsta eficazmente essa atividade ilegal.

14. Auto-executoriedade do ato de polícia

Alguns autores, sem muito critério, têm afirmado que a autoexecutoriedade e a proporcionalidade são atributos do ato de polícia. Não é a nossa opinião. A executoriedade existe em outros atos administrativos, e a Administração Pública deve atuar com razoabilidade, portanto, a autoexecutoriedade e a proporcionalidade não qualificam o ato de polícia. Cuidemos, mesmo Assim, da auto-executoriedade do ato de polícia. Quanto à proporcionalidade, veja o que dissemos no item anterior.

A Administração Pública pode promover, por seus próprios meios, humanos e materiais, a submissão do administrado às determinações editadas, para vê-lo conformado à legislação a que deve obediência, sem necessidade de recorrer a qualquer outro poder, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA. 93:188). Assim, a ordem de interrupção de um espetáculo teatral, por obsceno, a apreensão de gêneros alimentícios impróprios para o consumo, a demolição de construção que ameaça ruir e a

126

interdição de estabelecimento que encerra atividade poluente. a exemplo de outras medidas, são efetivadas do mesmo modo, isto é, sem prévio ou posterior pronunciamento do Poder Judiciário. A exigir-se prévia autorização judicial, assentou o

Tribunal de Justiça de São Paulo, seria negar o “próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem que ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio”, citado por Régis Fernandes de Oliveiras. Nesses casos também não é exigido processo administrativo, nem a concessão do direito de ampla defesa: basta que o ato traga a indicação dos motivos de preponderante interesse público que levaram à sua edição (RT. 692:77). E evidente que a Administração Pública responde por qualquer abuso, especialmente de natureza patrimonial, nos termos do § 6 do art. 37 da Constituição Federal, enquanto o servidor responderá, nos casos de culpa ou dolo, em termos administrativos, civis e penais.

Essas medidas, diga-se, só têm cabida se expressamente autorizadas em lei ou se forem urgentes. Fora dessas hipóteses, não cremos válida a auto-execução das medidas de polícia. A auto-executoriedade, por si só, não legitima a medida. Esta, para legalmente valer, há de circunscrever-se a uma das referidas hipóteses. Fora delas, é ilegal e sujeita-se ao controle do Judiciário (RDA. 117:233). Se inexistente a previsão legal e não se tratar de situação de emergência, caracterizada pela urgência de pronto atendimento, e, ainda assim, for necessária à adoção de tal ou qual medida, a Administração Pública deve valer-se do Judiciário. E o que ocorre nos casos de demolição de construção irregular, que só é legítima se o Judiciário dela tiver conhecimento e determinar a demolição, ou nos casos de retomada de bem público ocupado por terceiro. A reintegração de posse só poderá efetivar-se em cumprimento de ordem judicial, salvo se se tratar de bem público de uso comum do povo ou de bem público de uso especial, conforme têm decidido os nossos Tribunais (cf. DOU. 9 mar. 1983, p. 2293).

Diga-se para rematar que a auto-executoriedade só será legítima se não exceder ao indispensável a fazer valer a determinação estatal, conforme vimos no item anterior.

15. Sanções

As sanções que tomam efetivas as medidas de polícia são impostas ou fixadas em lei. São, essencialmente, a multa (pagamento em dinheiro), a

6. Veja, desse autor. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 1985. p. 77.

7. No mesmo sentido confira: RDA. 105:350 e 108:302; e RF. 124:438,

8. Ve)a, desse autor. *Infrações*. cit., p. 77.

interdição (de atividade), a demolição (de prédios). a destruição (de armas apreendidas). a inutilização (de gênero alimentício impróprio ao Consumo) e o embargo (de obra). Outras poderão ser estabelecidas pela legislação da entidade política (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município) competente. A aplicação dessas penas não se legitimará se. em processo administrativo, não for dado ao infrator amplo direito de defesa e garantido o contraditório, consoante lhe é assegurado pelo art. 52, LV. da Constituição Federal.

Observe-se que essas ou outras penas não podem ser instituídas por decreto ou outro ato sublegal. nem podem ter caráter perpétuo (RT. 686:182).

16. Controle do ato de polícia

Os atos de polícia administrativa são administrativos e como tal submetem-se aos controles vigentes (administrativo e judicial) a que se subsumem os atos e comportamentos da Administração Pública em geral. De sorte que contra eles cabem os recursos administrativos (recurso hierárquico) e judiciais (mandado de segurança. ação civil pública, ação popular) para obstar os gravames que podem causar aos administrados, à própria Administração Pública e à coletividade (interesses difusos).

128

CAPÍTULO V

AGENTES PÚBLICOS

I— CONCEITO DE AGENTES PÚBLICOS

Para a execução dos serviços e obras que estão a seu cargo, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios e suas respectivas autarquias, fundações públicas e privadas, a sociedade de economia mista e a empresa pública necessitam de recursos humanos e materiais, ingredientes indispensáveis à realização de qualquer tarefa. Os recursos humanos, os únicos que nos interessam neste momento, constituem a massa de pessoas físicas que, sob variados vínculos e algumas vezes sem qualquer liame, prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades de sua responsabilidade. Essas pessoas são os agentes públicos. Podem ser definidos como todas as pessoas físicas que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade.

A noção alcança, em razão de sua abrangência, o Presidente da República, os Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal, os Prefeitos, os Ministros, os

Secretários de Estado e de Município, os Senadores, os Deputados estaduais e federais, os Vereadores, os servidores públicos civis (da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública), os servidores governamentais (das sociedades de economia mista, empresa pública e fundações privadas), os delegados de serviços públicos (concessionários, permissionários e autorizatários), os requisitados (mesários, escrutinadores e jurados), os temporários (admitidos nos termos do inciso IX do art. 37 da CF), os gestores de negócios públicos (os que assumem o serviço público em razão do abandono de seus responsáveis), os delegados de função ou ofício público (tabeliães, titulares de serventias públicas, diretores de faculdades) e os contratados no regime da locação civil. Em

129

resumo, a noção abarca todos os que desempenham função pública e, por certo, enquanto a desempenham, independentemente da existência de vínculo, e se este existir são irrelevantes a forma de investidura e a natureza da vinculação que os prende à Administração Pública.

II— O COMUM NOS AGENTES PÚBLICOS

O que têm em comum os mencionados agentes públicos? O que possuem em comum, pergunta Celso Antônio Bandeira de Mello, o “Governador de um Estado, um diretor de repartição pública, o superintendente de uma autarquia, um tabelião, o diretor de faculdade particular reconhecida e um cidadão convocado, em tempo de guerra, para comandar uma unidade militar?” A resposta, na lição desse notável administrativista (Apontamentos, cit., p. 4), “é o fato de todos eles serem, embora muitas vezes apenas em alguns aspectos das respectivas atividades, agentes que exprimem um poder estatal, munidos de uma autoridade que só podem exercer por lhes haver o Estado emprestado sua força jurídica, exigindo ou consentindo-lhes o uso, para satisfação de fins públicos”. Em suma, é o exercício do poder estatal.

III — CARACTERIZAÇÃO E IMPORTÂNCIA

Vê-se do já exposto que o agente público se caracteriza por estar investido em uma função pública e pela natureza pública dessa função. Logo, para caracterizar o agente público, são necessários dois requisitos:

a) investidura em função pública:

b) natureza pública da função. Com efeito, só se tem agente público quando alguém está investido em uma função pública e se a natureza dessa função for pública.

A noção, ampla e abrangente, dos agentes públicos é funcional, daí sua importância. A partir dela, podem-se identificar suas espécies e extremar, com rigor, a categoria dos servidores públicos, conhecer e determinar o que seja autoridade para fins de impetração de mandado de segurança, ação popular e para fins de responsabilidade do Estado.

IV — PODERES

A par das atribuições hierárquica, disciplinar, vinculada e discricionária. Chamadas, comumente, de poderes administrativos, estudadas nesta

130

obra nos momentos oportunos porque da essência das matérias ali analisadas. a doutrina cuida do poder de polícia e do poder regulamentar, ou, como preferimos, da atribuição de polícia e da atribuição regulamentar, cujos regimes são vistos no Capítulo IV, ao qual remetemos o leitor. Esses são os poderes de que se valem os agentes públicos no desempenho de suas funções.

V — USO E ABUSO DO PODER

O ordenamento jurídico de qualquer país dá tratamento diverso aos interesses públicos e privados. Por essa razão, acaba desigualando, 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 (servidão administrativa). ou de executar seus próprios atos (interdição de prédio que ameaça ruir), 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 — os únicos que deve perseguir — a um regime peculiar de atuação que lhe atribui ônus, restrições e sujeições ao lado de poderes que lhe permitem, adequadamente, cumprir suas finalidades.

1. A razão do poder

Do esboço introdutório já se infere a razão do poder que a doutrina, sem qualquer vacilação, reconhece a favor da Administração Pública. De fato, só se concebe esse poder 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.

É o que preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 193), ao precisar que, “por meio de umas e de outras, pretende-se equipá-la adequadamente para o exato e eficiente cumprimento de sua razão de ser”. e, logo adiante, esse mesmo autor oferece, a título de remate, a seguinte afirmação: “Tanto as limitações que a tolhem como os favores que a adornam não visam senão a conformá-la e habilitá-la ao rigoroso alcance de

131

seus fins”. Outra não é a orientação de Hely Lopes Meirelles, ao explicitar que cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições.

Eis. Assim, na necessidade de se instrumentar a Administração Pública para “o cumprimento de sua razão de ser”, o porquê dos poderes que lhe são conferidos. De sorte que não constituem benefícios ou vantagens concedidos à Administração Pública por ser órgão do poder, nem lhe são outorgados, como privilégios, pelo simples fato de ser a “força governante”. como assevera, incisivamente, Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 193). São, isto sim, meros instrumentos de trabalho.

2. O uso do poder

O uso do poder, prerrogativa da Administração Pública, não é incondicionado ou ilimitado. Seu uso, para ser legal, há de ser normal. Assim, usar normalmente o poder significa, de acordo com Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 94), “empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público”.

A esse entendimento cabe trazer — não só porque com ele se ajusta, mas em razão da sustentação que lhe dá — a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 194). Afirma esse autor que: “No Estado de Direito, já se vê, nenhum desses poderes é incondicionado. Nem mesmo se poderia dizer que existem sempre. Com efeito, o caráter instrumental das prerrogativas da administração desde logo lhes desenha teoricamente o perfil. Sejam quais forem os meios jurídicos especiais que atavam o desempenho da função administrativa, nenhum existe como favor concedido à própria Administração. Em verdade, são favores concedidos aos interesses públicos: à função desempenhada e não ao sujeito que a desempenha. Eis por que unicamente persistem quando relacionadas com a proteção deles”. Destarte, o uso do poder só se

legítima quando normal, isto é, quando aplicado para a consecução de interesses públicos e na medida em que for necessário para satisfazer tais interesses.

3. A expressão “abuso de poder”

O uso anormal do poder é circunstância que torna ilegal, total ou parcialmente, o ato administrativo ou irregular a sua execução. Na primeira hipótese, há desvio de finalidade ou excesso de poder, conforme a ilegalidade

132

seja total ou parcial. enquanto, na segunda, há abuso de poder. Num quadro sinótico o que se afirmou fica assim:

- a) total — desvio de finalidade 1.ilegalo ato
- b) parcial — excesso de poder
- 2. irregular a execução do ato — abuso de poder

Essas expressões (desvio de finalidade, excesso de poder e abuso de poder), a par de outras (desvio de poder, abuso de direito e abuso de autoridade) encontráveis entre os autores especializados, quase sempre indicam a mesma realidade, isto é, o uso anormal do poder ou, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, um defeito do ato administrativo em face da legalidade.

Desse entendimento discrepam os autores que empregam a expressão “abuso de poder” para indicar o gênero e as locuções “desvio de finalidade” e “excesso de poder” para indicar as espécies. Esses especialistas acabam, com esse procedimento, por sistematizar a matéria, e isso convém ao Direito. Há, para os que assim procedem, abuso de poder quando a autoridade, embora competente, excede os limites de sua atribuição legal ou se desvia de suas finalidades administrativas. Essa é a lição de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 94). Ainda desse sentir é José Creteila Júnior (Anulação do ato administrativo por desvio do poder. Rio de Janeiro. Forense. 1978, p. 16), ao explicitar que o abuso seria empregado em sentido mais genérico: desvio e excesso, em sentido mais específico.

Outros assemelham a noção de abuso de direito dada pelo Direito Privado com a de abuso de poder oferecida pelo Direito Administrativo. Desse modo pensam André de Laubadère (*Traité élémentaire de droit administratif*. Paris. 1953, p. 389). René Foingnet (*Manuel élémentaire de droit administratif* 12. ed.. Paris. 1926, p. 648). Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (Atos administrativos. São Paulo. Saraiva. 1980, p. 227) e Marceilo Caetano (Manual de direito administrativo. 4. ed.. Coimbra. Coimbra

Ed.. 1956, p. 482). em oposição aos que ressaltam as diferenças existentes entre essas noções, como faz Gaston Jèze.

Cremos. apesar desses esforços. que a matéria ainda não está perfeitamente delineada, pelo menos perante o nosso ordenamento jurídico. e que as expressões “abuso de poder”. “excesso de poder” e “desvio de finalidade” devem, como ocorre na prática. expressar realidades distintas.

O uso anormal do poder torna

133

4. Caracterização

Perante o nosso ordenamento jurídico positivo, não se pode ter como vício de legalidade do ato administrativo o abuso de poder. como querem. entre outros. Luiz Eulálio de Bueno Vidigal (Mandado de segurança. RE 139:43). Seabra Fagundes (O controle dos atos administrativos pelo Poded, Judiciário. 4. ed.. atual.. Rio de Janeiro. Forense, p. 271) e Carlos Medeiros Silva (Parecer. RE 209:53). Tampouco se pode ter o desvio de finalidade e o excesso de poder como espécies de abuso de poder. Cada uma dessas expressões encerra realidade distinta, cabendo à doutrina distingui-las. Distingamos. pois. o abuso de poder da ilegalidade, e o abuso de poder do excesso de poder e do desvio de finalidade, já que só assim se conseguirá compreendê-los corretamente.

O Direito brasileiro, a começar pelas Cartas Constitucionais federais. como faz a atual no art. 5. LXIX. sempre distinguiu. ao tratar do mandado de segurança. a ilegalidade do abuso de poder. Reprime-se o ilegal e o abusivo. De outro modo: condena-se o ato ilegítimo tanto quanto a execução de ato válido. ou ilegal. realizada com abuso de poder. E a lição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (Atos administrativos. cit.. p. 222). quando. com precisão. afirma que o problema. na sua origem, é constitucional. porque a lei maior. ao mesmo tempo que fala de ilegalidade, condena igualmente o abuso de poder”. A ilegalidade diz respeito ao ato em si mesmo. O ato ilegal é o que não se conforma com a lei que o autoriza. Há um flagrante descompasso entre um (ato) e outra (lei). O abuso de poder diz respeito à execução do ato. Esta é que é viciada ou irregular.

O desvio de finalidade e o excesso de poder são defeitos do ato. em face da legalidade, que se submetem a regimes diferentes. Ocorre desvio de finalidade quando o agente exerce sua competência para alcançar fim diverso do interesse público. Vale dizer: o agente público que somente pode praticar ato ou agir voltado para o interesse

público acaba por praticar ato ou atuar para satisfazer a um interesse privado. É o que se passa quando o agente público desapropria, para vingar-se de seu desafeto político, proprietário do bem expropriado. ou quando determina a construção de uma escola para valorizar o plano de loteamento de seu correligionário. Nessas hipóteses costuma-se dizer que o desvio de finalidade é genérico: o interesse passa de público para particular.

Ainda há desvio de finalidade quando a autoridade administrativa vale-se de um dado instrumental jurídico destinado por lei a alcançar certo fim para obter outro. ainda que de interesse público. É o que aconteceria se determinada a troca semestral da cédula de identidade. cuja finalidade diz

134

respeito à segurança pública, mediante o pagamento de uma taxa visando 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, conforme já decidiu o STF (RDA. 114:258). Nessa hipótese há patente desvio de finalidade, que leva a nulidade ao ato administrativo que o encerra.

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”. diz Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (Atos administrativos. cit., p. 215). “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”. O mesmo entendimento é oferecido por Themístocles Brandão Cavalcanti e Ore ste Ranelletti. Exemplifiquemos: a lei prescreve que a permissão de uso de bem público só pode ser outorgada a título precário, mas o agente outorga- a 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.

Apesar da aparente similitude dos vícios conhecidos por desvio de finalidade e excesso de poder. as duas figuras não se confundem. No desvio de finalidade o ato administrativo é ilegal por inteiro. Não há como aproveitá-lo. E ato nulo e. como tal. é assim entendido pela doutrina e pela jurisprudência. No excesso de poder não se dá o

mesmo. O ato não é nulo por inteiro; prevalece naquilo que não exceder. salvo se o excedente comprometê-lo integralmente. Costuma-se. nessa hipótese. reputar o plus como não escrito, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação. cit., p. 60). Desse modo. mesmo que consignada certa vantagem não prevista em lei. essa consignação não leva a nulidade ao ato. É o que ocorre. por exemplo, com o ato de outorga de permissão com cláusula de exclusividade vedada por lei. Considera-se como não escrita essa vantagem em favor do permissionário. Assim, apesar da previsão, dela não se poderá valer o permissionário para impedir o permitente de outorgar novas permissões. Ademais, é princípio geral de Direito segundo o qual não se anula o todo em razão da nulidade da parte. Aliás, o art. 153 do Código Civil, nesse particular. verdadeira regra geral de direito. não prescreve outra coisa.

135

Figurado o desvio de finalidade e configurado o excesso de poder. cabe cuidar do abuso de poder. caracterizando-o como realidade jurídica autônoma. O abuso de poder tem sua sede na fase executória do ato administrativo legal ou ilegal. É, portanto, vício que ocorre na execução do ato e que diz respeito tão-só aos aspectos materiais de sua concretude. O ato é executado. torna-se uma realidade, com inobservância dos meios e cuidados necessários à sua concretização. Nesse sentido, com segurança e acuidade jurídica ensina Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (Atos administrativos. cit., p. 265) que “é o modo de fazer ou de aplicação do ato que diz com a existência ou não do abuso do poder”. Ao lado dessa inteligência. e a aprová-la, está a de José Cretella Júnior (Anulação. cit., p. 18), ao esclarecer que o abuso de poder acompanha. quase sempre. os denominados fatos administrativos. operações materiais que têm por objetivo efeitos práticos de interesse da pessoa jurídica. Desse modo também tem sido caracterizado em algumas decisões de nossos Tribunais. De fato. o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que “o abuso de Direito é todo ato que. em princípio, autorizado legalmente. se executa em desconformidade ao ordenamento jurídico ou com excesso na sua limitação” (RT. 332:226).

Outro não é o entendimento que se obtém de alguns dos textos legais vigentes no Direito brasileiro. Expressiva, nesse sentido. é a regra constante da parte final do art. 79 da Lei Geral das Desapropriações (Dec.-Lei n. 3.365. de 21-6-1941). A penetração no imóvel, declarado de utilidade pública e para fins expropriatórios. há de ser feita com as cautelas necessárias. a fim de não impedir que os seus ocupantes. mesmo temporariamente. dele se utilizem ou tenham seu patrimônio diminuído. Desse mesmo

teor é a figura delituosa prevista na alínea a do art. 49 da Lei federal n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que definiu os casos de abuso de autoridade. Ainda é significativo, para mostrar a relevância de ser centrado o abuso de poder na fase executória do ato administrativo, o disposto no inciso LXIX do art. 52 da Constituição da República, que reprime a ilegalidade e o abuso de poder. Em todos esses casos, o que está em jogo é o *modus operandi* do agente público. E a irregularidade da execução que o legislador procurou reprimir. O ato há de ser executado adequadamente, sob pena de abuso de poder.

O desvio de finalidade e o excesso de poder, defeitos não caracterizadores de uma operação material, mas traços que tipificam a ilegalidade total ou parcial do ato administrativo, são imperceptíveis, pode-se dizer, aos olhos do leigo. O abuso de poder, defeito caracterizador de uma operação material contra a pessoa ou seu patrimônio, até a esses olhos é visível, pois patente, concreto, violento e imoral quando praticado pelo agente público.

136

Os primeiros atacam o ato, enquanto o último atinge a execução. Por esses dados podem ser facilmente diferenciados. Ademais, o causador do abuso de poder nem sempre é o autor do ato. O ato é editado por um e executado por outro agente. Sendo Assim, é notório que a sua prática é circunstância que diz respeito à execução do ato.

Observe-se que o abuso de poder não leva a nulidade ao ato que lhe deu causa. O uso arbitrário do direito de ingressar em bem imóvel declarado de utilidade pública para fins expropriatórios não nulifica o ato de desapropriação. Esse mau uso do direito pode levar o agente a satisfazer uma indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal (art. 72 da LGD).

5. Abuso de poder nos atos legais e ilegais

Centrado o abuso de poder na fase executória do ato administrativo, torna-se evidente que essa irregularidade tanto poderá acontecer na execução de um ato legal como na de um ato ilegal. O ato pode atender aos requisitos de competência, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto e causa e, mesmo Assim, ser executado com abuso de poder. O ato pode ser perfeito e válido, mas executado com inobservância dos meios e cuidados necessários à sua concreção. Pode não apresentar vícios ou defeitos de espécie alguma em face da legalidade, não obstante ser concretizado irregularmente. A legitimidade do ato não é garantia de que será executado com as cautelas exigidas pelo

ordenamento. O ato legal, mesmo que isso pareça um paradoxo, pode ser executado irregularmente. Embora não devesse, pode ser executado irregularmente.

Se isso ocorre com os atos legais, resta óbvio que com os ilegais pode acontecer o mesmo, ou seja, ser executados (embora não devesse) irregularmente. O abuso de poder, portanto, também pode aparecer na execução de um ato ilegítimo. A ilegalidade dos atos administrativos nem sempre é notória, e isso permite que sejam executados pelos agentes administrativos, que, nesse mister, podem cometer abuso de poder, como ocorre no cumprimento de mandado de prisão expedido ilegalmente e o seu executor, ao cumpri-lo agride o condenado. Destarte, a ilegalidade do ato não oferece qualquer margem de segurança de que não será executado, e, muito menos, sem abuso de poder. Assim, o abuso de poder pode tanto ocorrer na execução dos atos legais como na concretização dos ilegais, sendo, nesse sentido, irrelevante qualquer preocupação, salvo, é claro, se para agravar a pena a que está sujeito o executor ou aplicador do ato. A execução abusiva não determinará a nulidade do ato legal; tampouco tornará mais ilegítimo o ato ilegal. O válido permanecerá válido e o ilegal continuará ilegal.

137

6. Abuso de poder nos atos discricionários e vinculados

Dado que o abuso de poder manifesta-se na fase executória do ato administrativo, torna-se despropositada qualquer discussão para saber se a sua ocorrência se dá entre os atos discricionários ou vinculados, ou, ainda, se em ambas as espécies pode ocorrer esse vício, uma vez que um e outro são executáveis. De fato, se tanto uma como outra dessas categorias de atos são executáveis, resta lógico que o abuso de poder pode estar presente tanto numa como noutra espécie.

7. Abuso de poder nos atos omissivos e comissivos

O abuso de poder, por residir na execução do ato administrativo, não ocorre nos atos omissivos. Não se tem como caracterizar abuso na execução se nem execução existe. Há de haver uma ação na fase executória do ato para que se possa ter abuso de poder. Assim, não se há de falar em abuso de poder em ato omissivo. Só nos comissivos o abuso pode ocorrer.

8. Conceito de abuso de poder

Uma vez caracterizado o abuso de poder, assegurada a sua autonomia dentro do nosso sistema legal como irregularidade da execução do ato administrativo e analisados outros aspectos dessa figura, cabe conceituá-lo. Assim, abuso de poder é toda ação que

torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia. contra seu autor medidas disciplinares, civis e criminais.

9. Repressão ao abuso de poder

Para reprimir o abuso de poder. responsabiliza-se o seu autor administrativa. civil e criminalmente, conforme o caso. Nada impede que em certas circunstâncias essa responsabilidade seja tríplice. Contra o abuso de poder em alguma hipótese cabe o mandado de segurança. De fato, prescreve a Constituição da República, no inciso LXIX do art. 5: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo. não amparado por habeas corpus ou habeas data. quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de

138

poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A medida pode ser preventiva quando se predispõe a evitar o abuso de poder. ou suspensiva quando preordenada a obstar à continuidade do procedimento abusivo do agente administrativo.

Sobre o tema. diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit.. p. 95 que “entre nós. o abuso de 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 (Constituição da República. art. 59, LXIX. e Lei 1.533/ 51) e assegurou a toda pessoa o direito de representação contra abusos de autoridade (art. 52, XXXIV. a). complementando esse sistema de proteção contra os excessos de poder com a Lei 4.898. de 9-11-1965. que pune criminalmente esses mesmos abusos de autoridade”.

10. Responsabilidade por atos de abuso de poder

Se a execução do ato for abusiva e disso advier um dano ou prejuízo para o ofendido. cabe ao Estado (União. Estado federado. Distrito Federal. Município) ou a quem lhe faça as vezes, restaurar o patrimônio diminuído. Essa obrigatoriedade de indenizar decorre do prescrito no § 6. art. 37. do Texto Maior. que é a regra geral da responsabilidade objetiva do Estado em face do dano que seus funcionários, nessa qualidade, possam causar a terceiros. Uma vez recomposto o patrimônio do lesado. cabe ao Estado. nos termos da parte final dessa mesma disposição constitucional. o direito de regresso contra o servidor que executou certo ato com abuso de poder. Essa recomposição, conforme o § 59 do art. 37 da Constituição da República. não prescreve.

A legislação ordinária também prevê a obrigatoriedade de ser recomposto o patrimônio do ofendido. Exemplo disso é o art. 72, parte final, da Lei Geral das Desapropriações. Essa regra obriga o Estado a satisfazer as perdas e danos proporcionados por agentes que, sem as cautelas e os devidos cuidados, penetraram em imóveis declarados de utilidade pública para fins expropriatórios e causaram prejuízos aos seus ocupantes. A responsabilidade civil não impede a deflagração das responsabilidades administrativa e penal se a atuação do agente público configurar ilícitos dessa natureza.

VI— PRERROGATIVAS DO AGENTE PÚBLICO

1. Sobre a responsabilidade dos agentes públicos veja, a seguir, o n. 10.

Prerrogativas ou privilégios são regalias do titular do cargo, função ou emprego público. Basta sua qualidade de titular, ou até de substituto.

139

para assegurar-lhe a fruição dos privilégios inerentes ao cargo, função ou emprego público que ocupa. São exemplos dessas prerrogativas o uso de carro oficial, a não-observância dos controles comuns de frequência (livro, relógio de ponto, cartão magnético), a verba de representação, a moradia e o seguro de vida. Tais prerrogativas somente lhe são creditadas em razão do desempenho de suas funções que, sob pena de se tornar ineficiente, requer ditas regalias. Assim, só a necessidade do serviço as justifica e as legitima. Sua instituição e fruição devem estar reguladas em lei. Qualquer abuso, a exemplo do uso de carro público pela esposa do agente público para levar o filho à escola, deve ser coibido e punido. Atente-se que o carro oficial não é somente o licenciado como tal, mas também o alugado pelo Poder Público, portador de chapa particular, que faz as vezes do carro oficial. Assim, o uso abusivo desse veículo igualmente deve ser coibido e punido.

VII— DEVERES DO AGENTE PÚBLICO

A doutrina tem arrolado como deveres do administrador público os de agir, de eficiência, de probidade e de prestar contas. Vejamos cada um, seguindo as lições de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 89).

1. Dever de agir

Ao administrador público cabe desempenhar, a tempo, as atribuições do cargo, função ou emprego público de que é titular. Reconhece-se nessa oportuna atuação um dever do agente público. As competências do cargo, função ou emprego público devem ser exercidas na sua plenitude e no momento legal. Não se satisfaz o Direito com o

desempenho incompleto ou a destempe da competência e, pior ainda, com a omissão da autoridade. Não se aceita a possibilidade, sequer, de o agente público praticar intempestivamente atos de sua competência quando ocorre a oportunidade para agir, como não se entende que só se desincumba de parte de sua obrigação ou se abstenha em relação a essa obrigação. A esse respeito ensina Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 90) que, “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”.

O agir do agente público, vinculado à competência do cargo, função ou emprego público de que é titular, pode estar ligado à retirada de um ato administrativo por ilegalidade ou por mérito (atribuição de autotutela), ou à

140

aplicação de uma punição ao servidor relapso (atribuição disciplinar), ou à incidência de tributos (atribuição de tributar), ou à guarda, conservação e aprimoramento de bens públicos (atribuição de gerir). Em todas essas hipóteses, como em outras, o administrador público tem de agir, tomando as medidas que lhe cabem. Nesses termos, dito dever acaba por tornar-se um dever-poder de agir: Em contrapartida, se se omitir, estará sujeito às punições de ordem administrativa (as previstas no Estatuto dos Servidores Públicos) e penal (as previstas na lei criminal), a exemplo das instituídas nos arts. 316 (concussão) e 319 (prevaricação) do Código Penal, conforme o caso, está sujeito às punições por crimes de responsabilidade nos termos do art. 85 da Constituição da República e da Lei federal n. 1.079/50, que dispõe sobre essas infrações quando cometidas pelo Presidente da República, Governador de Estado e outros agentes públicos, ainda em vigor no que não afronta a Constituição Federal. Ademais, se de sua omissão ou ação intempestiva advier dano à Administração Pública ou ao particular, cabe-lhe a obrigação de indenizar. Nos termos do art. 37, § 52, da Constituição, caberá à lei estabelecer os prazos de prescrição para os ilícitos praticados pelos agentes públicos que causem prejuízos ao erário, salvo no que respeita às ações de ressarcimento. Estas são imprescritíveis.

2. Dever de eficiência

A EC n. 19/98 ao alterar a redação do art. 37, caput, acabou por introduzir entre os princípios já mencionados 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. Esse princípio já era

acolhido pelo nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o Decreto-Lei federal n. 200/67. ao submeter a atividade administrativa ao controle de 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.

2. Art. 41. § 1. III. combinado com art. 247. parágrafo único. da Lei Maior Federal.

141

O princípio da eficiência, conhecido entre os italianos como dever de boa administração, impõe ao agente público a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras. a exemplo do princípio da legalidade. O desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados e da coletividade. Nada justifica qualquer procrastinação. Aliás, essa atitude do agente público pode levar o Estado a indenizar os prejuízos que o atraso possa ter ocasionado ao interessado num dado desempenho estatal. É o que ocorreria com o pedido de instalação de um para-raios numa escola. cuja execução foi procrastinada pela Administração Pública. Nesse tempo. ocorre a queda do raio. que causa prejuízo aos alunos. O Estado, apurada a culpa. deve indenizar. Nesse sentido já se manifestou o STF ao interpretar o art. 194 da Constituição de 1946. Com efeito, estabeleceu esse pretório que “a administração pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exige a sua presença para evitar a ocorrência danosa” (RDA. 97:177).

As competências (rol de atribuições) devem ser executadas pelo agente responsável com perfeição. valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar essa execução a melhor possível, evitando-se, Assim, sua repetição e reclamos por parte do administrado. Ademais. a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos. tão necessários na época atual. Por fim. tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Resultados positivos não significam lucros. embora, em alguns casos, possam existir.

Deve-se com esse desempenho. rápido e perfeito. atingir um maior número de beneficiados. Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada do agente público. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação. evitando-se as que não têm ou que não atendam a esse princípio. E, pois. a relação custo-benefício que deve presidir toda ação pública. Destarte, não se deve estender rede de energia elétrica ou de esgoto por ruas onde não haja edificações ocupadas: nem implantar rede de iluminação pública em ruas não utilizadas. Nos dois exemplos, a execução dessas obras não apresentaria resultados positivos. Toda a comunidade arcaria com seus custos. sem qualquer benefício.

O atendimento desse princípio, cremos. vai mais além. De fato. algumas situações não devem ser mantidas se o contrariarem. O agente público. em tais casos. deve tomar as medidas necessárias para pôr fim a certa situação tida. em termos de resultado, por desastrosa para o Estado. Assim, deve extinguir Órgãos e entidades e remanejar servidores sempre que se

142

verificar um descompasso entre a situação existente e o princípio da eficiência. ou. se isso não for aconselhável, deve tomar as medidas para tornar menor esse desvio ou descompasso. Ações dessa natureza já foram tomadas. Com efeito, algumas sociedades de economia mista que existiam em São Bernardo do Campo foram extintas pela Administração Tito Costa porque não se afeiçoavam a um desempenho com resultados positivos. O mesmo ocorreu com a desativação de algumas sondas da PAULIPETRO. consórcio criado pelo governo estadual de São Paulo para a prospecção de petróleo e gás. ordenada na Administração de José Maria Marmn. Aqui a razão também foi prestigiar o dever da eficiência administrativa e evitar maiores gravames públicos. Essa mesma razão motivou o Governador Franco Montoro. de São Paulo. a pôr fim ao referido consórcio. já no início de seu governo.

3. Dever de probidade

Esse dever impõe ao agente público o desempenho de suas atribuições sob pautas que indicam atitudes retas. leais, justas e honestas. notas marcantes da integridade do caráter do homem. É nesse sentido do reto. do leal. do justo e do honesto 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. Do mesmo modo pensam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Fenaz (Dispensa de licitação. cit.. 1980, p. 92). Para esses renomados autores “a probidade administrativa exige que a Administração procure fazer o melhor negócio para o Erário”.

Assim, se várias pessoas têm interesse no uso privativo de certo bem público, não pode o agente público, mesmo que a lei lhe faculte, escolher livremente uma. A escolha há, nesses casos, 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”. diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 91). “está constitucionalmente integrado na conduta do ad-

143

ministrador público, como elemento necessário à legitimidade de seus atos”. Com efeito, é crime de responsabilidade o ato do Presidente que atentar contra a probidade na administração” (CF. art. 85. V). O mesmo se pode dizer em relação aos Governadores, nos termos das Constituições estaduais, e dos Prefeitos, segundo o disposto no Decreto-Lei federal n. 20 1/67, ainda em vigor nesse particular. Por outro lado, estabelece o § 42 do art. 37 da Constituição que 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”⁵.

4. Dever de prestar contas

É da essência da gestão de bens, direitos e serviços alheios o dever de prestar contas, conforme estabelece o art. 1.301 do Código Civil. É, portanto, encargo ou obrigação de quem administra coisas de terceiros. Na Administração Pública não é diferente e mais se justifica. Trata-se da prestação de contas sobre a gestão de um patrimônio que pertence à coletividade.

É entendido em sentido amplo. 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. A

prestação de contas é feita pelo Chefe do Poder Executivo de cada esfera de 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 CF), após prévio parecer do Tribunal de Contas da União (art. 71, 1, da CF). 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 Federal.

144

VIII — CLASSIFICAÇÃO

Os agentes públicos, nos termos da sistematização constitucional, podem ser classificados em agentes políticos, agentes temporários, agentes de colaboração, servidores governamentais, servidores públicos e agentes militares. Os agentes de colaboração compreendem os que: colaboram por vontade própria, colaboram compulsoriamente, colaboram com concordância da Administração Pública. Os servidores públicos desdobram-se em estatutários e celetistas. Os militares admitem as seguintes subespécies: militares federais, militares estaduais, militares distritais. Nos termos do art. 42 da Constituição Federal, caberia indicar como subespécie desses agentes os militares territoriais, mas deixamos de fazê-lo por inexistir território implantado. As demais espécies não admitem qualquer subdivisão.

Num quadro sinótico tem-se:

Agentes Públicos

I — Agentes políticos

II — Agentes temporários

III — Agentes de colaboração

IV — Servidores governamentais

V — Servidores públicos

3. Vela a Lei federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

Vejamos cada uma dessas espécies.

por vontade própria por compulsão por concordância

VI — Agentes militares

federal estadual distrital

145

1. Agentes políticos

São os detentores dos cargos da mais elevada hierarquia da organização da Administração Pública ou, em outras palavras, são os que ocupam cargos que compõem sua alta estrutura constitucional. Estão voltados, precipuamente, à formação da vontade superior da Administração Pública ou incumbidos de traçar e imprimir a orientação superior a ser observada pelos órgãos e agentes que lhes devem obediência. Desses agentes são exemplos o Presidente da República e o Vice, os Governadores e Vices, os Prefeitos e Vices, os Ministros de Estado, os Secretários estaduais e municipais, os Senadores, os Deputados e Vereadores⁴. Não são, como se vê dessa enumeração, pessoas que se ligam à Administração Pública por um vínculo profissional. Por essa razão pode-se ter um Ministro da Saúde (José Serra) que não é médico, como já se teve um Ministro da Guerra (Pandiá Calógeras) que não era militar e, em São Paulo, um Secretário da Segurança Pública (Michel Temer) que não era militar nem policial. O liame que os prende à Administração Pública é de natureza política e o que os capacita para o desempenho dessas altas funções é a qualidade de cidadãos. São eleitos, a exemplo dos Deputados (CF, art. 45), ou nomeados, como os Ministros de Estado (CF, art. 84, 1). Seus direitos e obrigações derivam diretamente da Constituição e, por esse motivo, podem ser alterados sem que a isso possam opor-se. Não se subsumem, portanto, ao regime de pessoal, embora alguns, como os Ministros de Estado e Secretários, possam ter certos direitos instituídos, a exemplo das férias, se atenderem às exigências aquisitivas. Também são aposentáveis.

Alguns desses agentes, a exemplo dos Ministros de Estado, têm plena liberdade funcional. Ficam, em razão disso, a salvo de responsabilidade civil por eventuais erros de atuação. A implantação de projetos, cujos resultados devem ser alcançados em certo tempo, que é ultrapassado, em muito, sem que ocorram as vantagens ou benefícios esperados (erradicação da tuberculose e da esquistossomose), é caso de erro de atuação que não leva à responsabilização. Essas prerrogativas lhes são reconhecidas como necessárias às altas e complexas funções que exercem. Respondem, sim, se agirem com abuso de poder, sem os mínimos cuidados ou com culpa grosseira. Claro que também respondem pelos comportamentos criminosos (CP, art. 327) e por atos que podem caracterizar crime de responsabilidade.

Preocupado com a conduta dos agentes da alta administração federal, em que se enquadram os agentes políticos, o Presidente da República aprovou em 21 de agosto de 2000 o Código de Conduta da Alta Administração Federal, publicado no DOU, 22 ago. 2000. O art. 1º desse codex arrola as finalidades que se pretende alcançar, de onde retiramos as seguintes: tornar claras as regras de conduta das autoridades da alta Administração Pública Federal, para que a sociedade possa aferir a integridade e a lisura do processo decisório governamental; contribuir para o aperfeiçoamento dos padrões éticos da Administração Pública Federal a partir do exemplo dado pelas autoridades de nível hierárquico superior; preservar a imagem e a reputação do administrador público, cuja conduta esteja de acordo com as normas éticas estabelecidas nesse Código. O art. 2º elenca as autoridades públicas submetidas às suas normas, a exemplo: os Ministros e Secretários de Estado, os presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. O art. 59 exige que as alterações patrimoniais da autoridade pública sejam imediatamente comunicadas à Comissão de Ética Pública CEP.

Por força desse Código restou vedado à autoridade pública receber presentes, salvo de autoridade estrangeira, nos casos protocolares e se houver reciprocidade (art. 92). O parágrafo único desse artigo define o que não é considerado presente, ou seja, os brindes que não têm valor comercial, os distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas e que não ultrapassem o valor de R\$ 100,00. O art. 12 veda à autoridade opinar a respeito da honorabilidade e do desempenho funcional de outra autoridade pública federal e do mérito de questão que lhe será submetida para decisão individual ou órgão colegiado.

O art. 14 criou a quarentena funcional, correspondente a um período de tempo em que a autoridade pública federal não poderá conduzir-se livremente, devendo portanto observar as regras, condições e prazos estabelecidos neste ou no art. 15. Esse prazo é de quatro meses, se outro não for fixado em lei, contado do desligamento da autoridade pública. Nesse período, a autoridade não poderá aceitar cargo de administrador ou conselheiro, ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica com a qual tenha mantido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores ao desligamento, tanto quanto não poderá intervir, em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, junto a órgãos ou entidades da Administração Pública com quem

tenha tido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores ao desligamento.

A violação das normas previstas nesse codex acarretará, conforme sua gravidade, as seguintes providências: “1 advertência, aplicável à

4. Seguimos nessa indicação as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit.. p. 178).

147

autoridade no exercício do cargo: II— censura ética. aplicável às autoridades que já tiveram deixado o cargo (art. 17)”. cuja aplicação cabe à CEP. observado o devido processo legal.

Desses agentes. alguns. como são os Deputados e Senadores. nos termos do art. 54 da Constituição Federal. estão desde a expedição do diploma impedidos de: “a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público. autarquia. empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes: b) aceitar ou exercer cargo. função ou emprego remunerado. inclusive os de que sejam demissíveis ad nutum. nas entidades constantes da alínea anterior”, e desde a posse estão impedidos de: “a ser proprietários. controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público. ou nela exercer função remunerada: b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades referidas no inciso I. a: e) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I. a: d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo”. Por outro lado. tais agentes. consoante o art. 53. são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos. Ademais, desde a expedição do diploma não podem ser presos. salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente. sem prévia licença da respectiva Casa. Aos Deputados estaduais aplicam-se as regras da Constituição Federal sobre sistema eleitoral. inviolabilidade, imunidades. remuneração. perda do mandato. licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas (art. 27, § 12). Aos Vereadores aplica-se. no que couber. em termos de proibições e incompatibilidades. o disposto para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado, para os membros da Assembléia Legislativa (art. 29. IX. da CF). A par dessas proibições e incompatibilidades a esses agentes políticos municipais é assegurada sua

inviolabilidade por opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (art. 29. VIII. da CF).

Por último, cabe esclarecer que, nos termos da EC n. 19/98, esses agentes serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória (art. 39, § 42),

2. Agentes temporários

Algumas pessoas são contratadas por tempo determinado' para que a Administração Pública possa atender a necessidade temporária de excepcional

5 Sobre essas cláusulas, veja trabalho de Adilson Abreu Dailari noBLC. n. 10, p. 461. 1994.

148

interesse público, consoante facultado no inciso IX do art. 37 da Constituição da República e regulado em lei específica. Por motivos óbvios não podem ser havidos como agentes políticos. Não são servidores públicos nem agentes governamentais, visto que celebram com a Administração Pública um vínculo de caráter eventual, o que não ocorre com essas espécies de agentes públicos, que celebram vínculos perenes. Também não são agentes de colaboração dada a especificidade das finalidades de sua contratação. Compõem, então, uma categoria própria: a dos agentes temporários. Podem ser definidos como os agentes públicos que se ligam à Administração Pública, por tempo determinado, para o atendimento de necessidades de excepcional interesse público, consoante definidas em lei. Podem existir tanto na Administração Pública direta como na indireta. Não ocupam cargo nem emprego público. Desempenham função, isto é, uma atribuição ou rol de atribuições. Como retribuição pelo serviço prestado, os agentes temporários recebem salário, como deixa entrever o inciso I do art. 72 da Lei federal n. 8.745/93, que dispõe sobre a contratação dessa espécie de agente público, consoante as alterações introduzidas pela Lei n. 9.849, de 26 de outubro de 1999, e segundo prescreve o art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O vínculo que celebram com a Administração Pública é o celetista, o único que se afeiçoa com o caráter temporário da contratação. Aliás, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê, no art. 479, o contrato por prazo certo, determinado. Assim, quer a necessidade de excepcional interesse público ocorra na Administração Pública direta (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município), quer suna na Administração Pública indireta (autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública e fundações

privadas), o liame será sempre regulado por essa Consolidação. De fato, não poderia ser o regime da locação civil de serviços (arts. 593 a 609 do CC). pois os agentes assim contratados não fazem jus à aposentadoria, que. ao contrário disso, está assegurada aos agentes temporários, conforme se irifere do § 13 do art. 40 da Constituição da República e nos termos e condições do regime geral da previdência social⁶. Também não poderia ser o Regime Estatutário, dado que este só colhe os servidores estatutários, que. na dicção do art. 37, II. da Lei Magna. são os que se ligam à Administração Pública direta. às autarquias e às fundações públicas, admitidos mediante concurso público para ocupar um cargo. e os contratados temporariamente não

6. Consoante a EC n. 20/98.

149

ingressam no serviço público desse modo e. sobremais. não ocupam cargo. mas função. De forma alguma poderia ser o regime adrninistrativo. pois os que assim são contratados fazem jus a aposentadoria, e legislar sobre seguridade social. onde se enquadra a aposentadoria, é competência da União (art. 22. XXIII. da CF). Ademais. seria difícil, senão impossível, a adoção desse regime pelas entidades governamentais (sociedade de economia mista. empresa pública e fundações privadas), cujas relações de trabalho que mantêm com seus empregados são reguladas pela Consolidação das Leis do Trabalho. impostas. em alguns casos, pela Lei Magna (art. 173, § I. II).

Não se alegue em contradita à adoção do regime celetista que a lei a que se refere o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal é a de entidade contratante e essa não pode aumentar as hipóteses de contratação por prazo determinado, fixadas na legislação trabalhista. uma vez que legislar sobre essa matéria é competência da União (art. 22. 1. da CF). Ledo engano, pois a lei a que faz menção dito dispositivo não se destina, nem poderia, a indicar novas hipóteses de contratações temporárias. Sua função é apenas elencar quais as situações de anormalidade em que se contratará. com base na Consolidação das Leis do Trabalho. por prazo certo. determinado. E mesmo que se admitisse que a entidade contratante. nessas hipóteses. acabasse por ampliar o elenco da Consolidação e por conseguinte estivesse legislando sobre Direito do Trabalho. pareceria-nos que o faria com respaldo constitucional. A Constituição da República, nesse particular. outorga-lhe essa excepcional competência.

Por necessidade temporária entende-se a qualificada por sua transitoriedade: a que não é permanente: aquela que se sabe ter um fim próximo. Em suma. a que é passageira.

São exemplos de necessidades temporárias cujo atendimento pode ser conseguido com esses contratados: a restauração do sistema viário e dos serviços de comunicações destruídos por uma inundação: a continuidade dos serviços de magistério em razão do afastamento súbito e prolongado do professor titular: a vacinação emergencial da população em razão de um surto epidêmico imprevisível: o recenseamento e outros levantamentos estatísticos: a melhoria do serviço público tornado de baixa qualidade pela falta de servidores e a sua continuidade em razão de greve.

7. Este é regido pela Lei federal n. 8.666/93. chamada de Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

150

A necessidade a ser atendida, além de temporária, há de ser de excepcional interesse público. Este não há de ser relevantíssimo, mas tão-só revelador de uma situação de exceção, de excepcionalidade, que pode ou não estar ligado à imperiosidade de um atendimento urgente. Por certo, não precisa, nem a Constituição Federal exige, que haja a necessidade de um atendimento urgente para legitimar a contratação. Basta a transitoriedade da situação e o excepcional interesse público. Mas, ainda, não é tudo. Tem-se de demonstrar a impossibilidade do atendimento com os recursos humanos de que dispõe a Administração Pública ou, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime constitucional, cit., p. 63). “cumpra que tal contratação seja indispensável: Vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes”. Assim, a contratação de um professor para, numa faculdade mantida por uma autarquia, ministrar aulas enquanto aguarda-se o concurso para a admissão do titular é legítima, dado que se trata de contratação temporária, por prazo certo ou determinado, para atender a situação (vaga no corpo docente) de excepcional interesse público. O mesmo se pode afirmar em relação às contratações ajustadas para a satisfação das demais situações antes enumeradas. O que não nos parece possível é o aproveitamento dessa faculdade para o atendimento de situações novas, tal qual a instituição e exploração de um serviço público ou a ampliação do já existente, vez que uma e outra decorrem de metas perfeitamente avaliadas a tempo, que inclusive permite a promoção do competente concurso para a admissão dos servidores necessários à execução. Mas se

todo esse cuidado não for observado, deve-se promover a contratação temporária e, simultaneamente, instaurar processo administrativo para apurar os responsáveis pela negligência.

O inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, criador dos agentes temporários, exige que a contratação seja por tempo determinado, isto é, por prazo suficiente para pôr fim à situação transitória que lhe deu causa. Assim, a Administração Pública que demanda essa espécie de agente público deve estimar o mais precisamente possível esse tempo e grafá-lo no ajuste. Não pode haver contrato para tal fim sem prazo ou por prazo indeterminado ou, ainda, com cláusula que atribua à Administração Pública contratante a competência para dizer quando está extinto o ajuste. Por isso entende-se não caber prorrogação ou renovação desse ajuste, salvo em razão de fatos ocorridos posteriormente e devidamente justificados. A Lei federal n. 8.745/93 permite, em alguns casos, a prorrogação desses contratos.

151

A lei a que se refere o preceptivo é da entidade responsável pela correção da situação de anormalidade. Será, portanto, federal, estadual, distrital ou municipal, conforme seja a situação de competência da União, do Estado-Membro, do Distrito Federal ou do Município, em vista da autonomia que têm na organização e prestação dos respectivos serviços de suas competências. Ademais, nada leva a crer que sena lei federal. É lei de iniciativa concorrente, isto é, seu processo de formação tanto cabe ao Chefe do Poder Executivo como a qualquer membro do Legislativo. Uma vez editada, regulará as contratações do Executivo, tanto quanto do Legislativo. Destarte, não cabe pensar em uma lei para cada uma dessas entidades. Seu quoruni de aprovação e o número de turnos de votação são os indicados no Regimento Interno da Casa de Lei que deve apreciá-la. Não há prazo para ser editada. A sua falta não é óbice a tal tipo de contratação, pois de outro modo seria imaginar que a omissão legislativa pudesse impedir o Executivo de satisfazer o interesse público. Nesse sentido são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Regime constitucional*, cit., p. 63) e de Celso Ribeiro Bastos (*Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Revista dos Tribunais, v. 6, p. 167).

Para a contratação deve a Administração Pública promover a devida justificativa, com a correta descrição da situação de anormalidade e das razões que a tomam imprescindível e que caracterizam o excepcional interesse público. O descumprimento dessa obrigação pode levar à nulidade da contratação e à responsabilização da autoridade que a ensejou, por configurar inobservância ao inciso II do art. 37 da Constituição Federal, conforme preceituado no § 2 dessa regra. sem prejuízo da competente ação popular. que pode ser impetrada por qualquer cidadão, para ver extinta a contratação e compelida a autoridade responsável a compor os danos que seu comportamento causou ao erário público, consoante previsto no inciso I do art. 42 da Lei federal n. 4.717/65. A esse respeito assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que: “Contratação com base no inciso IX dependerá. certamente, de circunstanciada justificativa na qual se exponham os fatos objetivos e as razões que a fazem indeclinável. À falta disto. será nula. A violação destes condicionamentos a que se aludiu e que, parece-nos. são simples decorrências implícitas no rigor do dispositivo, acarretará as conseqüências previstas nojá aludido § 22 do art. 37, isto é: ‘nulidade do ato e punição da autoridade responsável, nos termos da lei’. Ainda. como é natural. ensinará a qualquer cidadão a propositura de ação popular (art. 59, LXXIII), para fulminação do contrato e condenação da autoridade responsável a ressarcir os cofres públicos pela despesa dele resultante” (Regime constitucional. cit., p. 64).

152

No prazo da contratação temporária, a Administração Pública contratante deve promover, se necessária, a elaboração de projeto de lei criando os cargos ou empregos satisfatórios ao desempenho da atividade administrativa e remetê-lo à apreciação da competente Casa de Leis e. uma vez transformado em lei, promover o indispensável concurso de ingresso. ou tomar esta última medida de imediato, quando tratar-se de atividade contínua ou perene submetida à sua cura. Se assim não for. deve respeitar o fim do contrato. aceitando sua automática extinção. Com um ou outro desses comportamentos evita, tanto aqui como lá. a “perpetuidade” da contratação temporária, que, diga-se, deve ser, sempre. considerada irregular. Para essas contratações tanto podem ser escolhidos brasileiros como estrangeiros.

Os agentes temporários, contratados pelo regime celetista. nas condições do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, salvo o que lhes for atribuído por lei específica.

cumprem seus contratos junto à Administração Pública, em termos de direitos e obrigações, consoante dispuser a Consolidação das Leis do Trabalho. e, no que respeita aos direitos previdenciários. o que dispuserem as leis pertinentes. A contratação desses agentes temporários, nas condições e para os fins assinalados no mencionado inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, não exige concurso. A contratação de temporários e essa modalidade de seleção de interessados em ingressar na Administração Pública para prestar seus serviços são absolutamente incompatíveis. Por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime constitucional. cit., p. 61) afirma “tratar-se de hipótese em que a contratação se faz sem concurso. dada a anomalia da situação”. Embora seja assim em termos lógicos e práticos, algumas leis vêm exigindo, como é o caso da referida Lei federal n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993 (com suas posteriores alterações), que dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, a realização de processo seletivo simplificado. Tal processo está sujeito a ampla divulgação inclusive pelo Diário Oficial da União (art. 32) Salvam-se desse processo seletivo e, obviamente, do concurso público, os casos em que a contratação for destinada a atender necessidades decorrentes de calamidade pública (art. 32, § 1) e a contratação de pessoal enquadrável nos incisos IV, V e VI, alíneas a, c, d, e e g, do art. 2, formalizada à vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional e análise do curriculum vitae (art. 32, § 2v).

Por fim, diga-se que a contratação temporária pode ser utilizada pelo Legislativo, pelo Judiciário, pelas Cortes de Contas e pelas entidades da Administração Pública indireta (sociedades de economia mista. empresas públicas e fundações privadas) para o atendimento, em tempo determinado, de necessidades temporárias de excepcional interesse público, desde

153

que sejam observados os condicionamentos próprios dela decorrentes e que foram versados neste tópico.

A Lei federal n. 8.745/93. com as alterações proporcionadas pela Lei n. 9.849. de 26 de outubro de 1999. não prescreve sobre que espécie jurídica se dará essa contratação. Para nós. será conforme o regime celetista. como já dissemos. O art. 2 dessa lei considera necessidade temporária de excepcional interesse público:

“I — assistência a situações de calamidade pública:

II — combate a surtos endêmicos:

III—realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE:

IV — admissão de professor substituto e professor visitante:

V — admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro:

VI — atividades:

a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia:

b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI:

c) de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI:

d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas:

e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações — CEPESC;

f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária. no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal. vegetal ou humana:

g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia — SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia — SIPAM’.

O art. 49 fixa os prazos de vigência das referidas contratações. Assim, serão: 1 — de seis meses, para as hipóteses dos incisos I e II do art. 2: II — de até vinte e quatro meses. para as hipóteses dos incisos III e VI. b e e. do art. 2: III — de doze meses, nos casos dos incisos IV e VI. c. d ef. do art. 2: IV — de até quatro anos, nos casos dos incisos V e VI do art. 2. Como regra esses prazos são improrrogáveis. No caso dos incisos III e VI. b. do art. 22. o prazo contratual poderá ser prorrogado desde que o prazo total não exceda de vinte e quatro meses (art. 42, § 12): nas hipóteses dos incisos V e VI. a. do art. 2. desde que o prazo total do contrato não ultrapasse quatro anos (art. 42, § 22). Nas hipóteses dos incisos IV e VI. e ef. do art. 22. os contratos poderão ser prorrogados pelo prazo de até doze meses (art. 49, § 32), Nos casos do inciso IV do art. 2. os contratos celebrados a partir de 30 de novembro de 1997 e vigentes em 30 de junho de 1998, poderão ter seu prazo estendido por até doze meses (art. 42, § 42), e no

caso do inciso VI, g. do art. 2, poderão ser prorrogados desde que o prazo total não ultrapasse

154

oito anos (art. 42, § 52) Por derradeiro. no caso do inciso VI. d. do art. 22.os contratos poderão ser prorrogados desde que o prazo total não ultrapasse vinte e quatro meses. salvo os contratos vigentes cuja validade se esgote no máximo até dezembro de 1999, para os quais o prazo total poderá ser de até trinta e seis meses. O art. 2 da mencionada Lei elenca outras hipóteses em que o contrato pode ser prorrogado.

O art. 52 condiciona tais contratações à existência de dotação orçamentária específica e mediante prévia autorização do Ministro de Estado do Planejamento. Orçamento e Gestão e do Ministro de Estado sob cuja supervisão encontrar-se o órgão ou entidade contratante, conforme estabelecido em regulamento. O art, 6 proíbe a contratação de servidores da Administração direta ou indireta da União. dos Estados. do Distrito Federal e dos Municípios e de suas subsidiárias e controladas. A única exceção a tal regra está indicada no § 1 desse dispositivo, ou seja, a contratação de professor substituto nas instituições federais de ensino, desde que o contratado não ocupe cargo efetivo, integrante das carreiras de magistério de que trata a Lei federal n. 7.596/87. e haja compatibilidade de horário. O § 2 diz que. sem prejuízo da nulidade do contrato. a infração do disposto neste artigo importará responsabilidade administrativa da autoridade contratante e do contratado. inclusive, se for o caso. solidariedade quanto à devolução dos valores pagos ao contratado. O art. 72 regula a fixação da remuneração dos contratados. O art. 92 enumera as vedações a que estão sujeitos os contratados, ou seja, receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato (I): ser nomeado ou designado. ainda que a título precário ou em substituição, para exercício de cargo em comissão ou função de confiança (II): ser novamente contratado. com fundamento nessa lei. antes de decorridos vinte e quatro meses de encerramento de seu contrato anterior. salvo a hipótese do inciso I do art. 2. mediante prévia autorização, conforme determina o art. 52 (III). O art. 12 disciplina a extinção do contrato.

3. Agentes de colaboração

31. Conceito

Os agentes de colaboração são pessoas físicas que prestam serviços à Administração Pública por vontade própria, por requisição ou com a sua concordância. São agentes que exercem, portanto, função pública, ainda que algumas vezes seja esporádico o exercício. Não ocupam cargo nem emprego público.

3.2. Espécies

Várias são as espécies de agentes que colaboram com a Administração Pública. A doutrina, como vimos, tem indicado: os que colaboram por vontade própria, os que colaboram compulsoriamente e os que colaboram com a concordância da Administração Pública, cujos conceitos e regimes são indicados nos parágrafos subseqüentes.

Os primeiros, colaboradores por vontade própria, são os que assumem validamente (RDA. 123:170) a gestão dos negócios públicos em momentos de emergência. de forma instantânea (prisão de um criminoso) ou duradoura (casos de guerra. em que as autoridades constituídas ou os agentes regulares abandonaram suas funções ou foram mortos ou presos pelo inimigo), para a salvaguarda dos interesses coletivos. São chamados pela doutrina de funcionários de fato. A assunção diz-se spon-te própria. Os serviços de distribuição de água domiciliar, os de saúde pública e os de segurança, por exemplo, são essenciais e, como tal, não podem sofrer solução de continuidade. Podem, pois. render, em casos de guerra, calamidade pública ou rebelião, ensejo a que alguém os assuma e os administre em prol da comunidade. em razão da ausência da autoridade competente. Tais agentes normalmente nada recebem pela colaboração que prestam. Entre esses agentes e a Administração Pública não há qualquer vínculo formal. Por essas razões tem-se entendido que o tempo de prestação desse serviço não é computado para qualquer efeito (RDA, 130:294). Respondem pelos seus atos, e. para fins penais, são considerados funcionários públicos.

Os segundos. colaboradores por compulsão, são os requisitados pela Administração Pública, que necessita, em dada circunstância, do seu concurso ou colaboração. Estes, ex vi legis, são forçados a desempenhar certa função ou a realizar um serviço. Desses agentes são exemplos os mesários (componentes das mesas receptoras de votos em dia de eleição). os escrutinadores (componentes das juntas apuradoras de votos), os jurados (componentes do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri) e os recrutados para o serviço militar obrigatório. Pela colaboração que prestam ao Estado. em princípio, nada recebem. Por isso são genericamente chamados de agentes de colaboração. Entre esses agentes e a Administração Pública que os requisita não há qualquer vínculo, salvo em relação aos recrutados para o serviço militar obrigatório. Subordinam-se à autoridade requisitante. a exemplo do Juiz eleitoral nos períodos de eleições. Pelos danos que causarem responde o Estado, ressalvado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa. Para fins penais, são havidos como funcionários públicos

(art. 327 do CP). O tempo da prestação desses serviços é contado para certos efeitos, a exemplo do necessário à aquisição da aposentadoria.

156

Os últimos colaboradores com a concordância da Administração Pública, são os que lhe prestam serviços ante sua expressa aquiescência. São os contratados e os delegados de função, ofício ou serviço público. Entre os contratados estão os que se vinculam à Administração Pública por um contrato de locação de serviço ou mediante um contrato administrativo. Exemplos desses agentes são os ajustados para a execução de uma escultura, para elaborar um parecer, executar uma obra ou prestar um serviço público. Neste último caso são chamados de concessionários, permissionários ou autorizatários. Entre os delegados de função ou ofício público estão os tabeliães, os juízes de paz, os titulares de serventias públicas não oficializadas, os diretores de faculdades particulares, os leiloeiros, os comissários de menores, os despachantes policiais e aduaneiros. Por fim, ainda entre os delegados de serviços públicos, estão as sociedades de economia mista, as empresas públicas criadas para a prestação de serviço público, a exemplo do serviço de transporte de passageiros por ônibus, trem ou avião, ainda que não sejam agentes públicos propriamente ditos.

Pela colaboração recebem segundo os termos e condições dos atos de delegação e dos contratos que os ligam à Administração Pública. Alguns nada recebem, como é o caso dos comissários de menores. Ainda, de acordo com esses instrumentos e a legislação pertinente, respondem pelos seus atos e comportamentos, cabendo ao Estado, no caso, por exemplo, dos delegados de serviço público, tão-só a responsabilidade subsidiária. Para fins penais respondem como funcionários públicos (art. 327 do CP), conforme a espécie de liame, o tempo de prestação desse serviço é contado para algum efeito, a exemplo da aposentadoria, se pessoa física.

4. Servidores governamentais

41. Conceito e característica

As pessoas que, sob um regime de dependência, ligam-se contratualmente às sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas, prestadoras ou não de serviços públicos, mediante uma relação de trabalho de natureza profissional e não eventual, constituem a espécie dos agentes públicos chamada servidores governamentais. São caracterizados pela profissionalidade, pela dependência do

relacionamento, pela perenidade e pela natureza celetista do vínculo que mantêm com essas

157

entidades. Com tais características podem existir servidores na Administração direta, autárquica e fundacional pública, sem que possam ser considerados servidores governamentais, dado não se vincularem a qualquer das citadas entidades. Esses são chamados de empregados públicos. Os servidores governamentais são, em suma, os empregados das empresas privadas criadas pela Administração Pública direta de qualquer nível de governo.

4.2. Regime jurídico

Tais servidores celebram com as empresas governamentais um contrato laboral, regido, substancialmente, pela Consolidação das Leis do Trabalho. Tal regime é uma decorrência normal da natureza privada dessas pessoas (art. 59, II, III e IV, do Dec.-Lei federal n. 200/67) e uma imposição do art. 173, § 1.º, II, da Constituição Federal, ao qual se agregam, em razão da origem que têm e aporte de recursos públicos para sua constituição, limitações de ordem administrativa, reveladoras do interesse público que devem perseguir. Assim, a vinculação obedece às normas celetistas, às administrativas e às constitucionais, que prescrevem, por exemplo, a obrigatoriedade do concurso para ingresso e a necessidade de qualquer desligamento estar fundado no interesse público devidamente demonstrado. Essas ingerências administrativas não descaracterizam o regime celetista. A formalização desse contrato efetiva-se com as anotações feitas pela empresa governamental na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado.

4.3. Emprego, quadro e carreira

O servidor governamental, por via de regra, ocupa, nas sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas, emprego. Emprego é o centro de encargos para ser ocupado por servidor contratado pelo regime celetista. À semelhança do que ocorre com os cargos públicos, os empregos podem estar, ou não, dispostos em quadro de carreira. Como, aliás, permite o § 22 do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho. No primeiro caso diz-se emprego de carreira; no segundo diz-se emprego isolado, cujos conceitos exigem prévia noção do que seja classe e carreira. Classe é o agrupamento de empregos da mesma profissão ou atividade e de igual padrão de remuneração. Carreira é o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividades, dispostas hierarquicamente de acordo com o grau de dificuldade das atribuições e nível de responsabilidade. Ao conjunto de empregos chamamos quadro.

158

Os empregos, as classes e as carreiras são criadas e reguladas mediante atos da diretoria da entidade governamental. Não há. Assim, necessidade de lei para essas finalidades.

4.4. Ingresso

Não obstante o regime celetista a que se sujeitam esses servidores, o ingresso nas empresas governamentais faz-se mediante concurso público de provas ou de provas e títulos. Esse certame competitivo é indispensável pois o inciso II do art. 37 da Lei Maior federal impõe tal procedimento para a titularização de cargo, emprego ou função. Não há. Assim, qualquer distinção.

4.5. Direitos e obrigações

Porque submetidos ao regime celetário, os servidores governamentais fazem jus aos direitos assegurados pelo vínculo assim instituído e regulado. Tal regime também regula suas obrigações. São, assim, uns e outros os consubstanciados na Consolidação das Leis do Trabalho. Por outro lado, a Lei Maior, no art. 72, elencou inúmeros direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, aplicáveis, portanto, aos servidores governamentais, verdadeiros trabalhadores urbanos. Assim, entre outros, são-lhes aplicáveis: a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (I); o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (II); o fundo de garantia do tempo de serviço (III); o salário mínimo, fixado em lei e nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, vedada sua vinculação para qualquer fim (IV); a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (VI); o décimo terceiro salário (VIII); o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais que o salário normal (XVII); a aposentadoria (XXIV); a proteção em face da automação (XXVII). Se a entidade for prestadora de serviço público, seus servidores não têm direito à celebração de acordos e convenções coletivas, conforme já decidiu o TST (enunciado n. 4.362)'. Ao contrário, se forem interventoras na atividade econômica, seus

8. Valentin Carnon. Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho. São Paulo. Saraiva.

1995. p. 623.

159

empregados têm direito à celebração de acordos e convenções coletivas. Como retribuição pelos serviços prestados recebem salário, segundo o indicado no art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O regime previdenciário que os assiste é o do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. fusão do IAPAS e do INPS. autarquia federal com atribuições e finalidades específicas. Não são. Assim, colhidos pelo art. 40 da Constituição Federal. De sorte que na inatividade vão receber proventos em conformidade com as regras ditadas para todo e qualquer trabalhador comum.

4.6. Extinção do vínculo

A extinção do vínculo que mantêm com as mencionadas entidades governamentais dá-se nos termos e condições estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho⁹, não militando a seu favor as vantagens da estabilidade. que é reconhecida aos servidores públicos. Não obstante seja Assim, não podem ser livremente dispensados. ou desligados ao nuto dos dirigentes dessas organizações. Somente podem ser dispensados se a motivar o desligamento existir uma razão de interesse público, cuja apuração exige procedimento regular em que o direito de ampla defesa deve ser de todo assegurado e exercitado. Aliás, como trabalhadores, têm sua “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa” (art. 7. 1. da CF). sem que tal garantia signifique, após três anos de contrato. estabilidade. como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime Constitucional. cit., p. 53). Embora seja Assim, o TST, por mais de uma vez, considerou a regra consubstanciada nesse inciso como norma não auto-aplicável¹⁰. Nesses casos devem ser pagas apenas as parcelas reparatórias”.

5. Servidores públicos

5.1. Conceito

Depreende-se do disposto. notadamente nos arts. 37 a 41 da Constituição Federal, que existe uma gama de pessoas físicas que se ligam, sob regime

9. Veja art. 487 usque 491 da CLT.

10. Veja nesse sentido as decisões do TST: RR 46.596-PA. Di. 1. 18 dez. 1992. e RR

58.181-SP.DJ. 1. 1ju1. 1994.

11. Nesse sentido veja, do TST. a decisão RR 58.181-SP. Di. 1. 1ju1. 1994.

160

de dependência. à Administração Pública direta. indireta, autárquica e fundacional pública, mediante uma relação de trabalho de natureza profissional e perene para lhes

prestar serviços. São os servidores públicos. Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime constitucional. cit., p. 9) define-os como “todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho. de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência”.

5.2. Características

Os servidores públicos são caracterizados pela profissionalidade (prestam serviços à Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública como profissionais), pela dependência do relacionamento (as entidades a que se vinculam prescrevem seus comportamentos nos mínimos detalhes. não lhes permitindo qualquer autonomia) e pela perenidade (não-eventualidade) da relação de trabalho que ajustaram com as referidas entidades. Não importa. então. o regime, estatutário ou celetista, pelo qual se vinculam à Administração Pública direta. autárquica e fundacional pública, se a relação de trabalho é marcada por essas notas. Todos são “servidores públicos”. A expressão designa os que prestam serviço sob o regime estatutário e os que executam serviço segundo o regime celetista para a União (Executivo. Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas). Estado-Membro (Executivo, Legislativo, Judiciário. Tribunal de Contas). Distrito Federal (Executivo. Legislativo. Judiciário. Tribunal de Contas). Município (Executivo, Legislativo e, onde houver. Tribunal de Contas). autarquia e fundação pública. A expressão é de conteúdo amplo, abrigando, portanto, os titulares de cargo, função ou emprego público.

5.3. Espécies

Os servidores públicos, conforme definidos e caracterizados nos itens anteriores, compreendem os servidores estatutários e os servidores celetistas. Em quadro sinótico, assim são contemplados:

Servidores públicos

1. Servidores estatutários
2. Servidores celetistas

Servidores estatutários são os que se vinculam à Administração Pública direta. autárquica e fundacional pública mediante um liame de natu

161

reza institucional, O regime, portanto, é o de cargo público. Esses agentes também são chamados de servidores civis ou funcionários públicos. Servidores celetistas são os que se ligam à Administração Pública direta. autárquica e fundacional pública por um vínculo de natureza contratual, O regime. por conseguinte, é de emprego público,

regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Na esfera federal a Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração direta, autárquica e fundacional. A possibilidade de escolha de um ou de outro desses regimes, ou mesmo a sua simultaneidade, decorre da total mudança da redação do art. 39 da Constituição Federal¹. Essa nova redação, por não mais se referir a regime jurídico único, acabou por permitir a escolha entre o regime estatutário, já que menciona cargo público, e o regime celetista, já que fala em emprego público. Esse dispositivo não veda que o regime seja misto, facultando, portanto, a convivência desses dois regimes para a vinculação dos servidores públicos às entidades da Administração direta, autárquica e fundacional pública³. Trata-se, desse modo, de uma opção político-administrativa do ente federado, que poderá optar pelo regime estatutário, celetista ou misto.

5.4. Competência organizacional

Como de há muito ocorria, a União, os Estados-Membros, os Municípios e, agora, também o Distrito Federal, como corolário da autonomia que lhes é assegurada pelo art. 18 da Constituição da República, podem dispor sobre a organização de seus servidores de modo muito abrangente, mediante as respectivas leis federal, estadual, distrital e municipal, quando escolherem o regime institucional ou estatutário para a eles se ligarem. Assim,

12. O STF em recente decisão considerou inconstitucional a redação do art. 39 da Constituição Federal, conforme a redação que lhe atribuiu a EC n. 19/98. Como a declaração de inconstitucionalidade retroage à data dessa emenda, deve-se considerar como se a mencionada alteração redacional nunca tivesse existido, de sorte que continua, pelo menos até decisão de mérito dessa Corte, o regime jurídico único para os servidores públicos. Até essa decisão continuaremos a defender a possibilidade de conviverem os dois regimes e de escolha de um deles.

13. Em São Bernardo do Campo, a Lei municipal n. 4.172/94 instituiu, como regime jurídico único para os servidores em geral, o estatutário, e a Lei n. 6.184/99, ao criar a Guarda Municipal de São Bernardo do Campo, adotou para o seu quadro de pessoal o regime celetista, o que mostra a possibilidade de conviverem, simultaneamente, os dois regimes de pessoal.

162

cabe-lhes regular, no que respeita a seus servidores estatutários, a admissão, a promoção, os direitos, os deveres, a ação e o procedimento disciplinar, as penas cabíveis

e a extinção do vínculo. Cada uma dessas entidades é. Assim, autônoma para organizar seu pessoal. ou. como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (Apontamentos. cit., p. 41). “cada uma dessas pessoas políticas legisla para si. fixando as regras que melhor lhes pareçam para a organização e disciplina de atividade funcional de seus agentes”. Nesse particular. só encontram limites na Constituição Federal. Não se está. evidentemente. negando a aplicabilidade das normas e princípios constitucionais. obrigatoriamente observáveis por ditas pessoas políticas. Negamos. isto sim. qualquer ingerência de leis de entidade federada maior sobre pessoa política menor na organização de seu pessoal. Nem mesmo a Constituição estadual pode. nessa área, prever regra obrigatória para o Município. por exemplo. As normas federais, por exemplo, não alcançam os servidores estaduais. distritais e municipais. salvo quando tratar-se de norma de caráter nacional (é a lei federal que vigora em todo o território brasileiro. submetendo todos às suas disposições. como é a Lei Geral das Desapropriações). a exemplo das que dispõem sobre crimes funcionais(arts. 312 a 327 do CP). requisição para o serviço eleitoral (art. 30. XIV. do CE). acidente do trabalho (Lei federal n. 6.338/76) e seguridade social (art. 22. XXIII. da CF). embora se possa afirmar que nesses casos a União não está dispondo sobre regime jurídico de servidor estadual. distrital ou municipal ainda que os servidores dessas entidades estejam submetidos a essas leis. mas disciplinando outras matérias.

A competência do Estado-Membro e do Distrito Federal para organizar o seu pessoal é ampla. devendo o seu exercício observar os princípios estabelecidos na Constituição Federal. as disposições das respectivas Constituições e as normas nacionais relativas a servidores. Assim, nenhuma lei federal editada para organizar os servidores federais é aplicável aos servidores públicos estaduais. distritais e municipais. Em relação ao Município. ocorre o mesmo. Este. atendidas as disposições constitucionais federais. as normas nacionais e as de sua Lei Orgânica, tem liberdade para organizar seu pessoal. segundo o interesse local’. De sorte que pode elaborar a lei de seus servidores sem qualquer ingerência das demais esferas de governo. Nem mesmo a Constituição do Estado pode intervir no teor dessa regulamentação. Embora seja Assim, não nos parece constitucional a ampliação. mediante lei estadual. distrital ou municipal. de direitos concedidos pela

14. Sobre interesse local. veja o n. IV do Capítulo VII.

Constituição da República (aposentadoria compulsória ao homem ao atingir sessenta e cinco anos) ou a sua extensão a quem não fora constitucionalmente beneficiado (estabilidade a celetista ou a titular de cargo de provimento em comissão), dado o caráter exaustivo do rol dos beneficiados por esses direitos ou de seu próprio conteúdo. Essa também é a inteligência de Adilson Abreu Daliari (Regime constitucional, cit., p. 26). ao afirmar: “Com efeito, também nos parece que ampliar um direito concedido pela Constituição ou estendê-lo a quem não era por ele beneficiado, implica vulnerar um equilíbrio entre o servidor e a Administração, que a Constituição pretendeu estabelecer”. Esse entendimento, observe-se, não veda que a entidade política crie para seus servidores direitos e vantagens em benefício desses agentes e do interesse público. Assim, não há qualquer restrição para a instituição de licença-prêmio e vantagens pecuniárias (adicionais e gratificações), por exemplo, salvo se o regime remuneratório for o de subsídio.

Também assiste-lhes a competência para cuidar, com menor amplitude, da organização dos servidores celetistas, aditando em alguns aspectos (concurso de ingresso, plano de carreira) o vínculo celetista que se instaurará entre ditos servidores e as referidas entidades públicas. Por certo, a União, a quem cabe legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22 da CF), age com mais desenvoltura, na última hipótese, que as demais entidades federadas. A Lei federal n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, acolhe o sistema celetista para disciplinar o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional. Essa lei deixa entrever que doravante a admissão de pessoal será promovida somente pelo regime celetista. O ingresso será mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo o contrato de trabalho por prazo indeterminado. A rescisão desse contrato por ato unilateral da Administração Pública federal só poderá ocorrer nas hipóteses do seu art. 3. Essa lei também prevê que leis específicas disporão sobre a criação de empregos públicos no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos públicos. E lei só aplicável na esfera federal.

5.5. Princípios constitucionais aplicáveis aos servidores⁵

A Constituição Federal, em vários de seus dispositivos, estabelece direitos e obrigações para a generalidade dos servidores públicos dos

15 Sobre esses princípios, veja Cármen Lúcia Antunes Rocha. Princípios constitucionais dos servidores. São Paulo. Saraiva. 1999.

diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) das diversas esferas de governo (federal, estadual-distrital e municipal), pertencentes à Administração direta, autárquica e fundacional pública.

Referem-se, Assim, a servidores que ocupam cargo, emprego ou função, segundo um regime estatutário ou celetista. Desses dispositivos merecem ser estudados nesta oportunidade os correspondentes aos arts. 37 e 38, já que os especificamente relacionados com os servidores governamentais foram anteriormente analisados⁶ e os pertinentes aos militares serão examinados em outro momento⁷.

5.5.1. Acessibilidade a cargos, empregos e funções

O inciso I do art. 37 da Constituição Federal estatui que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e aos estrangeiros na forma da lei. O dispositivo em apreço deixa claro que não só os brasileiros, mas os estrangeiros também, podem ascender a cargos, empregos e funções públicas, e, como não há qualquer restrição, entende-se que tanto os natos como os naturalizados têm esse direito, embora essa generalização não seja mais necessária, pois os estrangeiros gozam de idêntico direito. Assim, resta incontroverso que estrangeiros, desde a vigência da EC n. 19, têm, em qualquer esfera governamental, possibilidade de titularizar cargo, emprego ou função pública. Os portugueses com residência permanente em nosso país, se houvesse reciprocidade em favor dos brasileiros (art. 12, II, e § 1 da CF) já podiam titularizar cargo, função ou emprego público. As universidades, desde o advento da EC n. 11 de 1996, podiam admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros. Não há, portanto, qualquer restrição à acessibilidade a cargos, empregos e funções, nas Administrações direta ou indireta, de estrangeiros. A admissão de estrangeiros depende da existência da lei mencionada no inciso I do art. 37 da Lei Maior Federal. Somente com o advento dessa lei e nos termos e condições por ela fixados essa admissão será possível.

Para o acesso a cargo, emprego ou função não basta ser brasileiro ou estrangeiro. O interessado há, ainda, que satisfazer aos requisitos estabelecidos em lei, consoante reza dito inciso. A lei responsável pela instituição desses requisitos é a da entidade política titular do cargo, emprego ou função pública que se deseja preencher, dada a autonomia que se lhes assegura nessa matéria. Um desses requisitos é, sem dúvida, lograr aprovação e

16 Veja o n. 2 deste item.

17. Veja o n. 5.7 deste item.

165

classificação em concurso público de provas ou de provas e títulos. O processo de institucionalização dessa lei, em relação ao Executivo, é de iniciativa exclusiva do Chefe desse Poder (art. 61. § 1. II. e. da CF). No caso do Judiciário e do Ministério Público, é da iniciativa, respectivamente, dos Tribunais Superiores (art. 96. 1. b. e II. b. da CF) e do Ministério Público (art. 127, § 2. da CF). No caso do Legislativo, a iniciativa do processo de criação de resolução, não lei, para essa finalidade é exclusiva do Chefe desse Poder (arts. 51. IV. e 52. XIII. da CF). O quorum de deliberação e os turnos de votação para a institucionalização dessas leis e resoluções são os constantes no Regimento Interno da Casa de Leis competente.

5.5.2. Ingresso no quadro

O ingresso no quadro de pessoal da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública é direito de brasileiros e estrangeiros, conforme assegurado pela Constituição Federal (art. 37. 1). desde que, como vimos, preencham os requisitos indicados em lei ou resolução. Isto significa que nem todos os brasileiros e estrangeiros podem ou devem integrar esse quadro. Ademais, em razão da idade (maior de setenta anos ou menor de quatorze), o ingresso está vedado. Não se infira dessa afirmação que é permitida a fixação de um limite de idade como requisito para inscrição em concurso ou ingresso no serviço público. Nesse sentido, confira acórdão do TRF da 2ª Região, proferido no Mandado de Segurança n. 90.02.14805-4- RJ (DJU. 2 ago. 1992)¹⁸. Ressalte-se dessa regra, por evidente, a fixação de limite de idade em razão de interesse público devidamente demonstrado (idade máxima para ingresso na carreira de delegado de polícia). como vêm entendendo as nossas Cortes de Justiça⁹. Assim, para a legalidade do ingresso nos quadros da Administração Pública deverão estar plenamente atendidos os requisitos exigidos em lei ou resolução, conforme o ingresso seja no Executivo e Judiciário ou no Legislativo, respectivamente. O exame da legalidade dos atos de admissão, no âmbito da Administração Federal (direta, indireta e fundacional), salvo as nomeações para cargo de provimento em comissão, cabe ao Tribunal de Contas da União (art. 71. III. da CF). Para o Estado de São Paulo e Municípios paulistas, o Tribunal de Contas, para essa finalidade, editou a Resolução n. 2/92, que aprovou a Instrução n. 1/92. As decisões dessas cortes de contas não são definitivas, podendo ser discutidas perante o Poder Judiciário.

18. Nessa linha de inteligência confira, ainda, o acórdão do STJ: RE 10.455-O-MG. DJU. 25 maio 1992.

19. Confira o Acórdão do STJ: ROMS 5.031-RS. Di. 1. 8 maio 1995. e RT. 715:265.

166

Nos termos do inciso II do art. 37 da Constituição Federal duas são as formas que permitem o ingresso de brasileiros e estrangeiros nos quadros da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública de qualquer dos níveis de governo: o concurso público e a livre nomeação.

5.5.2.1. Concurso público

É o procedimento posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, autárquica e fundacional pública de qualquer nível de governo. para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade². Não é, assim, procedimento de simples habilitação (todos os que lograrem ultrapassar certo mínimo são considerados aptos ou habilitados), como é a concessão da Carteira Nacional de Habilitação. É um processo competitivo, em que os cargos são disputados pelos vários candidatos. Os cargos hão de estar sem os respectivos titulares ou em estado de vacância. De sorte que o concurso somente pode ser aberto se existir cargo vago, pois só a necessidade do preenchimento do cargo justifica esse certame. Se não existir cargo vago e se se deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, deve-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso. Esse também é o entendimento de Adilson Abreu Dallari (Regime constitucional. cit.. p. 40). ao asseverar: “Fique perfeitamente claro que não é lícito o ingresso de pessoal na administração direta e indireta, em caráter permanente. sem a prévia criação do cargo ou emprego’.

O concursando deve demonstrar suficiência. estar entre os classificados e em correspondência com as vagas abertas. Só assim estará em condições de ser nomeado e apenas isso. Nenhum direito subjetivo tem à nomeação, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial. Não obstante o referido princípio da competitividade, não se anula o concurso se somente um candidato dele participa e logra aprovação. Pelo concurso afastam-se os inábeis e os indicados por figuras proeminentes do mundo administrativo. social e político. e prestigiam-se os mais aptos à satisfação dos interesses da Administração Pública. Pelo concurso concretiza-se o princípio da igualdade. De sorte que não se pode outorgar vantagens a quem quer que seja. sob pena de violação desse princípio, salvo se a própria Lei Maior o

20. Desde a antiguidade a seleção do pessoal para prestar serviço ao Estado sempre foi preocupação das autoridades públicas, variando com o passar do tempo os modos dessa seleção. Os mais conhecidos meios de seleção que existiram, segundo José Cretella Júnior (Curso. cit.. p. 506). são: sorteio. compra e venda, herança. arrendamento. nomeação, eleição e concurso. V. RT. 716:37.

167

permitir. como ocorre com o § 12 do art. 19 do ADCT da Constituição Federal. Por essa regra. os estabilizados nos termos desse artigo ao se submeterem a concurso público terão os respectivos tempos de serviço contados como títulos.

Observe-se, ainda, que a Constituição não se satisfaz com um concurso. Exige concurso público. Este é o que permite a participação de qualquer interessado que atenda às condições da lei e do edital. Até mesmo o concurso referido no § 12 do art. 19 do ADCT da Constituição Federal é público. pois só assim serão prestigiados os princípios da igualdade e moralidade administrativa. O concurso restrito ou interno só é constitucional quando utilizado para a elevação de servidores na carreira (promoção ou acesso), conforme exigido por lei.

E obrigatório para a seleção dos servidores da Administração Pública direta (União. Estado-Membro. Distrito Federal e Município) e indireta (autarquia. fundação pública, sociedade de economia mista. empresa pública e fundação privada), dada a abrangência do caput do art. 37 da Constituição Federal. Ademais, é imprescindível para a investidura em cargo. emprego ou função pública, embora o inciso II desse artigo não se refira a função pública. Não obstante ser a admissão mediante concurso público a regra. a Constituição Federal, em algumas hipóteses, permite o ingresso de servidores, na Administração direta e indireta, sem esse prévio procedimento de seleção. Com efeito, o concurso público é dispensado para: a) provimento de cargos. empregos ou funções em comissão. ainda que o inciso II do art. 37 da Lei Maior só mencione “cargo em comissão”: b) contratação de agentes temporários (art. 37. IX. da CF): e) aproveitamento de ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial (art. 53. 1. do ADCT da CF): d) contratação nos termos da locação civil de serviços: e) nomeação de titulares de determinados cargos situados em outro Poder, a exemplo dos Ministros do STF (art. 101, parágrafo único, da CF);f contratação nos termos da legislação federal sobre licitações e contratos administrativos. Fora dessas hipóteses o concurso é obrigatório. Nem a lei pode dispensá-lo, consoante já decidiu o STF (RDA. 93:99).

A obrigatoriedade do concurso público é para todos os casos de investidura em cargo, função ou emprego público, dado que a Constituição Federal vigente, no inciso II do art. 37, não mais se refere à primeira investidura²¹. Dessa regra, ficam ressalvados os casos de investidura por promoção, onde apenas é exigido o concurso interno para assegurar a isonomia, conforme ensina Adilson Abreu Dallari (Regime constitucional).

21. Nesse sentido, veja ‘. Acórdão do STF (RT. 711:235).

168

cit., p. 38). Não é exigível, em absoluto, o concurso, público ou interno, nos casos de reintegração (retorno do servidor, com todos os direitos e vantagens, pois fora desligado ilegalmente), dado que se trata de restaurar direito ofendido. Ademais, o concurso, no caso, será incompatível com tal forma de provimento, vez que outro poderia ser o vencedor do concurso, não o reintegrando.

O concurso, consoante o inciso II do art. 37 da Constituição Federal, há de ser de provas ou de provas e títulos, conforme regulado em lei ou disciplinado no edital. Não há, pois, outra opção, como existiu, no passado, a exemplo do concurso só de títulos. Atente-se que, para o magistério, o concurso de ingresso dos respectivos profissionais há de ser público e exclusivamente de provas e títulos (art. 206, V, da CF). Para essa finalidade não será constitucional o concurso de provas, ainda que público.

Uma vez realizado, o concurso público vale, no máximo, por dois anos, consoante previsão do inciso III do art. 37 da Constituição da República. Embora a Lei Maior não o diga, esse prazo conta-se da data da abertura do certame. Assim nos parece porque a Constituição Federal nada prescreveu quanto ao início do prazo de validade do concurso, e concurso somente se tem com o edital de sua abertura. Esse prazo pode ser um qualquer (3, 6, 18 ou 24 meses), conforme dispuser a lei, ou o edital, se ela for silente, já que a Lei Maior apenas fixou um prazo teto de validade. Não pode ser maior, mas pode ser menor. Se a lei for omissa e o edital silenciar a esse respeito, cremos que o prazo máximo de validade do concurso é de dois anos, não um outro que a entidade titular do cargo, emprego ou função que se está preenchendo entender ser o correto.

O dispositivo sub examine prevê a prorrogação, uma única vez, do prazo original de validade do concurso. E uma faculdade outorgada à Administração Pública responsável pelo concurso que, se utilizada em seu grau máximo, pode redundar numa validade de quatro anos (2 anos, na fixação original, mais 2, na prorrogação) para o concurso. A prorrogação só pode ser por prazo absolutamente igual ao originalmente estabelecido, visto que a Constituição Federal autoriza o elastério do prazo por igual

período. Igual período não pode ser outro, diferente (menor ou maior) daquele que fora fixado. Igual período, portanto, significa o mesmo que inicialmente fora estabelecido a título de validade do concurso; nunca os dois anos, fixados constitucionalmente, como limite máximo de validade, salvo se assim fora estabelecido inicialmente. Diga-se que se a lei nada dispuser e o edital do concurso for omissivo no que concerne à prorrogação, cremos estar ela vedada. Antes do advento da Lei federal n. 8.112/90 nada impedia que durante o prazo de validade de um concurso de ingresso no serviço público outro fosse aberto, levando a efeito e classificando os aprovados. O que não

169

se podia dentro desse prazo era nomear os classificados de um concurso posterior enquanto existissem concursados anteriores com direito à nomeação. Hoje, esse procedimento, que visava “ganhar tempo”, está vedado na esfera federal na medida em que o art. 12, § 22, desse diploma legal, estabelece que “não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado”. Esse dispositivo só impede a abertura de novo certame em relação aos cargos que foram seu objeto, não veda, portanto, a instauração de concurso de ingresso quando os cargos postos em disputa são outros. De sorte que, nessas hipóteses, ainda que haja um concurso vigente e candidatos com direito à nomeação, tratando-se de outros cargos, novo certame pode ser aberto. Certamente, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão nos respectivos estatutos funcionais dispor de modo diferente, pois não se submetem a essa lei.

5.5.2.2. Livre escolha

É o processo de ingresso no quadro de pessoal da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de pessoas físicas, independentemente de concurso. A autoridade competente para nomear escolhe, observados os requisitos legais, o futuro servidor. Por essa forma são preenchidos os cargos de provimento em comissão, declarados, por lei, de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). A escolha não é absolutamente livre como era antes, pois tais cargos deverão ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V, da CF). Tais cargos, nos termos desse inciso, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Dita lei será da competência de cada uma das entidades federadas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município). O número de deliberações e o quórum de aprovação serão os fixados no Regimento Interno da Casa de Leis competente.

5.5.3. Proibição de acumular

A regra é a titularização por alguém de um só cargo público. A mesma pessoa, em tese, não pode ocupar dois cargos públicos. Daí a proibição de acumular cargos públicos remunerados na organização central de qualquer dos níveis de governo, consoante prescrito pelo inciso XVI do art. 37 da Lei Maior Federal. Essa regra estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, estatui o inciso XVII desse mesmo dispositivo constitucional. A regra da não-acumulação foi instituída pela primeira vez em 1822, por decreto de José Bonifácio, para impedir que a mesma pessoa ocupasse

170

“mais de um ofício ou emprego” e por eles recebesse os correspondentes vencimentos, sem desempenhá-los a contento, no interesse da Administração Pública. Essas mesmas razões levaram os constituintes de 1988, a exemplo dos anteriores, a mantê-la na atual Constituição, conforme alterações introduzidas pela EC n. 19/98.

Embora a regra seja a não-acumulação de cargos, funções ou empregos públicos, a Constituição Federal elenca as exceções possíveis. De fato, combinando-se os incisos XVI e XVII do art. 37 da Lei Maior, pode-se dizer que a acumulação é possível se se tratar de dois cargos, empregos ou funções de professor, de um cargo, emprego ou função de professor e outro técnico ou científico, de dois cargos, empregos ou funções privativos de médico. Além dessas, a Constituição Federal permite a acumulação de um cargo de juiz com outro de professor (art. 95, parágrafo único, 1), de um cargo no Ministério Público e outro de professor (art. 128, § 52, II, d) e de dois cargos privativos de profissionais de saúde (não de médico, que já está permitido pelo art. 37, XVI, e, da CF) que à época da promulgação da Constituição Federal já eram ocupados, embora inconstitucionalmente, pelo mesmo servidor, isto é, acumuladamente (art. 17, § 22, do ADCT da CF). E caso de convalidação de cumulação antes proibida. Essas duas são transitórias, tendentes, portanto, a desaparecer com a vacância do cargo. Nas mesmas condições, o § 12 desse artigo transitório assegura o “exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta”. Com esse dispositivo a Constituição Federal convalidou a acumulação de um cargo de médico militar com outro cargo de médico, vedada no regime constitucional passado. Fora tais exceções não se tem como aceitar validamente a acumulação remunerada de cargos, funções ou

empregos públicos. Quando muito podem ser admitidas outras hipóteses. desde que não remuneradas e. ainda Assim, com muita parcimônia. pois pode ocorrer acumulação de autoridade incompatível com os princípios constitucionais, conforme ensina Lúcia Vaile Figueiredo (RDP. 63:63). Por fim. diga-se que só mediante alteração constitucional federal poder-se-á aumentar ou diminuir o elenco de hipóteses em que a acumulação de cargo. emprego ou função é permitida. As Constituições estaduais e a lei não podem dispor de modo diverso do regulado por essas regras.

Ademais. a acumulação é de. no máximo. dois cargos. funções ou empregos públicos ou de um cargo e um emprego. ou de um emprego e uma função ou de um cargo e uma função. A única acumulação tríplice parece estar consignada no § 1 do art. 17 do ADCT da Constituição Federal. em que se permite ao médico militar (servidor militar) ocupar dois outros cargos ou empregos de médico (servidor), observada a compatibilidade de horários. Atente-se que. em qualquer hipótese, para a constitucionalidade dessas acu

171

mulações há que haver compatibilidade de horários, isto é, os horários nem em parte podem sobrepor-se. como ocorre, por exemplo, nos períodos: diurno, das 8 às 18:30 horas, e noturno, das 18 às 22 horas, em que há superposição no horário das 18 às 18:30 horas. Nesse exemplo a acumulação é inconstitucional. Assim, a acumulação pode ocorrer quando o servidor ocupa cargos em entidades diversas (à noite, das 20 às 23 horas, é professor municipal: de dia. das 8 às 18 horas, é professor de autarquia estadual) ou na mesma entidade (à noite. das 20 às 23 horas. é professor: durante o dia. das 9 às 18 horas. exerce o cargo técnico de Secretário Municipal de Educação). A compatibilidade de horários há de ser inquestionável.

Observe-se que ainda há incompatibilidade de horários sempre que entre o término do horário de trabalho de um cargo. emprego ou função e o início de outro não houver tempo suficientemente grande para a locomoção de um para outro local de trabalho. Assim há incompatibilidade de horários se o término de um trabalho ocorre às 18 horas em São Bernardo do Campo e o início do outro acontece às 19 horas em Ribeirão Preto, dada a insuficiência de tempo para a locomoção de uma para outra sede da prestação dos serviços. Hoje não mais se exige a correlação de matérias (a matéria de um dos cargos havia de ser a mesma do outro. ou especialidade da outra. ou servir à outra ou pela outra ser servida, como ocorre com a física e a matemática, o direito e a sociologia).

Em qualquer hipótese em que a acumulação é permitida há de ser atendido o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, que estabelece: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos 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”. Para as situações novas essa regra não oferece qualquer preocupação, pois o somatório das acumulações permitidas está rigorosamente limitado por esse teto, sendo sua aplicação imediata. O mesmo não ocorre quando o somatório das acumulações permitidas já ultrapassava esse teto. Nesse caso, entendemos haver direito adquirido e a EC n. 19/ 98 não pode ofendê-lo, devendo, assim, continuar a ser pago.

O aposentado pode acumular provento e remuneração decorrente do exercício de cargo, emprego ou função titularizado após a aposentação? A resposta é negativa em face dos precisos termos do § 10 do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe: “É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração

172

de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração”. Esse dispositivo acabou com a discussão para saber se o aposentado, por não ocupar cargo, função ou emprego público, podia acumular proventos com vencimento.

E o licenciado para tratar de assunto particular? Este pode acumular? A resposta é afirmativa se se cuidar de entidades diferentes. Com efeito, esse servidor público, na situação de licenciado para tratar de assunto de interesse particular, ainda que se pudesse assegurar que acumula cargo, não acumula, certamente, remunerações. Será negativa, se o servidor licenciado vier a ocupar cargo na entidade da qual se licenciou. Não, evidentemente, porque acumula remunerações, mas porque tal situação afronta o princípio da moralidade administrativa.

Vimos que, pelo art. 37, XVI, b, da Constituição Federal, é permitida a acumulação de um cargo, função ou emprego público de professor com outro (cargo,

função ou emprego público). desde que técnico ou científico. Este, consoante estabelecia o revogado Decreto federal n. 35.956/54, era entendido como aquele que para o seu exercício exige a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior. Tratando dessa matéria, Joaquim Castro Aguiar (Regime jurídico dos funcionários municipais, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 11), em lição ainda válida, assegura que “De qualquer forma tem-se entendido que os cargos para cujo exercício se exija diploma de curso superior são considerados técnicos ou científicos para efeito de acumulação”.

Ao servidor que acumula irregularmente dois cargos, empregos ou funções deve ser concedido um prazo para a necessária desincompatibilização. Somente após esse prazo, se não ocorrer a desincompatibilização, cabe a competente medida restauradora da legalidade, consistente em desligar o servidor ao término de prévio processo administrativo, em que se lhe assegurou amplo direito de defesa e se concluiu pela ilegalidade da acumulação.

5.5.4. Retribuição

Não se presta serviço à Administração Pública sem uma retribuição pecuniária. A regra, portanto, é a retribuição, conforme indicam alguns incisos (IV, VI, VII) do art. 7 da Constituição Federal. aplicáveis aos servidores em geral. Tirante alguma situação especial, a legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e Fundações Públicas (art. 4), veda a prestação de serviços gratuitos. Assim, podem existir prestadores de serviços (os requisitados) ou exercentes de funções honoríficas que não são retribuídos pelos correspondentes serviços que desempenham. A retribuição tem natureza alimentar (RT, 698:224) e assim deve ser tratada, conforme fizemos no item 5.5.4.6, adiante.

173

5.5.4.1. Conceito

No que respeita à retribuição ou remuneração a que fazem jus os servidores públicos, a matéria está. substancialmente. regulada nos incisos X a XVI do art. 37. observado que alguns somente são aplicáveis aos servidores estatutários, a exemplo dos incisos X e XV. Retribuição é a contraprestação a que tem direito o servidor público por estar à disposição da Administração Pública ou de quem lhe faça as vezes prestando-lhe serviço. Assim, todos os servidores da Administração Pública direta (União. Estado-Membro. Distrito Federal e Município) e indireta (autarquias. sociedades de economia mista. empresas públicas e fundações públicas e privadas) têm direito a uma retribuição

a título de pagamento pelos serviços que prestam às entidades que compõem essas espécies de Administração. Somente alguns agentes públicos, em situação especialíssima, fogem a essa regra, como são, entre outros, os agentes honoríficos.

5.5.4.2. Espécies

Conforme o caso, substancialmente, duas são as espécies de retribuição a que o servidor público pode ter direito: a remuneração e o subsídio, cujos regimes correspondentes serão vistos no número seguinte. A remuneração é a contraprestação a que faz jus a maioria dos servidores públicos, enquanto o subsídio é a contraprestação devida aos servidores indicados pela Constituição Federal ou referidos pela lei. observado, neste caso, o que prescreve o § 8 do art. 39 dessa Lei Maior.

5.5.4.3. Vencimento, vencimentos, remuneração e subsídio

Os autores têm distinguido, nessa matéria, vencimento, vencimentos, remuneração e subsídio. Vencimento e vencimentos são expressões próprias do regime estatutário e sempre estão referidas a cargo. Vencimento tem acepção estrita e corresponde à retribuição pecuniária a que faz jus o servidor pelo efetivo exercício do cargo. E igual ao padrão ou valor-de-referência do cargo fixado em lei. Nesse sentido, a retribuição é sempre indicada por essa palavra (vencimento), grafada no singular. Vencimentos tem sentido lato e corresponde à retribuição pecuniária a que tem direito o servidor pelo efetivo exercício do cargo, acrescida pelas vantagens pecuniárias (adicionais e gratificações) que lhes são incidentes. Compreende o padrão e as vantagens pecuniárias: as do cargo ou as pessoais. Nesse sentido, a retribuição é sempre indicada pelo vocábulo em apreço, escrito no plural (vencimentos), muito embora essas regras não sejam absolutas. A Constituição Federal em nenhum momento utilizou a expressão “vencimento”, como aqui entendida. As vezes que a usou, o fez para indicar o transcurso de um prazo, como ocorre no art. 46 do ADCT. Na segunda acepção aparece no texto da Lei Maior em vários de seus dispo-

174

sitivos, a exemplo do art. 37. XII. A locução “remuneração” já não tem o seu antigo significado, ou seja, de retribuição composta por uma parte fixa, quase sempre igual a dois terços do padrão, e uma parte variável (quotas ou percentagens da sucumbência ou das multas arrecadadas) paga em razão da produtividade. Atualmente significa o somatório de todos os valores percebidos pelo servidor, quer sejam pecuniários, quer não. Assim, abrange o vencimento, as vantagens e as quotas de produtividade. Nesses termos, a palavra “remuneração” é comumente usada em lugar da

locução “vencimentos”. E empregada, com esse significado, em inúmeros dispositivos da Constituição Federal, a exemplo dos arts. 37. XI. e 38. II. A remuneração é a denominação dada à retribuição percebida pela maioria dos servidores públicos.

A EC n. 19/98 voltou a adotar, para remunerar os titulares de certos cargos, a modalidade subsídio, fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, consoante prevê o § 42 do art. 39 da Constituição Federal. São remunerados mediante subsídio, na dicção desse parágrafo, o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais. Calcados em outros dispositivos constitucionais esse elenco acaba por ser constituído pelos seguintes agentes públicos: Presidente, Vice e Ministros de Estado (art. 49. VIII). Governadores, Vices e Secretários Estaduais (art. 28, § 2). Governador e Vice do Distrito Federal (art. 39, § 42), Prefeitos, Vices e Secretários Municipais (art. 29. V). Senadores e Deputados Federais (art. 49. VII). Deputados Estaduais (art. 27, § 2). Deputados Distritais (art. 39, § 42), Vereadores (art. 29. VI). Ministros do STF (art. 48. XV). Ministros dos Tribunais Superiores (art. 96. II. b). Desembargadores e juízes (art. 96. II. b). membros do Ministério Público (art. 128, § 52.1. c). Advogados da União. Defensores Públicos. Procuradores do Estado e do Distrito Federal (art. 135)22. agentes militares (art. 144. § 92) Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 73, 32), Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 75 dc art. 73, § 32)23 e servidores organizados em carreira (art. 39, § 8).

22. Os procuradores municipais recebem remuneração, pois não foram submetidos ao regime de subsídio. Com efeito, o art. 135 da Lei Maior federal só faz referência aos servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções E (Advocacia-Geral da União) e ifi (Defensoria Pública) e o art. 132, inserido na primeira dessas seções, somente menciona procuradores estaduais e distritais. Sendo assim, resta evidente que os procuradores municipais não recebem subsídios.

23. O § 3 do art. 73 da Constituição Federal mantém a palavra ‘vencimentos’, sem no entanto obstar a fixação da retribuição dos Ministros do Tribunal de Contas da União na forma de subsídio e, por conseguinte, não obsta a fixação dos subsídios dos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A fixação ou alteração da retribuição, seja remuneração, seja subsídio, só será possível mediante lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso (art. 37. X). Lei específica é a que terá por objeto exclusivo a fixação ou a alteração da remuneração ou subsídio. Suas disposições, portanto, não poderão conter qualquer outra matéria. Ademais, a mesma lei não pode fixar, em alguns casos, e alterar, em outros, a retribuição a que faz jus o agente público. E lei da entidade política competente para fixar ou alterar a retribuição. Fixar é instituir a remuneração ou o subsídio e isso faz-se na criação do cargo, por exemplo. Alterar é modificar a remuneração ou o subsídio fixado. A lei é de iniciativa privativa: a) do Executivo (art. 61. § 1. II. a. da CF), quando se cuidar de servidores desse Poder, de suas autarquias e fundações públicas; b) do Judiciário (art. 96. II. b, da CF), quando se tratar de servidores desse Poder; c) do Legislativo quando se cuidar de servidores desse Poder (arts. 51, IV. e 52. XIII. da CF), d) do Procurador-Geral da República (art. 61. dc o art. 127, § 22. da CF), quando versar sobre servidores do Ministério Público Federal. Similarmente, aplica-se no âmbito do Estado-Membro, do Distrito Federal e do Município o que se descreveu em relação à esfera da União. Essa competência é indelegável e, ademais, seus titulares não podem renunciá-la. Sua aprovação depende do número de deliberações e do quorum estabelecidos pelo regimento interno de cada Legislativo.

Estabelece o inciso XI do art. 37, repetimos, que “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos 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”. Por força do § 92 desse artigo, dito teto aplica-se aos empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, se receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para pagamentos de despesas com pessoal ou de custeio em geral. Embora a literalidade do texto do inciso XI, acima transcrito, impeça que a remuneração ou o subsídio seja maior que o subsídio desses Ministros, resta certo que em determinadas situações pode haver sua superação. Com efeito, estabelece o § 39 do art. 39 da CF que serão aplicáveis aos servidores estatutários vários dos incisos do seu art. 72 como é o caso do pagamento de décimo terceiro salário (inciso VIII) e do pagamento do trabalho noturno

em valor superior ao do diurno (inciso JX). Sendo assim, é notória a inaplicabilidade do mencionado teto a essas situações. Como o § 32 do art. 39 manda aplicar os incisos do art. 79 por ele mencionados somente aos servidores ocupantes de cargos públicos, isto é, aos servidores estatutários, resta claro que essa possível superação do teto não é aplicável aos agentes políticos.

O art. 29 da EC n. 19/98 assevera que “Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites deconentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título”. Mediante essa regra quis o constituinte derivado ajustar às novas regras a situação dos agentes públicos que antes da promulgação dessa Emenda recebiam vencimentos, remuneração, proventos e quaisquer outras espécies remuneratórias além do teto por ela criado. Embora tenha sido essa a pretensão, cremos que o alcance dessa regra está restrito aos subsídios, remuneração, proventos das aposentadorias e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias percebidas ilegalmente, pois se auferidas legalmente, ainda que seu somatório seja superior ao mencionado teto, não podem ser reduzidas, vez que consubstanciam direito adquirido, intocável por emenda constitucional, submissa aos limites impostos pela Constituição da República.

5.5.4.5. Revisão geral

O inc. X do art. 37 da Constituição Federal, depois de prescrever que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 49 do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegura revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices. Restou, como direito subjetivo, garantida aos servidores, estatutários e celetistas da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública, e aos agentes políticos, a revisão anual, conforme o caso, da remuneração e dos subsídios desses agentes públicos. Apesar de sua abrangência, não alcança os servidores governamentais, encontráveis nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas criadas pela Administração Pública. Também não alcança os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas. Esses entes políticos deverão, observadas as regras constitucionais, promover a instituição de suas respectivas leis. Sendo Assim, é evidente que seus servidores nada poderão pleitear com base em seus dispositivos. A revisão geral distingue-se do

reajuste. Com efeito, ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha (Princípios constitucionais dos servidores públicos, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 323) que:

177

enquanto aquela implica examinar de novo o quantum da remuneração para adaptá-lo ao valor da moeda. esse importa em alterar o valor para ajustá-lo às condições ou ao custo de vida que se entende dever guardar correspondência com o ganho do agente público”.

A Lei federal n. 10.331. de 18 de dezembro de 2001. regulamentou. nesse particular. o mc. X do art. 37 da Lei Maior. De sorte que a revisão da remuneração e dos subsídios deverá ocorrer no mês de janeiro. sem distinção de índices (art. 12). O art. 22 fixa as condições: “1 autorização na lei de diretrizes orçamentárias: II — definição do índice em lei específica: III — previsão do montante da respectiva despesa e correspondentes fontes de custeio na lei orçamentária anual: IV — comprovação da disponibilidade financeira que configure capacidade de pagamento pelo governo. preservados os compromissos relativos a investimentos e despesas continuadas nas áreas prioritárias de interesse econômico e social: V — compatibilidade com a evolução nominal e real das remunerações no mercado de trabalho: e VI atendimento aos limites para despesa com pessoal de que tratam o art. 169 da Constituição e a Lei Complementar n.101. de 4 de maio de 2000”. Prescreve o art. 32 desse diploma legal que:

“Serão deduzidos da revisão os percentuais concedidos no exercício anterior. decorrentes de reorganização ou reestruturação de cargos e carreiras. criação e majoração de gratificações ou adicionais de todas as naturezas e espécie. adiantamentos ou qualquer outra vantagem inerente aos cargos ou empregos públicos”.

5.5.4.6. Irredutibilidade

Estabelece o inciso XV do art. 37. com a redação que lhe atribuiu a EC n. 19/98. que o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis. Significa que não há motivo capaz de justificar a redução dos valores percebidos pelos agentes públicos assim remunerados. Certamente, a regra só é válida quando a retribuição é fixada e percebida segundo as condições e termos da Constituição Federal e da lei. Com efeito, dessa irredutibilidade ressalvam-se o disposto nos incisos XI e XIV do art. 37 e o prescrito nos arts. 39, § 42, 150. II. 153. III. e 153, § 22. 1. De sorte que não está protegida pela irredutibilidade a remuneração fixada ou reajustada ilegalmente. Também não está protegida por essa garantia a retribuição: a)

corroída pela inflação. b) diminuída pela incidência de certos tributos, a exemplo do imposto de renda. c) que vinha sendo percebida em desacordo com os limites constitucionais fixados em 1988. consoante prescreve o art. 17 do ADCT. d) que traduz indenização, e) que caracteriza adicional em razão da prestação especial do serviço. Vê-se, assim, que

178

tal garantia é apenas jurídica, pois de fato ela pode ocorrer nessas situações. Observe-se, por fim, que a irredutibilidade não impede a prescrição da remuneração a que o servidor fez jus (RT. 286:271).

5.5.4.7. Pagamento

A remuneração do servidor deve ser paga na data previamente estabelecida, em dinheiro ou, como é o mais usual, mediante depósito em conta corrente bancária, entregando-se ao servidor, nesse caso, apenas o hollerith. Quando paga com qualquer atraso, deve ser monetariamente corrigida²⁴. Assim deve ser quando o pagamento é pleiteado na esfera administrativa ou determinado judicialmente, ou realizado de ofício. Nem poderia ser diferente dada sua natureza alimentar (RT. 698:224). Não pode ser retirada pela Administração Pública, não importando o motivo que a justificaria. Ademais, é insuscetível de arresto, seqüestro ou penhora, conforme consignado no art. 649, IV, do CPC, numa interpretação combinada com os arts. 821 e 823, também desse codex. As prestações alimentícias devidas pelo servidor são descontáveis em folha, conforme determinado pelo art. 734 do CPC.

E comum o desconto em folha de pagamento de valores devidos pelo servidor e correspondentes, entre outros, à previdência, ao imposto de renda, a pagamento indevidamente feito, a empréstimo, a gasto, desde que previsto em lei e nos montantes máximos previstos ou prévia e formalmente autorizados pelos servidor.

Prescreve em cinco anos o direito do servidor de pleitear a remuneração, consoante prescreve o Decreto federal n. 20.910/32. Por tratar-se de débito vencível mês a mês, a prescrição só alcança a remuneração anterior ao quinquênio²⁵ (RT. 299:286). A interrupção desse prazo só poderá ocorrer uma vez, por força do que estabelece o Decreto-lei federal n. 4.597/42. Suspende-se seu decurso pelo tempo que a Administração pública estiver analisando o pedido do servidor, conforme estabelece o Decreto federal n. 5.761/30.

5.5.5. Direito de greve

Esse direito era peremptoriamente vedado nas Constituições passadas. Hoje a Constituição Federal a esse respeito estabelece, no inciso VII do art. 37, que o “direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. E um avanço, embora distante de igual direito

24. V.RJTJSP. 118:110.

25. V. Antônio Cezar Peluso. Prescrição quinquenal e funcionalismo público. RT. 179

regulado em outros países. Segundo a sistematização de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais. 2. ed.. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1982, p. 73 e 92). a norma em apreço é de eficácia contida (a que tem aplicabilidade imediata, integral, plena, não obstante possa ter seu alcance reduzido pela legislação infraconstitucional²⁶). Essa lei ainda não foi editada. Não obstante isso, o direito de greve do servidor público é exercitável, ressalvadas, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas as necessidades inadiáveis da comunidade, identificadas segundo um critério de razoabilidade (Regime constitucional. cit., p. 77). Tais necessidades inadiáveis da comunidade não podem sofrer solução de continuidade, conforme se infere do disposto no § P do art. 92 da Constituição Federal. De fato, se até para os trabalhadores em geral o atendimento dessas necessidades é imposto pela Lei Maior, não seria crível que em relação aos servidores pudesse ser diferente e que todos os serviços fossem paralisáveis pela parede. Nesse sentido decidiu o STJ ao julgar o Recurso no Mandado de Segurança n. 2.677. Com efeito, nesse acórdão restou assentado que “o servidor público, independente da lei complementar, tem o direito público, subjetivo, constitucionalizado de declarar a greve. Na ausência de lei específica, tomar-se-ão para suprir a lacuna os princípios jurídicos e a legislação que disciplinar a matéria” (RDA, 193:154).

A lei específica referida nesse dispositivo constitucional é federal e, uma vez editada, será aplicável a todos os entes federados (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios). Nessa área, salvo a União, nenhum dos outros partícipes da Federação tem igual competência. Sua iniciativa é concorrente, pois cabe tanto ao Presidente da República como a qualquer membro do Congresso Nacional. Embora legítima a greve, o servidor que dela participa sofre o desconto correspondente aos dias efetivamente parados. Nesse sentido já decidiu o STJ, ao assentar, na ementa do acórdão proferido no Recurso em Mandado de Segurança n. 2.677, que, “não obstante a legalidade, incensurável o desconto dos dias parados. A consequência é a própria da

greve, nos Estados de Direito Democrático. Onus típico do movimento” (RDA. 193:154). O pagamento desses dias, como dias normais de trabalho, depende de negociação, como restou decidido nesse acórdão². Para facilitar a solução de problemas, especialmente na ordem administrativa, vigora desde 1995 o Decreto federal n. 1.480, de 3 de maio desse ano, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados em caso de paralisações dos serviços públicos federais, enquanto não regulado

26 Em sentido contrário, veja Acórdão do STJ na RDA. 194:107.

27. Veja, sobre greve, o o. 5.7.6. item VIII. do Capítulo V. e item XII do Capítulo VII.

180

o art. 37. inciso VII. da Constituição Federal. O art. 12 desse decreto estabelece que as faltas decorrentes de participação de servidor público federal, regido pela Lei n. 8.112/90, em movimento de paralisação de serviços públicos não poderão, em nenhuma hipótese, ser objeto de: “1 — abono: II — compensação: III — cômputo, para fins de contagem de tempo de serviço ou de qualquer vantagem que o tenha por base”. O art. 22 determina a exoneração ou a dispensa imediata dos ocupantes de cargos em comissão ou de funções gratificadas constantes da relação a que alude o artigo precedente.

5.5.6. Investidura em mandato eletivo

A Constituição Federal regula, nos cinco incisos do art. 38, o exercício de mandato eletivo por servidor público da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública em qualquer das esferas de governo. O exercício do mandato não implica a perda do cargo, função ou emprego público. Em tese, apenas causa, ao servidor, o seu afastamento do cargo, função ou emprego público. O afastamento é automático quando se tratar de mandato eletivo federal (Presidente e Vice-Presidente, Deputado Federal e Senadores), estadual ou distrital (Governador e Vice-Governador do Estado ou do Distrito Federal, Deputado Estadual ou Distrital), dado que é obrigatório, ante a dicção do inciso I do art. 38: “... ficará afastado de seu cargo, emprego ou função”. Independe de qualquer formalidade, como pedido do servidor ou declaração da entidade a que pertence. Embora seja Assim, para fins de registro em prontuário, é aconselhável uma comunicação epistolar, dirigida e entregue à autoridade competente, mediante protocolo, com a menção de que foi eleito para o mandato tal e que estará afastado do exercício de seu cargo, emprego ou função a partir da data da expedição do diploma até a extinção do mandato, ocasião em que deverá retomar ao serviço público para exercer as funções de seu cargo. Nada deve constar dessa comunicação no que

conceme à remuneração, pois o afastamento é com prejuízo de vencimento. Nesses casos não há que se falar em opção de remuneração.

O mesmo se pode dizer ainda que se trate de mandato de Prefeito, salvo quanto à remuneração. à data e à solenidade do afastamento. Quanto àquela. o servidor eleito pode optar: quanto à data do afastamento, conta-se da posse. pois o inciso II do art. 38 menciona “investido no mandato de Prefeito”. e isto significa ter sido empossado no cargo de Prefeito, estar no exercício do cargo de Prefeito, No que respeita à formalidade do afastamento. ela é necessária, dados os termos em que está vazado o referido inciso II, isto é, “será afastado do cargo. emprego ou função”. Não se trata. no caso. de afastamento automático. Deve, portanto, haver um ato nesse

181

sentido. Assim, são indispensáveis o pedido devidamente instruído (certidão da diplomação e da data da posse) e o seu deferimento. Este não pode ser negado. O afastamento no caso é direito subjetivo do servidor eleito. Se até a véspera não houver o deferimento, deve o servidor informar a autoridade competente que a partir da posse no cargo de Prefeito considerar-se-á afastado de seu cargo. emprego ou função e, assim, considerará regularizado o afastamento para todos os fins.

Tratando-se de servidor eleito para a vereança. uma das duas situações relacionadas com a compatibilidade de horário para o exercício simultâneo do mandato de Vereador e do cargo. emprego ou função pode acontecer: a) há compatibilidade de horários: b) não há compatibilidade de horários. Configurando-se a primeira situação. o servidor eleito exercerá o mandato de Vereador simultaneamente com o exercício do cargo. emprego ou função e perceberá cumulativamente a remuneração do cargo, emprego ou função e o subsídio. Verificando-se a segunda dessas situações, ficará afastado do cargo. emprego ou função, podendo optar pela remuneração ou pelo subsídio, consoante mais lhe aprouver. O afastamento, nesta hipótese. exige o pedido devidamente instruído (certidão da diplomação e da data da posse) e o competente deferimento. Este não pode ser negado, já que direito subjetivo do servidor eleito. Se até a posse isso não ocorrer. deve o servidor informar a autoridade competente que a partir desse momento considera-se afastado do exercício de seu cargo, emprego ou função e regularizado o afastamento para todos os fins. Deverá informar, ainda, sua opção remuneratória. A duração do mandato será contada para todos os efeitos legais, a exemplo da aposentadoria. disponibilidade, adicionais e licenças (art. 38. IV). Só não é considerado para a promoção por merecimento (art. 38, IV). Também não é considerado

se o desempenho do mandato de Vereador transcorreu simultaneamente com o exercício do cargo, função ou emprego público. Nesse caso, o tempo do exercício do cargo é contado normalmente, sem acumulação, pois, com o do desempenho do mandato. Por fim, diga-se que nos casos de afastamento os valores, para efeitos previdenciários, são determinados como se o servidor estivesse no exercício de seu cargo, função ou emprego público (art. 38, V).

5.5.7. Responsabilidade regressiva

Os agentes das pessoas jurídicas de direito público (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas) e das de direito privado (sociedades de economia mista, empresas públicas e undações privadas) respondem regressivamente pelos danos que, dolosa ou ulposamente, no exercício das respectivas competências, causarem a tercei(art. 37, § 6). Sobre essa sujeição do servidor à ação regressiva veja, para

182

não repetir, o que dissemos no Capítulo XVI, item II, n. 4. Nos termos do § 52 do art. 37 da Lei Maior federal, é imprescritível a ação de ressarcimento.

5.5.8. Imprescritibilidade da ação de ressarcimento

A prescritibilidade é princípio geral de direito, aplicável inclusive à Administração Pública. Por ela o titular do direito perde, em razão de sua inércia, o poder de exigir o direito. Assim, são comuns as situações em que a Administração Pública vê extinto o direito de punir seu servidor pela prática de ilícito administrativo, dado ter ocorrido a prescrição. De sorte que não há qualquer surpresa, salvo na sua desnecessidade e na instituição da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, na previsão do § 52 do art. 37 da Constituição Federal^{2t}. Por esse dispositivo os ilícitos administrativos prescrevem nos prazos estabelecidos em lei, mas não prescreve o direito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública ao ressarcimento do dano que seu agente, com dolo ou culpa, causou a terceiro, e a obrigou, nos termos do art. 37, § 6, da Lei Maior, a ressarci-lo. O mesmo regime aplica-se aos casos em que o dano é causado à própria Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública.

A lei a que se refere a disposição, cremos ser a federal, a estadual, a distrital e a municipal em seus respectivos âmbitos de competência. Assim nos parece, pois a prescrição administrativa é matéria que diz respeito diretamente com o interesse de cada uma dessas pessoas políticas, e, portanto, com o exercício da autonomia que a

Constituição lhes garante. A iniciativa dessa lei é concorrente. Enquanto não existir, aplica-se a legislação existente, a exemplo do Código Civil.

5.6. Servidores estatutários

A Constituição Federal na Seção II do Capítulo VII do Título III, arts. 39 a 41, trata, essencialmente, dos servidores estatutários, a primeira das espécies dos servidores públicos, conforme a sistematização desenvolvida no item VIII deste Capítulo. Esses são os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional pública. São também chamados de servidores civis, denominação consignada no inciso VI do art. 37. A disciplina aí encontrável é muito parecida com a que na Constituição anterior eram regulados os fim-

28. Prescreve esse parágrafo que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

183

cionários públicos. Contudo não lhes atribuiu essa denominação. Embora nessa seção da Constituição estejam os principais dispositivos reguladores desse grupo de servidores, outros que lhes dizem respeito encontram-se na seção anterior, que cuida dos servidores públicos em geral. Desses dispositivos são exemplos os incisos X, XL, XII e XVII do art. 37.

5.6.1. Conceito

Como espécie do gênero servidor público, os servidores estatutários guardam as mesmas características que qualificam o gênero e as que os distinguem dos servidores governamentais: a natureza pública das entidades a que se vinculam, ou seja, da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Podem ser definidos como os que se ligam, sob um regime de dependência, à Administração Pública direta, às autarquias e às fundações públicas, mediante um vínculo de natureza institucional para lhes prestar trabalho de natureza profissional e permanente.

5.6.2. Onde existem

Os servidores estatutários existem nas três esferas de governo (federal, estadual, distrital, municipal) disseminados pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública. Ainda são encontráveis nos Poderes Legislativo e Judiciário, que, para a sustentação de suas principais atividades, mantêm, cada qual, uma atividade administrativa própria, havida como administração direta. O mesmo e por igual razão deve-se dizer em relação às cortes de contas.

5.6.3. Regime jurídico

O art. 39 da Constituição Federal teve sua redação totalmente alterada pela EC n. 19/98. Nada do que esse dispositivo dispunha foi mantido, desaparecendo. Assim, a exigência, para a União, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de sua competência, da instituição de regime jurídico único para os servidores da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas. Esse regime, consoante a maioria dos autores, não podia ser escolhido entre o estatutário e o celetista, pois os dispositivos constitucionais pendiam para o estatutário ou o institucional. Esse, para os autores, era o regime jurídico único de pessoal. Com a radical mudança redacional do art. 39, a Constituição da República abriu a possibilidade de escolha entre o regime institucional, já que fala em cargo público, e o regime celetista, já que menciona emprego público, sem vedar a convivência dos dois regimes, para a vinculação dos servidores públicos às

184

entidades da Administração direta, autárquica e fundacional pública²⁹. Trata-se, desse modo, de uma opção política do ente federado.

No que respeita aos servidores estatutários, o regime jurídico de pessoal é o institucional, conforme se extrai do disposto nos arts. 39 a 41 da Constituição, onde foram estabelecidas regras próprias sobre aposentadoria, estabilidade, disponibilidade. Ademais, com bastante frequência esses preceptivos usam a palavra “cargo”, indicadora, sem dúvida alguma, dessa espécie de regime. A competência legislativa para a instituição do regime estatutário é de cada uma das entidades federadas. A União, cada um dos Estados-Membros, o Distrito Federal e cada um dos Municípios, à vista dessa competência, podem e devem instituir o regime jurídico para os seus respectivos servidores estatutários. Não há. Assim, um regime institucional nacional a submeter todos esses servidores, nem um estadual a impor-se aos dos Municípios.

A instituição do regime jurídico estatutário só é possível por lei. Esta, no âmbito federal, é ordinária. Ademais é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, dado o que dispõe o art. 61, § 1. II, c. da Constituição Federal. Seu quorum de aprovação e turnos de deliberação dependerão do que estiver estatuído nos Regimentos das Casas do Congresso Nacional. Na esfera estadual, distrital e municipal, a natureza (ordinária ou complementar) dessa lei e sua iniciativa dependerão do que dispuserem as correspondentes Constituições e leis orgânicas, enquanto o quoruni de aprovação e os turnos de votação dependerão das prescrições regimentais das respectivas casas de lei.

Na criação desse regime. cada uma das entidades federadas labora com liberdade, observados tão-somente os princípios constitucionais pertinentes a essa categoria de agente público, e não podia ser de outra forma. ante a autonomia que lhes é assegurada pelo art. 18 da Constituição da República. De sorte que podem. sobre essa matéria, dispor do modo que melhor atenda às conveniências administrativas. A Lei federal n. 8.112. de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. das autarquias e das fundações públicas federais. foi recepcionada pela nova ordem jurídica relativa ao pessoal administrativo federal. De sorte que, no âmbito dessas entidades, vigora o regime estatutário ou institucional.

Extraí-se da Lei Maior que ao regime estatutário, em qualquer esfera governamental, submetem-se os servidores civis das entidades da Administração

29. Em São Bernardo do Campo. a Lei municipal n. 4.172/94 instituiu, como regime jurídico único. o estatutário, e a Lei n. 6.184/99. ao criar a Guarda Municipal de São Bernardo do Campo. adotou para o seu quadro de pessoal o regime celetista. o que mostra a possibilidade de conviverem. simultaneamente. os dois regimes de pessoal.

185

Pública direta. autárquica e fundacional pública. A locução “Administração Pública direta” abarca. no âmbito federal. estadual e distrital, além do Executivo, o Legislativo. o Judiciário, o respectivo Tribunal de Contas. O mesmo se passa na esfera municipal. salvo em relação ao Judiciário, que nenhum tem.

5.6.4. Princípios constitucionais aplicáveis aos servidores estatutários

A Constituição Federal. ao tratar dos servidores estatutários (arts. 39 a 41). institui alguns princípios aplicáveis a essa plêiade de agentes públicos pertencentes à Administração direta, autárquica e fundacional pública de qualquer nível de governo, que merecem ser examinados. Não se trata. pois. de princípios que alcançam os demais servidores. Por outro lado. consubstanciam direitos. a exemplo da estabilidade (art. 41).

5.6.4.1. Aposentadoria, proventos e pensão

Aposentadoria é o direito à inatividade remunerada que a CF. no § 12 do art. 40. assegura ao servidor estatutário em razão de incapacidade para o desempenho de suas funções. da idade ou do tempo de contribuição (redação dada pela EC n. 20/98), conforme esse parágrafo. a aposentação pode ser: I por invalidez permanente: II compulsória: III — voluntária. Nesse artigo. a Lei Maior também disciplina a percepção, pelo aposentado. do correspondente provento. Provento é a remuneração.

proporcional ou integral, a que o inativo tem direito. Pensão é o valor pago aos dependentes. em conjunto, do segurado (servidor público), a contar do óbito ou da sentença. no caso de morte presumida. A pensão é devida estivesse ou não o servidor aposentado. Na esfera federal está regulada pela Lei n. 8.112/90 (arts. 215 a 225). O valor da pensão é igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento. calculado sempre na sua totalidade (art. 40, § 72, da CF) e sua fruição pelos dependentes independe de lei regulamentadora, conforme vêm decidindo os tribunais. A aposentadoria é aqui analisada dado que. nos termos em que é conferida e regulada pela Constituição, só interessa aos servidores estatutários: a ninguém mais. A outros agentes públicos a aposentadoria tem disciplina diversa, como, por exemplo, a dos servidores celetistas (art. 72, XXIV. c/c o art. 201, § 72, ambos da CF). Observe-se que esse direito só é assegurado ao servidor estatutário titular de cargo de provimento efetivo, dispõe o art. 40, caput, Tal direito, nos termos do regime instituído por esse preceptivo constitucional, não é conferido ao servidor estatutário titular de cargo de provimento em comissão. Para este, por exclusão, a aposentadoria é concedida segundo o regime geral de previdência. E. como se isso não bastasse, o § 13 desse mesmo artigo

186

prescreve que ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão. declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como ao ocupante de outro cargo temporário ou emprego público, aplicar-se-á o regime geral de previdência social, que também regula a aposentadoria para os empregados.

A aposentadoria por invalidez permanente (art. 40, § 12. 1, da CF) é a que decorre de fato que impede o servidor de desempenhar suas funções. Nessa situação o servidor aposentado perceberá proventos proporcionais ao tempo de contribuição, salvo se resultar de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei. Nestas hipóteses. os proventos são integrais, isto é, iguais aos vencimentos recebidos pelo aposentado quando em atividade, sendo absolutamente irrelevante o tempo de contribuição.

A aposentadoria é compulsória (art. 40, § 1. II. da CF) em razão do implemento da idade-limite, isto é, setenta anos. Nesta hipótese, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição, ou seja, menores que os vencimentos recebidos pelo aposentado quando em atividade, podendo chegar, evidentemente, aos integrais.

A aposentadoria é voluntária (art. 40, III, da CF) desde que cumprido o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco de idade, se homem, e sessenta de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Na hipótese da letra a os requisitos de idade e tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental, conforme estabelece o § 52 do art. 40 da Lei Maior federal.

Atente-se que o regime previdenciário instituído e regulado pela Constituição, nos termos da EC n. 20/98, é inaplicável aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data de sua publicação, haviam cumprido os requisitos para a obtenção desses benefícios, podendo esse direito ser exercido a qualquer tempo (art. 32 dessa emenda). A par disso, estatui o § 22 do art. 32 que os proventos de aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos nele referidos, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data da publicação dessa emenda, bem como a pensão de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente. Para que não haja qualquer dúvida, o § 32 do mesmo artigo dispõe que são mantidos

187

todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação dessa emenda aos servidores inativos e pensionistas, assim como daqueles que já haviam cumprido, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos. Em qualquer caso deve ser observado o teto do art. 37, XI, da CF, isto é, os proventos não poderão ser superiores ao subsídio de Ministro do STF. Cremos inaplicável essa regra se o direito aos proventos, ainda que superiores a esse teto, foi alcançado segundo a legislação vigente, pois caracteriza-se como direito adquirido.

Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão (art. 40, § 2). Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na

remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração (art. 40, § 32)

Veda o § 6 do art. 40 da Constituição Federal a percepção de mais de uma aposentadoria pelo sistema previdenciário previsto nesse artigo, salvo as hipóteses de aposentação em cargo em que a acumulação era permitida.

O direito à aposentação, consoante entendimento doutrinário, expressado pelos nossos juspublicistas, a exemplo de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 389), e jurisprudencial, é adquirido pelo servidor com a satisfação dos requisitos exigidos pela lei da época da aposentação. De sorte que nada perderá se nessa oportunidade não a requerer e surgir nova lei regulamentando de modo diverso a aquisição desse direito. Nesse sentido confirmam-se: RTJ. 64:408. 65:435 e 830: RDA. 114:188 e 116:171. Esse entendimento, cremos, deve continuar prevalente, dada a incisiva redação do § 12 do art. 40 da Constituição Federal. O § 92 do art. 40 da Constituição estabelece que o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade, enquanto o § 10 veda, ainda que por lei, a fixação de qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício³¹. O dispositivo não menciona o tempo de contribuição distrital. Essa omissão, cremos, para fins de aposentadoria é irrelevante. Esse tempo deve ser considerado, e cada uma das entidades públicas o levará em conta segundo os termos e condições da lei que editar para tal finalidade. É im portante

188

acentuar que para a aposentação esses tempos não podem ser desconsiderados. A contagem é direito do servidor público. Por tempo de contribuição deve ser entendido aquele em que o servidor esteve ligado a qualquer das entidades que integram a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, durante o qual contribuiu para o sistema previdenciário, pois o dispositivo usa as palavras “federal”, “estadual” e “municipal”. Se assim não fosse estaríamos negando vigência ao § 92 do art. 201 da Carta Magna federal, que permite, para efeito de aposentadoria, a contagem recíproca de tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, conforme critérios estabelecidos em lei³¹.

Estabelece o § 82 do art. 40 da Constituição Federal que os proventos da aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos

aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. na forma da lei. observado o teto estabelecido no art.37. XI. também dessa Lei Maior. Diga-se que por ele quer-se evitar que o inativo sofra os males da desvalorização da moeda, proporcionando-lhe a manutenção dos proventos o mais próximo dos vencimentos percebidos na atividade. Essa revisão é, assim, uma garantia que não pode ser desconhecida. nem mesmo por lei, pela entidade que o aposentou.

5.6.4.2. Estabilidade

O art. 41 da Constituição Federal, com a redação que lhe atribuiu a EC n. 19/98, prevê, em defesa do servidor estatutário e no interesse público. que são estáveis, após três anos de efetivo exercício. os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em razão de concurso público. Esse período de três anos é chamado de estágio probatório. Aí está. constitucionalmente instituída e regulada. a estabilidade. Pode ser definida como a garantia constitucional de permanência no serviço público, do servidor estatutário nomeado, em razão de concurso público, para titularizar cargo de provimento efetivo, após o transcurso do estágio probatório.

30. Tempo fictício é o contado em dobro por não ter o beneficiado de um direito dele usufruído. Assim é o tempo da licença-prêmio, contado em dobro dado que o servidor que a ela fazia jus não a gozou.

31. Para tal compensação foram editadas a Lei federal n. 9.796. de 5 de maio de 1999. e sua regulamentação (Dec. federal n. 3.122. de 6-7-1999).

189

Vê-se que tal garantia é do servidor estatutário: não é atributo do cargo. Ademais processa-se automaticamente, não necessitando de qualquer pedido do estabilizando ou de manifestação da entidade a que se liga o servidor por ela beneficiado, não obstante se exija o estágio probatório. Este não concede nada, apenas apura a conveniência ou não da permanência do servidor no serviço público. Nesses termos, somente se tem como estabilizado o servidor estatutário que. simultaneamente, satisfizer os seguintes requisitos: 1) nomeação em razão de concurso público. 2) titularizar cargo de provimento efetivo. 3) três anos de efetivo exercício no cargo, 4) avaliação especial por comissão instituída para essa finalidade (art. 41, § 42, da CF), concedendo-se ao avaliando amplo direito de defesa, ainda que esse parágrafo não mencione tal garantia.

A vista desses requisitos fica patente que os nomeados para ocupar cargos de provimento em comissão, ainda que considerados servidores estatutários, jamais adquirirão a estabilidade. Isso é incontroverso, e a impossibilidade é absoluta, conforme ensina Adilson Abreu Dailari (Regime constitucional. cit., p. 81).

A nomeação mediante concurso, para esse fim, é exigência prevista nesse dispositivo, encartado entre outros que cuidam dos servidores estatutários. i. e.. os que se vinculam à Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública por um liame institucional. Assim, resta indubitado que, mesmo tendo logrado aprovação e classificação em concurso público, os demais servidores públicos, como, por exemplo, os ligados às entidades governamentais (sociedade de economia mista, fundação privada e empresa pública) e os empregados públicos, não adquirem estabilidade. A nomeação há de ser para cargo de provimento efetivo. O cargo de provimento efetivo, ou simplesmente cargo efetivo, é o que confere ao seu titular, em termos de permanência no cargo, segurança, e permite sua integração na carreira e o desfrute dos benefícios decorrentes dessa integração. De sorte que a nomeação, sem que seja para cargo dessa natureza, não leva à efetividade nem à estabilidade. O cargo tem esse atributo por força da lei que o criou e, ademais, exige que seu titular seja escolhido por concurso.

A estabilidade somente é alcançada pelo titular dessa espécie de cargo após três anos de seu efetivo exercício, conforme estabelece o art. 41 da Constituição Federal. Esse período, sempre continuado, é chamado, como dissemos, de estágio probatório. Nele se apura, conforme regulado em lei, sua capacidade (aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação, idoneidade moral, eficiência) para a permanência. Nesse sentido dispõe a IN n. 10, de 14 de setembro de 1994, da Secretaria de Administração Federal. Dadas essas finalidades, não entendemos possível, ainda que lei a regule, a designação ou nomeação do servidor em estágio probatório para exercer outro cargo, e muito menos entendemos viável seu comissionamento em

190

outra entidade. O afastamento do servidor do exercício do cargo efetivo, durante o estágio probatório, impede a necessária verificação de sua aptidão para o exercício das atribuições do cargo que titulariza. Também não se conta qualquer tempo de serviço prestado a outra entidade, ou tempo anterior dedicado à mesma pessoa onde esse servidor estagia, ainda que no exercício de idêntica função. Dentro desse período, o servidor que ainda não é estável pode ser desligado, desde que, em processo administrativo, seja apurada sua inadequação ao serviço público. Com esse sentido é o

enunciado da Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal³². Atente-se que o antigo estágio probatório de dois anos foi assegurado para a aquisição da estabilidade pelos servidores em estágio probatório, nomeados para cargo de provimento efetivo em razão de concurso público, quando da vigência da EC n. 19/98. sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 42 do art. 41 da Constituição Federal, diz o art. 28 dessa Emenda.

Transpostas essas exigências, o titular do cargo de provimento efetivo adquire estabilidade, somente podendo ser demitido da entidade a que se ligou: “I — em virtude de sentença transitada em julgado; II — mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa: III

mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho. na forma de lei complementar. assegurada ampla defesa” (art. 41, § 12. da CF) e para a redução de despesas com pessoal (art. 169, § 42, da CF)³³. Se a demissão for invalidada judicialmente, o servidor estatutário estável será reintegrado em seu cargo. fazendo jus a todos os direitos como se seu vínculo nunca tivesse sofrido solução de continuidade, e o eventual ocupante da vaga, se estável, será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização. aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço (art. 41, § 2. da CF). Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade. o servidor estável ficará em disponibilidade ³³, com remuneração proporcional ao tempo de contribuição, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (art. 41, § 32, da CF).

Não obstante esse seja o regime da estabilidade, as Constituições Federais vêm, nas respectivas disposições transitórias, outorgando estabilidade aos servidores que indicam e nas condições que especificam. Assim ocorreu com as Constituições de 1946 e 1967.

32. Prescreve essa súmula: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

33. A Lei federal n. 9.801. de 14 de junho de 1999. regulamentou o art. 169, § 42, que preve a exoneração de servidor para a redução de despesas com pessoal.

34. Sobre disponibilidade. veja o n. 5.6.4.4. adiante.

191

A Carta de 1988, nesse particular. não fugiu à regra e. no art. 19 do ADCT. concedeu essa estabilidade anômala³⁵. Compreende-se tal comportamento do constituinte na medida em que se o servidor foi prestante durante cinco anos. há que se

considerá-lo prestante. capaz e eficiente daí para frente. O quinquênio faz presumir a capacidade. a eficiência.

Essa estabilidade somente garante a permanência do beneficiado no serviço público da Administração direta. autárquica e fundacional pública. Ademais. só alcançou o servidor que estava, na data da promulgação da Constituição (5-10-1988). em exercício e há pelo menos cinco anos continuados. Quatro, portanto, eram as exigências para a aquisição dessa estabilidade: I — ser servidor público da Administração Pública direta. autárquica ou fundacional pública da União. dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II — estar em exercício na data da promulgação da Constituição Federal: III — contar. nesse exercício. com pelo menos cinco anos continuados: IV — não ter sido admitido na forma do art. 37 da Constituição Federal. A vista disso. não foram estabilizados os servidores das empresas governamentais (sociedade de economia mista. empresa pública. fundação privada), dado que não incluídas no rol das entidades em que a estabilidade podia dar-se (RT. 754:196). mas foram estabilizados os servidores das fundações públicas (TST. RR 82.439/93.3). dado que verdadeira autarquia. Também não foram estabilizados os que não se encontravam em exercício nessa data. entendendo-se assim os que estavam afastados do serviço. em gozo de licença para tratar de assunto particular. e os que estavam com os respectivos contratos suspensos. Por fim. não foram estabilizados. obviamente. os que não possuíam os cinco anos de exercício nem os que os tinham, mas não continuados.

Trata-se de exceção e. como tal. deve ser interpretada restritivamente. Assim, deve-se entender que os cinco anos a considerar são os contados de 5 de outubro de 1988 para trás e todos na mesma entidade, isto é, naquela em que a Constituição Federal. nessa data. flagrou o servidor. Não podem, portanto, para completar esse tempo. ser somados, por exemplo, dois anos prestados à União. dois prestados a uma autarquia e um. o último, prestado ao Município. dado que não seriam cinco anos de exercício na mesma entidade. Ademais. não seria justo. nem constitucional, que o Município, o que

35. Prescreve esse artigo que “Os servidores públicos civis da União, dos Estados. do Distrito Federal e dos Municípios. da administração direta, autárquica e das fundações públicas. em exercício na data da promulgação da Constituição. há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição. são considerados estáveis no serviço público”.

menos tempo teve a sua disposição o servidor e, por isso, não pôde avaliar seu desempenho, fosse obrigado a tê-lo como estável. Por essa razão, os cinco anos devem ser considerados na mesma entidade, pois só assim se pode presumir sua adequação ao serviço público. De fato, quem ultrapassou esse prazo provou sua capacidade para integrar o quadro de pessoal da Administração Pública, autárquica ou fundacional pública. Nesses casos, o quinquênio serve como tempo mínimo de estágio probatório, já que o servidor não pôde demonstrar aptidão em concurso público nem teve, durante dois anos, um acompanhamento que demonstrasse estar apto para desempenhar suas atividades no serviço público.

Por continuado deve-se entender sem interrupção, ainda que por um dia. E tempo que não sofreu solução de continuidade. Desse modo, extinto o vínculo no dia 2, entende-se sem interrupção, continuado, portanto, se no dia 3 do mesmo mês e ano for restaurado ou outro for instituído. Cremos que não será continuado tal tempo se o vínculo for extinto numa sexta-feira e restaurado ou instituído outro na segunda-feira seguinte, dado que esses dias não integram um ou outro desses liames. Assim, houve interrupção obstativa da estabilidade. A exigência de ser continuado esse tempo reforça o entendimento de que deva ser todo ele de efetivo exercício na entidade a que estava vinculado o servidor na data da promulgação da Constituição Federal. De fato, como estar em exercício na União, num dos Estados-Membros, no Distrito Federal, num dos Municípios, numa autarquia ou numa fundação pública na data da promulgação da Constituição Federal há pelo menos cinco anos se não for na mesma entidade? A Constituição da República não prescreve que o servidor em exercício na data da promulgação deva ter cinco anos de serviço público, como faziam as Constituições anteriores. Hoje a restrição é maior e não permite essa abertura.

A Constituição Federal nada assegurou ao servidor estabilizado, nos termos desse dispositivo, no que respeita à efetividade³, à integração em uma carreira e ao desfrute dos benefícios decorrentes dessa integração. Também não promoveu qualquer alteração no vínculo. A natureza do vínculo pelo qual se ligava à Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública continuou a mesma. Apenas outorgou-se a esses servidores estabilidade no serviço público da entidade a que nessa oportunidade se ligavam. Não fosse Assim, não se teria como compreender o disposto no § 1º desse artigo (art. 19 do ADCT da CF), que manda contar o tempo de serviço como título quando seus destinatários se submeterem a concurso para fim

36. Sobre a efetividade, que é a estabilidade do servidor no cargo. veja O item IV. n. 1. do Capítulo VI.

193

de efetivação. Se não se submeteram a concurso público, condição para serem havidos como estatutários, é natural que se entenda que não se ligavam à Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública por um liame de natureza institucional, o único que admite o cargo efetivo. Sendo Assim, é óbvio que. ao se prescrever que o tempo de serviço será contado como título por ocasião da prestação de concurso para a aquisição da efetividade, não lhes alterou a natureza do vínculo que anteriormente os prendia a uma dessas entidades.

Nos termos do § 12 do art. 19 do ADCT. o tempo de serviço do servidor estabilizado será contado, como título, quando submeter-se a concurso. Tal dispositivo traz, pelo menos. duas dificuldades: uma para saber a espécie pública ou interna do concurso aí referido, outra para saber que lei (federal de caráter nacional, federal. estadual. distrital, municipal) deve ser editada. Diga-se de início que o servidor, se participar de concurso para efetivação, tem direito de ver seu tempo de serviço contado como título. dada a forma imperativa (será contado) em que o preceptivo está grafado. e que tal concurso há de ser de provas e títulos, sob pena de se negar o direito de ver seu tempo contado como título. Quanto a ser o referido concurso público ou interno, as opiniões divergem. Uns entendem que deva ser público. dado que: 1) é o mais apropriado a caracterizar o princípio da igualdade: 2) a Constituição Federal. ao se referir, nessa passagem, a concurso para efetivação, deixou indicado que tal certame seria público, pois esse é o único que. nos termos do art. 37, II. leva à efetivação. Outros. como é o caso de Adilson Abreu Daliari (Regime constitucional, cit., p. 92). entendem que é interno, pois. se não fosse, não seria necessária sua previsão; tal concurso é para fins de efetivação, e o concurso público do art. 37. II, da Constituição Federal é de ingresso; o concurso previsto no art. 37, II, da Lei Maior pode ser de provas ou de provas e títulos, enquanto o concurso do art. 19, § 1. do ADCT só pode ser de provas e títulos: ademais. com a realização de concurso público estar-se-ia correndo o risco de “inchar” a máquina administrativa, uma vez que se teria de contratar os aprovados e manter os estabilizados não aprovados. Para nós o concurso referido nesse parágrafo do art. 19 do ADCT é público, embora não venha assim adjetivado. Valem para isso as razões já invocadas em prol dessa tese pela maior parte dos autores e os

fatos: 1) a palavra “concurso” traz em si mesma a idéia de público: 2) a obrigação de considerar o tempo de serviço dos estabilizados como título faz mais sentido em relação ao concurso público que em relação ao interno: 3) não se pode exigir que o constituinte seja sempre técnico nas suas manifestações e tirar de suas falhas interpretações que se chocam com princípios básicos do sistema jurídico, como é o da igualdade que se materializa pelo concurso público. No que respeita à lei necessária à regulação

194

da contagem do tempo como título, cremos ser ela da entidade promotora desse certame, ou seja, federal, estadual, distrital ou municipal.

Os estáveis não podem ser, mesmo que por lei, compelidos a participar de concurso público aberto para efetivação, dado que a dicção desse dispositivo é, em relação aos seus beneficiados, uma faculdade. e observe-se que, se participar, só a aprovação nesse concurso público tem consequências. Esses a partir da aprovação são efetivos, passam a integrar uma carreira e a desfrutar das vantagens decorrentes da integração. A reprovação nenhuma consequência acarreta, pois continuam a integrar o quadro de pessoal da entidade em que se estabilizaram e a desfrutar dos direitos e garantias que a qualidade de estáveis lhes proporciona.

Consoante o disposto no art. 19 do ADCT da Constituição Federal a estabilidade não beneficiou os ocupantes de cargos, empregos ou funções de confiança ou em comissão, declarados, em lei, de livre exoneração (22). A estabilidade, nesses termos, só alcançou os servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de qualquer nível de governo (federal, estadual, distrital, municipal) que desempenhavam suas atribuições em caráter perene, ou, dito de outro modo, que ingressaram no serviço público para ficar. Apenas na hipótese de já serem servidores, isto é, ocupantes de cargo, emprego ou função de natureza estável, perene. os ocupantes de cargo, emprego ou função de confiança ou em comissão ou declarados de livre nomeação foram prestigiados por essa estabilidade, dada a ressalva consignada no fim do § 2 do art. 19 do ADCT. Assim, aquele que ingressou como celetista para desempenhar atribuições perenes, estáveis, não obstante ocupante de cargo, emprego ou função de confiança ou em comissão ou de livre exoneração na data da promulgação da Constituição Federal. tornou-se estável se nessa oportunidade contava com cinco anos de exercício continuado. A contagem desse quinquênio é no cargo, emprego ou função perene. não no cargo em comissão. Se esse tempo for insuficiente, não se pode somar o tempo de exercício no cargo em comissão.

O § 3 do artigo em apreço prescreve que, consoante dispuser a lei, o disposto no caput não se aplica aos professores universitários. Essas regras, bem examinadas, levam a outra conclusão, diametralmente oposta à que a primeira leitura sugere. Com efeito, e conforme escrevemos amplamente em outra oportunidade (A estabilidade provisória dos professores universitários, Informativo Municipalista, n. 2, jan. 1990), os professores universitários, com mais de cinco anos de exercício continuado na União, nos Estados-Membros, no Distrito Federal, nos Municípios e nas correspondentes autarquias e fundações públicas, admitidos sem concurso, são, como os servidores das demais categorias, estáveis. Embora seja assim, entre estes e aqueles há, nesse particular, uma diferença. Para os servidores em geral, a

195

estabilidade é definitiva, enquanto para os professores de nível superior, é provisória, já que se aguarda uma lei que venha dispor sobre a inaplicabilidade desse status a, pelo menos, uma parte dessa espécie de servidores. Após essa lei, alguns professores serão estáveis definitivamente, ao passo que outros não poderão ser assim considerados. Desse modo, enquanto tal lei não regulamentar o previsto nesse parágrafo, prevalece para todos os docentes universitários a regra do caput, e, em decorrência disso, os professores de nível superior são indesligáveis da Administração direta, autárquica ou fundacional pública, salvo inquérito administrativo ou sentença judicial em que se apure ter o servidor estabilizado infringido preceito a que, pelo seu descumprimento, se comina a pena de demissão, aposentadoria compulsória, morte ou exoneração. A lei, sempre da entidade política interessada na regulamentação, virá para restringir a plena e imediata aplicabilidade do caput do art. 19 do ADCT, dado o que prescreve o seu § 3. De sorte que o art. 19, nesse particular, é norma de eficácia contida, consoante sistematização de José Afonso da Silva (Aplicabilidade, 2. ed., cit., p. 72 e 92). e, enquanto essa norma não vier, aplica-se, sem qualquer restrição, aos professores de nível superior o caput do art. 19.

A estabilidade não impede, por exemplo, a remoção do servidor para atender às necessidades do serviço público. O servidor estável não é inamovível, como é o juiz, e só permanece no local em que há de prestar seus serviços enquanto convier à entidade a que se liga (RT. 204:218 e 320:120). Cessada essa conveniência, o servidor será removido para outro local de trabalho. Nos termos do art. 36 da Lei federal n. 8.112/90, a remoção é o deslocamento do servidor, no âmbito do mesmo quadro. Pode ser a pedido ou de ofício: com ou sem mudança de sede. Não é, como se vê, forma de

provimento derivado. Igualmente, a estabilidade não obsta a redistribuição, conforme instituída e regulada pelo art. 37 dessa lei.

A estabilidade e a efetividade não se confundem com a vitaliciedade e a inamovibilidade. Esses predicamentos não são outorgados aos servidores públicos. Somente alguns agentes públicos os recebem em razão da absoluta necessidade para desempenho de suas atribuições, como são as dos membros do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas. A vitaliciedade é a prerrogativa que impede a perda do cargo, salvo por sentença transitada em julgado, aposentadoria compulsória, exoneração a pedido ou morte. Têm-na, entre outros, os membros do Poder Judiciário (art. 95, I, da CF), os Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 73, § 3, da CF) e os

37. Os oficiais militares desfrutam dessa prerrogativa, na medida em que somente podem perder o posto por decisão de tribunal militar competente (art. 142, § 32 VI, da CF).

196

membros do Ministério Público (art. 128, § 52, I, a, da CF). A inamovibilidade é a prerrogativa que impede possa o titular de um cargo ser removido ou transferido, salvo interesse público e nas condições definidas em lei ou na Constituição. Têm-na os juízes (art. 95, II, da CF) e os membros do Ministério Público (art. 128, § 52, I, b, da CF), entre outros.

Observe-se, por fim, que o servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, ou, ainda, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (art. 41, § 1, da CF). Nesse parágrafo não estão abrigados os estabilizados nos termos do art. 19 do ADCT. Assim, não parece vez que esse dispositivo se encontra entre os que tratam dos servidores públicos estatutários, não entre os que cuidam dos servidores em geral. Ademais, a citada disposição transitória não altera o regime jurídico dos servidores por ela prestigiados, que continuam sob a égide desse regime, notadamente, o celetista. Por conseguinte, ainda que a estabilidade desses servidores decorra da Constituição art. 19 do ADCT, o despedimento é o regulado pela legislação trabalhista. Para esse desligamento não cabe falar em processos que tramitariam no âmbito da Administração Pública ou da Justiça comum, mas em processo com curso na Justiça do Trabalho.

5.6.4.3. Reintegração

Estabelece a Constituição Federal, no § 22 do art. 41, que, invalidada por decisão judicial a demissão de servidor estável, será ele reintegrado. A reintegração é o retomo, por força de decisão judicial, do servidor estatutário estável ao cargo que ocupava, com plena restauração dos direitos violados e integral ressarcimento dos prejuízos sofridos, dado que ilegalmente demitido. Embora o dispositivo mencione apenas decisão judicial, cremos que também por decisão administrativa pode o servidor ilegalmente demitido ser reintegrado, salvo se vedado por lei, já que, pelo princípio da autotutela, cabe à Administração Pública invalidar seus próprios atos quando praticados em desacordo com a lei e responder pelos prejuízos decorrentes. Em qualquer das hipóteses, reconhecida a nulidade da demissão, a reintegração é direito do servidor. Na dicção desse parágrafo parece que só aos estáveis assiste direito à reintegração, o que não é verdade. Os não estáveis, se nula a demissão, hão de ser reintegrados, visto que a primordial consequência do reconhecimento de nulidade de um ato é a volta ao status quo ante, o retomo à situação existente antes do ato anulado. Daí a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime constitucional, cit., p. 101), que assevera: “Assim, parece-nos que o § 12 do art. 41 há de ser enten-

197

dido nos seguintes termos: é certo que nele tratou-se de conferir direito à cabível reintegração apenas aos servidores estáveis, pois deles é que estava a cuidar o artigo no qual se aloja o parágrafo em questão. Sem embargo, daí não se segue que os não estáveis careçam de tal direito. Este lhes advém do próprio sistema constitucional relativo aos servidores públicos: é condição para que o princípio do concurso público e o princípio da impessoalidade da administração cumpram a função que lhes é inerente. Além disso, é consectário natural do princípio da legalidade administrativa, cuja quebra postula a reconstituição da situação legítima sempre que materialmente exequível e não apenas a satisfação substitutiva que se opera pela via da indenização”.

A reintegração não se confunde com a então possível readmissão nem com a reversão. A readmissão é o retorno do servidor ao serviço público no mesmo cargo que ocupava, sem direito a qualquer ressarcimento ou indenização, pois legítimo seu desligamento, observados os termos e condições da legislação pertinente. Existe, por exemplo, no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo (arts. 39-40), embora sua aplicação esteja suspensa. Não mais existe na esfera federal. Os dispositivos do então Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União que tratavam dessa matéria foram revogados pelo Decreto-Lei federal n. 200/67, e o atual não prevê a

readmissão como modalidade de provimento. A reversão é o retorno do aposentado ao serviço público, no mesmo cargo que ocupava ou no resultante de sua transformação uma vez cessada a razão (doença) da aposentação. Pode ocorrer a pedido do aposentado ou ex officio. É instituto existente na legislação federal (art. 8, VI. do Estatuto) e na legislação estadual, a exemplo da paulista (art. 35 do Estatuto). Alerta-se que não pode reverter o servidor que já tiver completado setenta anos de idade.

Reintegrado o servidor, o eventual ocupante do cargo será reconduzido àquele de origem sem direito a qualquer indenização, aproveitado em outro ou colocado em disponibilidade. A recondução, por evidente, só tem sentido se o ocupante é originário de outro cargo. Nesse caso, retorna ao de origem e com seu eventual ocupante procede-se do mesmo modo que se procedera com o ocupante do cargo cujo titular fora reintegrado. Se o ocupante do cargo não for originário de outro, como ocorre na primeira investidura, cabe aproveitá-lo em outro, se houver cargo vago; caso contrário, deverá ser posto em disponibilidade. O mesmo ocorrerá se o cargo for extinto ou declarado desnecessário. Observe-se que, devido à seqüência de soluções consignadas no § 2 do art. 41, não pode a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública preferir a disponibilidade se há cargo vago em que o aproveitamento se possa dar.

198

5.6.4.4. Disponibilidade

Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade^{3S}, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo, estabelece a Constituição Federal no § 32 do art. 41, com a redação dada pela EC n. 19/98. A par disso, o § 2 dessa mesma disposição constitucional prescreve que, invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade. Nesses dois parágrafos está constitucionalmente instituída e regulada a disponibilidade, como garantia do servidor estável. Pode ser definida como a garantia constitucionalmente assegurada ao servidor estável, que impede seu desligamento da Administração Pública quando extinto o cargo, declarada sua desnecessidade ou reintegrado seu titular, percebendo, enquanto durar a disponibilidade, proventos proporcionais ao tempo de serviço. Não é, assim, pena (embora já tenha sido, na vigência da Carta de 1937 e na do Ato Institucional n. 5/68) aplicável ao servidor,

nem tampouco instrumento de perseguição ou de favoritismo de integrantes dessa espécie de agente público. Muito menos é modalidade de aposentadoria. E direito, repita-se, do servidor estável, utilizável em razão do interesse público.

Somente tem direito a essa garantia o servidor estável, isto é, o que por concurso foi nomeado para ocupar cargo de provimento efetivo e avançou regularmente o estágio probatório e o que atendeu às exigências do art. 19 do ADCT, ainda que o § 32 do art. 41 da Constituição Federal só mencione a palavra cargo, parecendo excluir, o que não é verdade. o servidor titular de emprego, portanto, o disposto nesse parágrafo alcança tanto o servidor estatutário, titular de cargo público, como o celetista, titular de emprego público (R7 722:347). Assim, para ter esse direito é suficiente a condição de estável do servidor público, ou, como diz Adilson Abreu Dallari. “basta que o servidor seja estável” (Regime constitucional. cit., p. 97). Destarte, não faz jus a essa garantia qualquer outro servidor; nem mesmo ao aprovado em concurso público para titularizar cargo de provimento efetivo em estágio probatório assegura-se tal direito. Com efeito, seria ilógico colocá-lo em disponibilidade, já que a inatividade, característica dessa situação, impede a correspondente e necessária avaliação na determinação

38. O Decreto federal n. 3.151. de 23 de agosto de 1999. regulamentou a prática da disponibilidade na Administração Pública federal direta. autárquica e fundacional.

199

da integração, ou não. do servidor ao serviço público. O estágio probatório não protege o servidor contra a extinção do cargo³⁹ e nós ampliamos — ou contra a declaração de sua desnecessidade ou, ainda, contra os efeitos da reintegração. Ocorrendo qualquer uma dessas situações o servidor assim atingido será desligado do serviço público, salvo se puder ser reconduzido ao cargo de origem.

A Constituição Federal, nos § 2 e 39 do art. 41, prescreve que será colocado em disponibilidade o servidor estável que tiver seu cargo extinto ou declarado desnecessário ou quando seu anterior titular for reintegrado e o atual ocupante não puder ser reconduzido ao seu cargo de origem ou aproveitado em outro. Esses dispositivos oferecem algumas dificuldades para sua inteira compreensão. A prerrogativa é só para o Executivo ou abrange os demais Poderes? Nesse particular a Constituição Federal não faz qualquer distinção, restando, pois, permitida a qualquer dos Poderes. nos vários níveis de governo, já que não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não discriminou, portanto, atentos para o que dispõe a Lei Maior, qualquer dos Poderes. nas diversas esferas governamentais, pode colocar servidor estável em

disponibilidade. Assim também pensam Adilson Abreu Dailari (Regime constitucional. cit., p. 98) e Ivan Barbosa Rigolin (O servidor público. cit., p. 170). entre outros.

Quem extingue o cargo e como este é declarado extinto? Extinção é o contrário de criação. É ato pelo qual se põe fim ao cargo. A extinção só pode ocorrer por lei. dado que só esta pode criá-lo. Ademais. há de ser lei da esfera política com competência para promover a extinção do cargo ou emprego público indesejável. E, portanto, lei federal. estadual. distrital ou municipal. Observa-se. Destarte, o princípio do paralelismo de forma e hierarquia dos atos jurídicos: o que é criado pela Constituição ou pela lei só. em tese, por emenda à Constituição ou por outra lei pode ser extinto, salvo em relação aos cargos do Executivo que podem ser extintos por decretos quando estiverem vagos (art. 84. VI. b). A iniciativa dessa lei. em respeito ao princípio da independência dos Poderes, é da autoridade do respectivo Poder que recebeu da Constituição (federal. estadual), da lei ou do Regimento Interno tal competência. Será necessária lei quando se tratar de cargo do Executivo, salvo a hipótese de cargo vago, e do Judiciário, e será indispensável a resolução quando se cuidar de cargos do Legislativo. A extinção dos cargos da área administrativa do Tribunal de Contas depende de lei. A resolução não se presta para a extinção desses cargos. ainda que essa Corte seja auxiliar do Legislativo e nesse Poder a extinção dos cargos

39. Súmula 22 do STF.

200

públicos faz-se mediante essa espécie de ato administrativo. A iniciativa para deflagrar a instituição dessa lei é da autoridade que dentro de cada Poder detém essa titularidade. consoante a Constituição (federal. estadual). a lei ou o Regimento Interno. Se a legislação competente for omissa. essa atribuição caberá à autoridade com poderes para iniciar o processo legislativo de criação de cargo público. Extinto o cargo. nada impede que, por lei. seja restaurado a qualquer momento. A restauração não é outra coisa senão a criação de cargo e implica aproveitamento obrigatório do servidor em disponibilidade. Destarte, não pode para o cargo restaurado ser dado outro titular. ainda que por concurso. Essa possibilidade de restauração não é alcançada pelo § 6 do art. 169 da Lei Maior, pois esse dispositivo é específico para a conformação das despesas com pessoal aos limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Como se declara a desnecessidade do cargo? Quem é o competente para assim declará-lo? A desnecessidade do cargo é menos que a extinção. O cargo não desaparece: apenas fica “inativo”: não pode ser provido enquanto perdurar essa situação. Assim,

como não se exige lei para a extinção de cargo ou emprego público, também não cabe exigir essa espécie de ato normativo para a declaração de desnecessidade de cargo ou emprego público. Nesse sentido são as decisões do STF (RDA. 195:51. e RT 722:347). Ademais, a declaração de desnecessidade de cargo público é atividade discricionária, ou seja, de conveniência e oportunidade da Administração Pública competente (RT. 722:347). A declaração da desnecessidade do cargo ou emprego público, nessas hipóteses, será concretizada por ato administrativo, veiculado por decreto, se o cargo ou emprego público for do Executivo; por portaria, se do Judiciário; e por ato da mesa, se do Legislativo. Declarada a desnecessidade, a qualquer momento, segundo o interesse público, pode ocorrer o desfazimento dessa situação, e o conseqüente aproveitamento do servidor se fará sem prévia autorização legislativa, uma vez que a obrigação de aproveitar o servidor decorre diretamente da Constituição Federal (art. 41, § 32). Basta que as condições para o aproveitamento (necessidade do cargo e do serviço) do servidor estejam presentes. Nessas condições o aproveitamento não pode ser visto como ato discricionário da Administração Pública, e, mais que isso, se presentes as mencionadas condições, o aproveitamento é direito subjetivo do servidor colocado em disponibilidade, demonstrável quando a Administração Pública, por exemplo, continua realizando os serviços que lhe cabiam ou quando admite um terceiro para realizá-los.

Observe-se que a lei ordinária não pode atribuir proventos integrais ao servidor em disponibilidade. Lei que assim dispusesse seria inconstitucional, dado que já não é permitido à legislação infraconstitucional alterar o regime constitucional dos servidores públicos estatutários para mais ou

201

para menos (RF. 125:93). Essa a lição de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 370), ao asseverar que, “Se até a Constituição de 1967 os dispositivos constitucionais pertinentes ao servidor público eram vistos apenas como mínimos de garantia dos servidores públicos e só se impunham integralmente por recomendação da boa doutrina e pela moralizadora orientação jurisprudencial, a partir de então passaram a ser normas de observância obrigatória em todas as esferas administrativas, situação mantida pela atual Constituição da República (arts. 37 e 39 a 42). Com isso, fica prejudicada qualquer discussão sobre a possibilidade de sua restrição ou ampliação, uma vez que, atualmente, constituem mesmo ‘um código de direitos e obrigações fundamentais que devem ser respeitados pelo Distrito Federal, pelos Estados

e Municípios (e, também, pela União. acrescentamos) em suas leis ordinárias’, como ensina Themístocles Cavalcanti”.

Cabe ainda, em relação à remuneração do servidor estável disponível. saber se os seus proventos serão reajustados. como o são os dos aposentados, com fundamento no § 82 do art. 40 da Constituição Federal. Embora esse parágrafo somente cuide da disciplina do reajuste dos proventos da aposentadoria e das pensões, cremos que seria ilógico e injurídico não se admitir a aplicabilidade desse dispositivo aos proventos dos servidores disponíveis. Ademais, as situações, por serem iguais (ambos são inativos, ambos recebem proventos), exigem idêntico tratamento, sob pena de ser afrontado o princípio da igualdade.

E da natureza da disponibilidade a sua provisoriedade. Então, o aproveitamento do servidor estável posto nessa espécie de inatividade, sobre ser um direito seu, é obrigatório para a entidade a que esse agente público se liga, não obstante a esse respeito nada disponha a Constituição Federal. “O aproveitamento”, diz Adilson Abreu Dallari (Regime constitucional. cit.. p. 100). “não é facultativo, nem para a administração, nem para o servidor estável”. Assim, toda vez que se ensejarem fatos (vacância ou criação de cargo com atribuições iguais ou assemelhadas às do cargo extinto, declarado desnecessário ou ocupado pelo reintegrado), o aproveitamento é obrigatório, e a esse comportamento não pode opor-se o servidor estável disponível. Por outro lado. se surgirem os fatos ensejadores do aproveitamento, e a Administração Pública, autárquica ou fundacional pública preferir, por concurso, nomear outrem, cremos caber ao servidor estável em disponibilidade defender seu aproveitamento mediante mandado de segurança.

Ao servidor estável em disponibilidade e enquanto ela durar aplicam- se. em termos de acumulação, as regras relativas aos aposentados, dado que essas duas categorias de inativos são muito semelhantes. Vale. *mutatis mutandis*, para esta hipótese, o que dissemos neste Capítulo em relação à acumulação dos aposentados.

202

Observado esse regime, no âmbito estadual, distrital e municipal, a declaração de desnecessidade de cargo ou emprego público pode ser utilizada pelas autoridades competentes de cada um dos poderes dessas esferas políticas.

Mutatis mutandis. essas regras valem para a declaração de desnecessidade de cargos ou empregos públicos de autarquias e fundações públicas, vinculadas a qualquer dos Poderes e nas diversas esferas políticas.

Por fim, diga-se que o cargo ou emprego público posto sob o regime da desnecessidade pode ser extinto, não precisando para isso que seu então titular, ora em disponibilidade, seja a ele reconduzido. Essa extinção não altera a situação do servidor, pois continua em disponibilidade com remuneração proporcional e todos os demais direitos.

5.6.4.5. Associação sindical

No regime jurídico-constitucional anterior não havia qualquer dispositivo que, expressamente, vedasse a sindicalização dos servidores públicos. A proibição era inferida, por alguns autores, do art. 162 da Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, que proibia a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei. A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, em artigo prejudicado pelo art. 82, 1, da Constituição Federal, dispõe que não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais, excluindo dessa genérica vedação os empregados das sociedades de economia mista e das fundações criadas ou maritidas pelo Poder Público da União, dos Estados-Membros e dos Municípios (art. 566 e parágrafo único).

Na Constituição Federal de 1988, o tema “sindicalização” foi tratado de forma diferente em dois momentos: num é disciplinada a matéria em relação ao trabalhador em geral (art. 82 e incisos), noutro apenas é garantido, no que concerne ao servidor estatutário, “o direito à livre associação sindical” (art. 37, VI). Essa sistematização e o tratamento diverso dispensado aos dois grupos de trabalhadores nos levam a dizer que a sindicalização do servidor público não é a instituída na legislação consolidada, nem a disciplinada no art. 82 e seus incisos pode ser-lhe aplicada automática e analogicamente de imediato. Existem diferenças enormes entre aqueles e estes trabalhadores, assim como existem diferenças profundas entre o particular patrão e o Poder Público “patrão”, que deverão ser obrigatoriamente observadas pelas respectivas associações. Assim, não pode a associação sindical dos servidores estatutários desconhecer que a fixação da remuneração dos seus associados depende de lei (arts. 48, 51, IV, 52, XIII, 75 e 96, II, b, da CF), ou que existem limitações quanto ao montante da despesa com pessoal ativo e inativo,

203

consoante fixado em lei complementar (art. 169 da CF). ou, ainda, que qualquer aumento de remuneração só pode ser concedido se houver: 1 — prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de pessoal e aos acréscimos

decorrentes: II — autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (art. 169, § 1.º Te II. da CF). “O importante”, assevera Adjison Abreu Daliari (Regime constitucional, cit., p. 149). “é destacar que não mais existe a proibição de sindicalização para os servidores públicos. os quais poderão constituir entidades especificamente destinadas à defesa de seus interesses como trabalhadores, providas de instrumentos eficientes para isso, e entidades essas cujos dirigentes deverão contar com garantias necessárias ao pleno desenvolvimento de suas atribuições”.

A instituição dessas associações sindicais em face dos termos da Constituição Federal é legítima. mesmo antes de qualquer regulamentação infralegal. e sua atuação. se conformada aos princípios, limitações e condicionamentos antes lembrados, não pode ser havida como ilegal. Ademais. sua instituição independe de qualquer prévia autorização do Estado (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município). e. o que é mais importante. é vedada sua interferência ou intervenção na organização sindical (art. 82. 1, da CF). sob pena de serem inócuas a palavra “livre”, no texto do inciso VI do art. 37 da Lei Maior, e a locução “a lei não poderá exigir autorização para a fundação de sindicato” (art. 8. 1. da CF). Não obstante seja Assim, seu registro faz-se necessário junto ao Ministério do Trabalho, cuja regulamentação para tanto está contida na Instrução Normativa n. 3. de 10 de agosto de 1994. desse órgão.

Também não se há de entender desnecessária, em razão dos citados textos constitucionais, qualquer legislação a respeito. A necessidade de lei. pelo menos em relação aos trabalhadores em geral. é indiscutível, ante os termos do inciso I do art. 82 da Lei Maior. Se a lei é necessária, pergunta-se:

que lei? Federal. de natureza nacional, ou lei de cada entidade política? Cremos que deva ser da entidade política, dado que nada se encontra na Constituição da República que indique ser uma lei federal de caráter nacional. Ainda, cabe dizer que. se. na dicção do art. 37. a “administração pública direta. indireta ou fundacional. de qualquer dos Poderes da União. dos Estados. do Distrito Federal e dos Municípios”. deve obedecer a certos princípios aí enumerados e a outras disposições consignadas em seus incisos, a exemplo da que garante “ao servidor público civil o direito à livre associação sindical”, é certo dizer que esses princípios e disposições são parâmetros das leis sobre essa matéria no âmbito de cada uma dessas entidades. as únicas que poderiam desconhecer-los, e estão. assim, a indicar sua competência.

A esse respeito assevera Adilson Abreu Dallari (Regime constitucional, cli.. p. 149): “Cada pessoa jurídica de capacidade política (União. Es-

tados. Distrito Federal e Municípios) vai legislar, para si, sobre esse tema. cabendo lembrar que o direito à sindicalização não pode ser suprimido ou amesquinçado, até porque é uma emanção do princípio participativo, previsto no art. 12. parágrafo único. da Constituição Federal”. Essa lei não precisa resolver o problema do enquadramento sindical que é feito por categorias econômicas (em relação às empresas) e profissionais (relativamente aos empregados). que seguramente não se afeiçoam às entidades públicas e aos servidores públicos. Outros fatores de associação poderão ser escolhidos, a exemplo do sindicato por entidade pública (União. Estado-Membro. autarquia. Município), onde a associação sindical agruparia todos os seus servidores independentemente das profissões exercidas. Também não se deve preocupar em solucionar as dificuldades decorrentes da adoção de uma base territorial.

No que conceme ao órgão judicial para apreciar os dissídios individuais e coletivos envolvendo a Administração Pública direta. autárquica e fundacional pública e os servidores respectivos, cremos ser a Justiça comum quando forem interessados os servidores estaduais ou municipais, isto é, da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública do Estado-Membro ou do Município. e da Justiça Federal quando forem interessados os servidores públicos civis federais, isto é, da Administração Pública direta. autárquica ou fundacional da União.

5.6.5. Outros aspectos

Ainda, relacionados com os servidores públicos, devem ser examinados outros aspectos regulados pela Constituição Federal e pelos estatutos dos servidores civis das respectivas pessoas políticas. Os deveres, o poder disciplinar, a responsabilidade e a extinção do vínculo carecem. ainda, desse exame.

5.6.5.1. Vitaliciedade

É prerrogativa que impede a perda do cargo titularizado por determinados agentes públicos. salvo por sentença judicial transitada em julgado. aposentadoria compulsória. exoneração a pedido ou morte. E outorgada constitucionalmente aos membros do Poder Judiciário (art. 95. 1, da CF). aos Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 73, § 32, da CF), aos integrantes do Ministério Público (art. 128, § 52, 1. a. da CF) e aos oficiais militares (art. 142, § 32, VI, da CF), em razão da independência que se exige desses agentes no desempenho de suas altas funções. A ninguém mais é concedida. nem a legislação infraconstitucional pode concedê-la. visto que não cabe à lei ampliar os cargos dessa natureza. E adquirida pelos juizes de primeiro grau e

pelos membros do Ministério Público, após dois anos de exercício, chamado de estágio probatório. Nesse período o juiz somente perde o cargo por deliberação do Tribunal a que está vinculado, enquanto o promotor de justiça pode perder seu cargo em razão de decisão proferida em processo administrativo em que se apurou sua inaptidão para o serviço público e se lhe deu amplo direito de defesa. No segundo grau e para os juízes não oriundos da carreira e para os Ministros e Conselheiros das Cortes de Contas dos vários níveis de governo, a vitaliciedade é alcançada com a posse. Pelos oficiais militares é adquirida com a posse do posto. A vitaliciedade, se impede a perda do cargo, não impede sua extinção, e seu titular, nesses casos, fica em disponibilidade, conforme já sentenciou o STF (Súmula 11. “A vitaliciedade não impede a extinção do cargo, ficando o funcionário em disponibilidade, com todos os vencimentos”). A vitaliciedade também não impede a aposentadoria, consoante sumulado pelo STF (Súmula 36 — “Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória em razão da idade”). Ademais, a vitaliciedade, como já se disse, não significa perpetuidade.

5.6.5.2. Inamovibilidade

É predicamento dos membros do Judiciário e do Ministério Público que impede a remoção do juiz ou do promotor de justiça, salvo interesse público e se forem atendidas as condições estabelecidas, respectivamente, nos arts. 93, VIII, e 128, § 59, 1, b, da Constituição da República. Tal qual a prerrogativa da vitaliciedade, é outorgada pela Lei Maior a esses agentes em razão da independência que deles se exige no desempenho das atribuições de seus cargos. Os Ministros e Conselheiros das Cortes de Contas federal, estadual e municipal também são prestigiados pela inamovibilidade, embora nunca possam ser removidos, dado só existir um Tribunal onde podem desempenhar suas atribuições. A inamovibilidade é adquirida com a posse, e não é necessário estágio probatório. A nenhum outro agente é concedida, nem a legislação ordinária pode instituí-la a favor de certa categoria de agentes, pois não cabe à lei ordinária ampliar os servidores que gozam desse predicamento.

5.6.5.3. Férias

São períodos anuais de trinta dias de repouso do servidor público celetista e do servidor público estatutário, sem perda dos vencimentos e demais vantagens do cargo, emprego ou função. Destinam-se ditos períodos à recuperação física e mental dos servidores que permaneceram um ano à disposição da entidade a que se ligam. Por essa

razão, em princípio, não podem ser indenizadas. O servidor deve desfrutá-las. São gozadas no ano seguinte (período de

206

gozo) ao da aquisição do direito (período de aquisição). segundo as conveniências e interesses da Administração direta, indireta, autárquica ou fundacional pública a que o servidor está vinculado. Não podem ser acumuladas, exceto por necessidade de serviço, e, mesmo assim, por um número máximo de anos, quase sempre de dois. a exemplo do que estabelece o art. 77 do Estatuto federal. Ao sair de férias. o servidor deve receber a remuneração correspondente acrescida de, pelo menos, um terço do salário normal, consoante estabelecem. combinadamente, o § 39 do art. 39 e o inciso XVII do art. 72, ambos da Constituição da República. Pelo Estatuto federal, iniciado o gozo das férias, este somente pode ser interrompido por motivo de calamidade pública. comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral ou por motivo de superior interesse público (art. 80). Após o primeiro ano, as férias devem ser indenizadas, quando do rompimento do vínculo, à razão de um doze avos por mês trabalhado.

5.6.5.4. Licença

As licenças, variáveis de legislação para legislação, são períodos de afastamento do servidor do serviço público com ou sem perda dos vencimentos e demais direitos. Os estatutos costumam prever licença para tratamento de saúde, para prestação do serviço militar e para cuidar de interesse particular. Ainda prevêm a licença-prêmio e a licença-gestante, ao lado de outras. Esta última, a par da licença-paternidade, é hoje direito constitucional (art. 39, § 32, de o art. 72, XVIII e XIX). Atendidos os pressupostos legais, essas licenças são concedidas tanto aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo como aos titulares de cargos de provimento em comissão, salvo quanto à destinada a tratar de interesses particulares, por incompatível com a natureza do cargo em comissão.

Algumas licenças são concedidas ex officio, como é o caso da que objetiva fins profiláticos; outras são somente outorgadas a pedido, a exemplo da que permite o afastamento do servidor para cuidar de interesses particulares. Dependendo dos motivos e da natureza da licença, o afastamento pode ser prorrogado. E evidente que não se pode prorrogar, por exemplo, a licença-prêmio, nem conceder certas licenças antecipadamente. Finda a licença, o servidor deve reassumir o exercício do cargo, sob pena da perda de seus vencimentos e de demissão por abandono do cargo, quando a ausência ultrapassar certo prazo, normalmente de trinta dias. O servidor deve aguardar

no exercício do cargo o deferimento do pedido de sua licença e, salvo se o gozo estiver vinculado a determinada situação (serviço militar, gestação, paternidade), não pode insurgir-se contra o indeferimento do pedido de afastamento se assim for decidido pela Administração Públi

207

ca. A esta cabe. em razão das necessidades do serviço, dizer em que período o gozo da licença pode acontecer.

Os estatutos, de há muito tempo. concedem a licença-gestante, de sorte que essa regulamentação, em tudo que não afrontar a Constituição Federal, prevalece. O mesmo não se dário que diz com a licença-paternidade, por ser inovação. Sendo assim, o estatuto de cada entidade política deve regular esse direito em relação aos seus servidores. O Estatuto federal (Lei n. 8.112/90) regula essa licença no seu art. 208. concedendo-a por cinco dias consecutivos.

No Estatuto federal as várias licenças que podem ser concedidas estão reguladas no Título III — Dos Direitos e Vantagens. arts. 81 e seguintes, salvo quanto à licença para tratamento de saúde, a licença à gestante e à adotante e a licença-paternidade, que são tratadas no Título VI — Da Seguridade Social do Servidor, a partir do art. 183.

5.6.5.5. Adicional, gratificação e indenização

A CF (art. 37. XIV). ainda que de forma indireta, permite que a legislação ordinária, especialmente o estatuto do servidor público estatutário. institua outra gama de direitos em prol dessa espécie de servidor, mas veda que sejam computados ou acumulados para novas concessões. Assim são as vantagens pecuniárias^{4º}. acréscimos estipendiários em razão do tempo de serviço ou decorrentes da natureza ou do local de trabalho. conhecidas como adicionais e gratificações. instituídas e reguladas pela maioria dos estatutos, como é o caso do Estatuto paulista. Nesta lei. o adicional está regulado nos arts. 127 a 134. e a gratificação está disciplinada nos arts. 135 a 143. mas o exame que dessas vantagens faremos em seguida não se restringe a esse diploma legal. A par dos adicionais e gratificações. o Estatuto federal criou as indenizações (arts. 51 a 60). como mais adiante será visto.

Adicionais são vantagens pecuniárias a que os servidores estatutários têm direito em razão do tempo de serviço ou do exercício de cargo que exige conhecimentos especializados ou um regime especial de trabalho. Os adicionais concedidos em função do decurso do tempo são chamados de adicionais por tempo de serviço, enquanto os

outorgados em razão do exercício de cargo que exige conhecimentos especializados ou em função de um regime especial de trabalho são chamados adicionais de função.

O adicional por tempo de serviço, concedido ao servidor pelo simples decurso de um prazo de prestação de serviço, é somado ao padrão e a ele adere para todos os efeitos (férias, licença, aposentadoria, disponibilidade).

40. No Estatuto federal essas vantagens pecuniárias estão reguladas no Título III Dos Direitos e Vantagens arts. 49 e s.).

208

salvo para novos adicionais. Assim são os biênios, triênios e quinquênios, concedidos a cada dois, três ou cinco anos de serviço dedicados à entidade a que o servidor está vinculado. Sua razão é o serviço já prestado ao longo de certo tempo. Cada estatuto, segundo critério discricionário, acolhe este ou aquele tempo para outorgar a vantagem. O Estatuto paulista acolheu o quinquênio (art. 127), calculado à razão de 5% sobre o vencimento.

O adicional de função, concedido ao servidor quando o exercício do cargo exige conhecimentos especializados ou um regime especial de trabalho, é somado ao padrão, mas a ele não adere. Sua razão é o trabalho que está sendo feito. Assim, com o desaparecimento definitivo do motivo da concessão, cessa o correspondente pagamento. Embora seja essa a razão, ele é devido ao servidor em gozo de férias, de licença-gestante e de licença paternidade, entre outros afastamentos sem o caráter de definitividade. Esse adicional pode ser de tempo integral (regime em que o servidor fica inteiramente à disposição da pessoa a que se liga e proibido de exercer qualquer outra atividade pública ou privada), de dedicação plena (regime em que o servidor desempenha suas atribuições exclusivamente à pessoa pública a que se vincula, sem estar impedido de desempenhar outras em entidade pública ou privada, diversas das que desempenha para a pessoa pública em regime de dedicação plena) e de nível universitário (desempenho de atribuições que exige um conhecimento especializado, só alcançado pelos detentores de títulos universitários). Observe-se que para fazer jus ao adicional de nível universitário exige-se para o desempenho das atribuições um conhecimento só alcançável em curso de nível superior e que o servidor, portador de diploma universitário, efetivamente desempenhe ditas competências. Assim, se as atribuições do cargo não exigem um titular desse gabarito, nenhum direito tem ele a esse adicional, ainda que detentor de diploma de curso superior. Os estatutos têm permitido a incorporação desses adicionais ao vencimento do servidor desde que este

tenha desempenhado. nessas condições. as atribuições que lhe estão afetas durante certo tempo.

Os adicionais são instituídos e regulados por lei e somente por essa espécie de ato podem ser alterados ou extintos. respeitados. no entanto. os adquiridos pelo servidor. A lei pode alterar ou extinguir um adicional. como. por exemplo. o de tempo de serviço, mas deve preservar os já adquiridos ou incorporados. Assim, se o servidor já incorporara dois triênios quando o adicional é extinto, esses triênios são respeitados; outros, no entanto. não serão mais passíveis de incorporação.

Gratificações são vantagens de ordem pecuniária outorgadas aos servidores públicos que desempenham serviços comuns em condições incomuns ou anormais de segurança. salubridade ou onerosidade. ou concedidas a título de ajuda em face de certos encargos pessoais. As gratificações outorgadas em razão do desempenho de serviços comuns em condições anormais

209

biênios . triênios quinquênios

[tempo integral

dedicação plena

nível universitário

risco de vida

serviços extraordinários . serviços fora da sede

salário-família

. salário-educação

salário-esposa

210

211

mais de segurança. salubridade ou onerosidade são chamadas de gratificações de serviço, enquanto as concedidas em razão de determinados encargos pessoais são chamadas de gratificações pessoais. Sua instituição reside no interesse do serviço e do servidor.

A gratificação de serviço é a outorgada ao servidor a título de recompensa pelos ônus decorrentes do desempenho de serviços comuns em condições incomuns de segurança ou salubridade, ou concedida para compensar despesas extraordinárias realizadas no desempenho de serviços normais prestados em condições anormais.

Assim são as gratificações conceituadas e disciplinadas pelos arts. 51 a 60 do Estatuto federal. Destinam-se, as indenizações, a reembolsar as despesas assumidas pelo servidor em razão ou por ocasião da execução de suas responsabilidades. Essas indenizações são: 1) ajuda de custo; 2) diária; 3) transporte.

As vantagens pecuniárias, sejam adicionais, sejam gratificações, não são meios para majorar a remuneração dos servidores, nem são meras liberalidades da Administração Pública. São acréscimos remuneratórios que se justificam nos fatos e situações de interesse da Administração Pública e do servidor. Assim, não é sem motivo que a Lei Orgânica do Município de São

Paulo estabelece, no seu art. 94, que as vantagens de qualquer natureza os trabalhos médicos e os correlatos prestados aos aidéticos: as outorgadas somente poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao em função de serviços extraordinários, como são os prestados fora da jornada de trabalho: as atribuídas pelo exercício do trabalho em certas zonas. 128 da Constituição de São Paulo. Fora disso, afirma Hely Lopes Meirelles como é o de professor em zona rural: as concedidas em razão de trabalhos (Direito administrativo, cit., p. 406), são vantagens anômalas, que não se realizados em comissões e bancas, como são os prestados nas comissões de licitação e nas bancas examinadoras; as atribuídas em razão da prestação enquadram quer como adicionais, quer como gratificações, pois não têm a natureza administrativa de nenhum desses acréscimos estípendiários, apre- de serviços fora da sede. como são os trabalhos de auditorias, sentando-se como liberalidades ilegítimas que o legislador faz à custa dos

A gratificação pessoal é a atribuída ao servidor em razão de suas condições individuais. Assim são as gratificações por ter o servidor filhos menores ou incapacitados para o trabalho. filhos em idade escolar. ou por cofres públicos, com o único propósito de cortejar o servidor público. Num quadro sinótico tem-se:

ter uma esposa. conhecidas como salário-família, salário-educação e salário-esposa

respectivamente. Essas gratificações, por decorrerem única ment

de fatos ou situações individuais do servidor, podem ser percebidas mesmo sem o efetivo exercício do cargo, ou seja, ainda que o servidor

1

1 — por tempo de serviço

esteja aposentado ou em disponibilidade.

São as gratificações instituídas e reguladas por lei e somente por ato dessa natureza podem ser alteradas ou extintas, respeitado, quando for o caso, o direito adquirido. Ademais, a concessão é sempre discricionária ou, em outros termos o servidor não tem direito subjetivo a ver seu trabalho

1 — Adicionais

2 de função 1.

majorado por gratificação, ainda que faticamente pudesse ter direito a ela. Enfim: o servidor não tem como exigir que seja editada uma lei dispondo sobre essas gratificações.

O adicional e a gratificação, como se infere do que foi dito sobre um e outro, não se confundem. Em resumo, pode-se dizer que o adicional uma recompensa ao tempo de serviço do servidor ou uma retribuição pelo

Vantagens

pecuniárias

1 — de serviço II — Gratificações

desempenho de atribuições especiais que escapam à rotina, enquanto a gratificação é recompensa pelo desempenho de serviços comuns em condições incomuns, anormais ou adversas para o servidor ou uma retribuição

2 — pessoais

em face de situações que oneram o seu orçamento. O adicional está intimamente relacionado com o tempo ou com a função, enquanto a gratificação condiz com o

serviço ou com o servidor. O adicional é permanente; a gratificação é provisória. Também não se confundem com as indenizações,

III — Indenizações

Í ajuda de custo diárias

transporte

Por fim, diga-se que o recebimento de uma vantagem não elimina outra, nem o pagamento da competente indenização. De sorte que o servidor pode ser beneficiado num dado momento de sua vida funcional ao mesmo tempo, com adicional, gratificação e indenização, se preencher as exigências para a aquisição de cada uma dessas vantagens. É o que pode ocorrer com o servidor que recebe biênio, por contar com mais de dois anos de serviço prestado à entidade a que está vinculado, gratificação de serviço, por desempenhar suas atribuições com risco de vida, e indenização, por depender de transporte. Atente-se que ainda outras vantagens poderiam ser concedidas a esse servidor, como é o caso do salário-família e do de nível universitário, se satisfeitos os requisitos para a sua aquisição. Assim, o servidor, num certo lapso de sua vida funcional, tanto pode acumular vantagens como perder alguma delas, conforme reunir ou perder as condições que justificam a acumulação ou perda dos benefícios.

5.6.5.6. Deveres

Os estatutos dos servidores, nas diversas esferas de governo, impõem uma série de deveres a esses agentes públicos, tidos como de observância necessária ao satisfatório exercício dos cargos e ao normal funcionamento dos serviços dados à cura da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública e destinados aos administrados. Dentre esses deveres, os autores arrolam: a assiduidade, a pontualidade, a discrição, a urbanidade, a lealdade e a obediência. Esse elenco não coincide com o rol de deveres apresentados pelo Estatuto, a exemplo do federal (art. 116). O desatendimento desses deveres pode caracterizar infração sancionável administrativa e, até mesmo, penalmente. Assim, a impontualidade pode ensejar o desconto dos dias não trabalhados (sanção administrativa) ou a pena de detenção de quinze dias a um mês, se caracterizar abandono de cargo (sanção penal).

Deve o servidor ser assíduo, isto é, comparecer habitualmente ao local de trabalho e desempenhar as funções sob sua responsabilidade. Nisso resume-se o dever de assiduidade. Pelo dever de pontualidade exige-se a observância do horário de

funcionamento dos serviços públicos. O servidor deve obedecer aos horários de início e término do expediente e aos de tomada de refeições. A observância desses horários é controlada por meio do chamado cartão de ponto ou outros processos mecânicos ou eletrônicos. Os ocupantes de cargos em comissão são, nesse particular, submetidos a um controle feito por livro de ponto ou são simplesmente dispensados de qualquer controle. Essa espécie de controle ou sua dispensa é feita em função do interesse público e em razão da natureza do cargo, não significando.

212

de modo algum, que o servidor está desobrigado de cumprir a jornada legal ou que possa fazer o horário de trabalho segundo sua vontade ou interesses particulares. A jornada de trabalho é fixada unilateralmente pela Administração Pública mediante lei (TST. RR 74.089/93.4), mas o início, o intervalo para refeição e o término da jornada são fixados por decreto do Executivo. A jornada pode variar em função da categoria profissional. Assim, se determinado por lei, o médico, o dentista, a telefonista e o digitador, por exemplo, podem ter horário diferenciado dos demais servidores e uma jornada de trabalho menor, assemelhando-se, nesse particular, ao que ocorre na atividade privada. Essa lei, por certo, é a da entidade a que se vincula o servidor, ou seja, a federal, a estadual, a distrital e a municipal. Vê-se que a lei federal que eventualmente estabelece para a atividade privada jornada especial de trabalho não se aplica automaticamente aos servidores.

O horário e a jornada de trabalho podem ser alterados unilateralmente pela Administração Pública, pois não se constituem em direito adquirido do servidor, conforme já decidiu o TST (RR 65.052/92.5 e RR 74.089/ 93.4), dado que, no caso, prevalece o interesse público. Cabe distinguir horário de expediente e horário de atendimento ao público. O horário de expediente é o que deve ser cumprido pelo servidor conforme estabelecido em lei e regulamento, enquanto o horário de atendimento ao público é o fixado para a satisfação dos administrados que procuram junto à Administração Pública cumprir suas obrigações e atender aos chamamentos do Poder Público. Pela discricção exige-se do servidor reservas sobre os assuntos que lhe são submetidos à apreciação ou serviços dados à sua execução. Atualmente, essa discricção pode incidir sobre o agente público durante certo tempo após a exoneração. É a chamada quarentena estatutária, como será vista logo mais. O servidor deve tratar os colegas e os administrados com solicitude, respeito e tolerância, cumprindo, assim, o

dever de urbanidade ou cortesia. Ademais, deve ser dedicado ao serviço e respeitar as leis e instituições, cumprindo, desse modo, o dever de lealdade.

O dever de obediência impõe ao servidor o acatamento das ordens recebidas e a sua imediata execução, salvo se manifestamente ilegais, consoante estabelece o art. 116, IV, do Estatuto federal, mas não impõe qualquer obrigação de representar. como faz o Estatuto paulista (art. 241, II). Isso, evidentemente, não o impede de representar, em face da faculdade contida no art. 59, XXXIV, da Constituição Federal, conforme dissertamos no n. 4.1. item II, Capítulo XIV. O dever de obediência é entendido de forma diferente por três doutrinas. Com efeito, para a doutrina francesa, o servidor deve cumprir toda e qualquer ordem recebida, sem poder discutir sua legalidade. Para a doutrina alemã, o servidor deve atender a todas as ordens

213

recebidas e até as tidas por ilegais, se reiteradas. Para a doutrina inglesa. o servidor só é obrigado a cumprir as ordens legais. A doutrina inglesa. a melhor, sem dúvida, é a acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro. cujo suporte é o art. 59, II. da Constituição da República (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). Dessa forma. o que o servidor não deve cumprir são as ordens manifestamente ilegais, não as que entender ilegais. e. ainda Assim, assumindo o risco decorrente do seu descumprimento se ficar demonstrada a legalidade da ordem recebida. Por outro lado. o então TFR. ao julgar a Apelação em Mandado de Segurança n. 89.710. decidiu que o funcionário que cumpre ordem manifestamente ilegal assume sua autoria e responsabilidade⁴¹. Os estatutos, e disso é exemplo o paulista, prescrevem como dever do servidor o cumprimento das ordens superiores, cabendo-lhe representar quando forem manifestamente ilegais (art. 241), portanto, se a ordem não for manifestamente ilegal, sob pena de quebrar o dever de obediência. deve cumpri-la ou assumir o risco decorrente do descumprimento.

5.6.5.7. Quarentena

O art. 62. seus incisos e parágrafos. da Medida Provisória n. 2.225-45. de 4 de setembro de 2001. que altera diversas leis e dá outras providências. instituíram e disciplinaram no âmbito da União o regime da quarentena. Vulgarmente. quarentena é o espaço de tempo. que de início era de quarenta dias. destinado a um certo fim. como é o caso da permanência obrigatória. por dado tempo. de navio ao largo ou em certo ancoradouro. em virtude de surto de moléstia contagiosa nele constatada. Também é o caso do isolamento de certa pessoa por determinado tempo. suspeita de ser portadora de

doença contagiosa. Procura-se com a quarentena resguardar o interesse público, no caso, por certo, a saúde pública. Com a medida evita-se ou dificulta-se a propagação do mal. Essa idéia transparece nesses dispositivos na medida em que o agente público ao ser exonerado está proibido, durante determinado tempo, de conduzir-se livremente. Daí o apelido de Medida da Quarentena ou Lei da Quarentena.

A quarentena, segundo o regime dessa medida provisória, não se aplica a todo e qualquer servidor. Com efeito, estabelece seu art. 6. caput que os titulares de cargos de Ministro de Estado, de Natureza Especial e do Grupo Direção e Assessoramento Superiores — DAS, nível seis, bem

214

assim as autoridades equivalentes, que tenham tido acesso a informações que possam ter repercussão econômica, na forma definida em regulamento, ficam impedidos de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor de sua atuação, por um período de quatro meses, contados da exoneração, portanto, somente esses agentes e ainda assim se a informação apreendida durante o exercício do cargo for de natureza econômica. Nesse período de quatro meses, incluem-se eventuais períodos de férias não gozadas. O agente público atingido pela quarentena, segundo os incisos desse artigo, não pode: I — aceitar cargo de administrador ou conselheiro, ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica com a qual tenha mantido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração; II — intervir, em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, junto a órgãos ou entidade da Administração Pública federal com que tenha tido relacionamento oficial direto e relevante nos seis meses anteriores à exoneração.

Durante o período de quarentena, prescreve o art. 79, os agentes públicos referidos no caput do art. 62 da mencionada medida provisória ficarão vinculados ao órgão ou entidade em que atuaram, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo em comissão que exerceram. Tratando-se de servidor público, poderá optar pelo retomo ao desempenho das funções de seu cargo efetivo nos casos em que não houver conflito de interesse, não fazendo jus à remuneração a que se refere esse artigo. O disposto nesses dois artigos também se aplica aos casos de exoneração a pedido, desde que cumprido o interstício de seis meses no exercício do cargo. A nomeação para outro cargo de Ministro de Estado ou cargo em comissão faz cessar todos os efeitos do impedimento, inclusive o pagamento da remuneração compensatória a que se refere o

art. 62, já que nessas hipóteses os interesses que se deseja prestigiar com a quarentena são prestigiados por outros diplomas legais.

5.6.5.8. Atribuição disciplinar

A atribuição disciplinar, também chamada poder disciplinar, é a que se reconhece a favor da Administração Pública para punir seus servidores pelo cometimento de infrações funcionais. Seu fundamento reside na supremacia especial que a Administração Pública exerce sobre as pessoas que a ela se ligam por relações jurídicas específicas, como a estatutária. Pelo seu exercício controla-se a conduta dos servidores, responsabilizando-os pelas violações funcionais praticadas. É atribuição que se caracteriza como dever-poder da Administração Pública. Assim, ocorrida a infração e

41. Confira em RDA. 155:103.

215

conhecidos os seus autores, não pode deixar a Administração Pública de puni-los, sob pena de a autoridade competente incorrer no crime previsto no art. 320 do Código Penal (condescendência criminosa). As penas aplicáveis, variáveis de legislação para legislação, são: I — repreensão; II — multa; III — suspensão; IV — destituição de função; V — demissão; VI — cassação de aposentadoria ou disponibilidade. O Estatuto federal institui as penas administrativas e regula sua aplicação nos arts. 127 a 142.

A falta deve ser devida e regularmente apurada. A apuração é feita em processo disciplinar, também chamado de inquérito administrativo, em que se deve dar ao servidor infrator amplo direito de defesa, consoante estabelece o art. 5.º LV, da Constituição Federal. A par disso, o ato punitivo deve ser motivado. A motivação objetiva evidenciar a conformação da pena com a falta e permitir que se confirmem, se existentes, na realidade, os fatos alegados como motivos pela Administração Pública para a imposição da pena. As faltas prescrevem nos prazos estabelecidos em lei⁴². A Constituição da República, no § 52 do art. 37, ressalva da prescrição o direito de ressarcimento que tem a Administração Pública nos casos de prejuízos decorrentes de atos ilícitos de qualquer de seus agentes.

5.6.6. Responsabilidade

Estabelece o art. 121 do Estatuto federal que, pelo exercício irregular de suas atribuições, o servidor estatutário responde civil, penal e administrativamente. De modo semelhante prescrevem os estatutos dos servidores públicos das demais esferas de governo. Assim, os servidores públicos que, no desempenho de suas competências ou sob a alegação de desempenhá-las, cometerem infrações civis, penais e administrativas,

haverão de responder por elas perante a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública e perante a Justiça comum ou federal, conforme o caso. Essa responsabilização do servidor público infrator é dever da entidade a que ele se liga e, dentro dela, do superior hierárquico, que não pode descuidar dessa obrigação sob pena de cometer o crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal.

5.6.6.1. Conceito e espécies

Responsabilidade do servidor estatutário, em sentido lato, é o dever que esse agente público tem de suportar as sanções que lhe são impostas

42. O Estatuto federal estabelece os prazos prescricionais no art. 142.

216

em razão de fato ou ato irregular, comissivo ou omissivo, que lhe seja atribuído. Assim, em razão do desempenho de suas atribuições ou a pretexto de executá-las, o servidor público pode vir a responder penal, civil e administrativamente por seus atos.

A prática de crime funcional dá origem à responsabilidade penal, enquanto os danos patrimoniais causados à entidade a que está ligado ou aos administrados e as violações ao correto desempenho de suas competências ensejam, respectivamente, a responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa. Essas as espécies de responsabilidade a que está sujeito o servidor público. Tais responsabilidades não se excluem mutuamente. Ao contrário, podem incidir simultaneamente. Com efeito, pelo mesmo ato o servidor público pode responder civil, penal e administrativamente. A par disso, nem sempre a absolvição na esfera criminal acarreta a absolvição nas demais. Essas três responsabilidades estão previstas e reguladas no Estatuto federal nos arts. 121 e 126, a exemplo de outros.

Em termos de responsabilidade funcional, a Lei Maior estabelece, no art. 37, que os atos de improbidade administrativa⁴³ importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível⁴⁴). enquanto no parágrafo seguinte prescreve que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

5.6.6.2. Responsabilidade penal

A responsabilidade penal do servidor público é a que decorre, notadamente, da prática de crimes funcionais, previstos no art. 312 usque 327 do Código Penal, cujo processo de julgamento obedece ao que dispõem os arts. 513 a 518 do Código de

Processo Penal, e que se efetiva perante o Poder Judiciário. São crimes de ação pública, e o desencadear da ação penal é da competência exclusiva do Ministério Público.

Implica a condenação penal o reconhecimento da responsabilidade civil e da responsabilidade administrativa, se decorrentes do mesmo ato.

43. O disposto no § 4 desse artigo foi regulamentado pela Lei federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

217

5.6.6.3. Responsabilidade civil

vez que a infração penal funcional é mais que suas congêneres. Assim, o condenado na esfera criminal será condenado nas órbitas civil e administrativa. já que, nos termos do art. 935 do Código Civil, nas esferas civil e administrativa não são possíveis decisões contrárias, pois existe decisão criminal definitiva no que concerne aos fatos e à autoria. Alerta-se, no entanto, que a condenação no âmbito criminal, por si só, não enseja punição administrativa. Aquela somente dá ensejo a esta se a infração também for havida como ilícito administrativo.

A absolvição no âmbito penal só afasta a condenação civil e a administrativa se decorrente da inexistência do ato imputado ao servidor público ou negativa de sua autoria (RDA. 51:183. 57:201 e 94:281). Destarte, se para fins criminais o fato não aconteceu ou se não foi o servidor público o seu autor, não se pode pretender, em processos de apuração mais simples e menos exigentes, que o fato tenha ocorrido ou que o servidor seja seu autor, portanto, absolvido o servidor público, por estas razões, no âmbito penal, será ele fatalmente absolvido nas esferas civil e administrativa, em face do que dispõe o artigo do Código Civil acima citado. Se a absolvição se der na esfera penal, por inexistência ou insuficiência de provas ou pela ausência de culpa ou dolo, não está assegurada a absolvição automática nos demais campos da responsabilidade. A absolvição penal por falta de provas não exclui o ilícito administrativo (RDA. 134:145). não impede a subsistência da penalidade disciplinar (RDA. 138:2 15). nem serve de fundamento para revisão do ato de demissão (RDA. 138:274). O servidor público, nessas condições, poderá ser punido civil e administrativamente, dada a independência das três jurisdições.

Poderá a condenação penal acarretar ao servidor público, além da pena principal, as penas acessórias (arts. 67 a 73 do CP) e, como efeitos da condenação, a perda do cargo, a inabilitação para o exercício de função pública e a perda de bens obtidos em razão do desempenho do cargo. 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 disciplinado nos estatutos. Por fim, diga-se que, para efeitos penais, considera-se servidor público, nos termos do art. 327 e § P, aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidade estatal, autárquica ou paraestatal.

218

A responsabilidade civil do servidor público é a que decorre da prática ou da omissão, dolosa ou culposa, de atos e fatos que lhe são atribuídos e que causaram um dano à entidade a que se liga ou a terceiro. E, Assim, essencial para sua caracterização que o comportamento desse servidor seja doloso ou culposos e determinante do dano patrimonial causado à entidade a que está vinculado ou a terceiro. Sem tal comportamento e sem a ocorrência do dano não se pode falar em responsabilidade civil. Não se trata, pois, de responsabilidade objetiva. É a aplicação do disposto no art. 186 do Código Civil⁴⁴.

Os conceitos de culpa ou dolo são os do Direito Privado, O servidor público atua com culpa quando age com imprudência, imperícia, negligência ou imprevisão e causa um prejuízo a alguém. O servidor público atua com dolo quando conscientemente pratica um ato que sabe ser contrário ao Direito. Para distinguir uma de outra dessas condutas, Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 419) lança mão do seguinte exemplo: “se um motorista, propositadamente, atropelar um transeunte, desejando matar ou ferir, cometerá um crime doloso: se o mesmo motorista atropelar o mesmo transeunte, sem o querer, mas com imprudência, imperícia ou negligência, terá cometido um crime culposos”.

A responsabilidade civil é independente das suas congêneres, de sorte que deve ser apurada, ainda que haja sentença criminal absolutória, sempre que na esfera penal não tiver sido categoricamente reconhecida a inexistência material do fato (art. 66 do CPP). Igualmente deve ser apurada dita responsabilidade, não obstante tenha sido determinado o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, julgada extinta a punibilidade, ou declarado que o fato imputado não constitui crime (art. 67 do CPP). Por outro lado, não há que se cogitar de responsabilidade civil quando a sentença penal reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, no estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Nessas hipóteses a sentença penal faz coisa julgada no civil (art. 65 do CPP). Por fim, não cabe, por

evidente, falar nessa espécie de responsabilidade se ficar comprovado no juízo criminal que o servidor não foi o autor dos fatos que lhe foram imputados.

44. Dispõe o art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

219

Tal responsabilidade é apurada na forma do Código Civil e perante o Poder Judiciário. Embora possa ser assim, na maioria das vezes é apurada no âmbito administrativo, mediante o competente processo administrativo, em que se deve dar ao servidor público acusado amplo direito de defesa, consoante exige o inciso LV do art. 52 da Constituição Federal. Apurada a responsabilidade e fixado o valor da indenização, toca ao servidor o pagamento, que pode ser satisfeito de uma só vez, ou em parcelas descontadas mensalmente dos seus vencimentos, se dessa forma estiver previsto em lei, e segundo um percentual máximo, também fixado em lei. Se assim não for, o desconto só é possível se com ele o servidor concordar. Observe-se que a entidade com o direito de ser integralmente ressarcida, em face do princípio da indisponibilidade, não pode liberar o servidor público dessa obrigação. Ademais, deve-se atentar que as ações de ressarcimento são imprescritíveis, consoante estabelece o § 52 do art. 37 da Constituição Federal. A liberação, não obstante esses princípios e regras, é possível se a comandá-la existir interesse público devidamente justificado e for precedida de autorização legislativa.

No que respeita à responsabilização do servidor público em razão de danos causados a terceiros no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, diga-se que depende da comprovação de sua culpa ou dolo em ação de regresso proposta pela pessoa a que está vinculado, uma vez paga a indenização a que foi condenada (art. 37, § 62, da CF). Embora seja essa a regra, cremos que essa responsabilização do servidor público pode ser promovida administrativamente. Outros aspectos dessa problemática estão expostos e tratados no Capítulo XVI, para onde remetemos o leitor, evitando. Assim, a repetição da matéria.

5.6.6.4. Responsabilidade administrativa

A responsabilidade administrativa do servidor público é a que resulta do descumprimento de normas internas da entidade a que está vinculado, da violação do correto desempenho do cargo ou da infração de regras estatutárias. Nos termos do art. 124 do Estatuto federal, é a que resulta de atos ou omissões praticados no desempenho

do cargo ou função. Qualquer leses comportamentos gera o ilícito administrativo e enseja a aplicação da pena disciplinar. Tal como as demais, não depende do resultado dos processos civil e criminal eventualmente instaurados em razão do mesmo fato. Portanto, apurada a infração administrativa, cabe à autoridade competente aplicar a pena, sem qualquer preocupação com o desfecho dos processos

220

que tramitam nas demais esferas de responsabilidade (RT, 227:586 e 302:747; RDA. 91:89 e 126:177).

A responsabilização do servidor acusado do cometimento de infração funcional depende da apuração desse ilícito pelos meios adequados, previstos pelo ordenamento jurídico. Os meios adequados à apuração da falta funcional são os processos administrativo e judicial — os únicos que se afeioam com o espírito e a letra do disposto no inciso LV do art. 52 da Constituição da República, que estatui: “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 ela inerentes”. Com efeito, não se tem como observar esse direito do acusado se a infração é apurada mediante sindicância ou outro meio sumário, que pelas suas características são incompatíveis com os institutos do contraditório e da ampla defesa. Logo, é nula a pena, qualquer que seja ela, aplicada a servidores em que esses direitos não lhes foram assegurados, mesmo que tenha sido precedida de sindicância, ou decorra da aplicação dos princípios da verdade sabida ou da flagrância.

Não fez a Constituição Federal, nesse particular, qualquer distinção, não cabendo, pois, ao intérprete promovê-la. Esse entendimento não é enfraquecido por eventual argumento calçado no § 12 do art. 41 da Lei Maior (o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou, ainda, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa), segundo o qual só é exigido o processo judicial ou o administrativo para a aplicação da pena de demissão a servidor estável, vez que esse dispositivo, conforme lição de Adilson Abreu Dailari (Regime constitucional, cit., p. 81), acolhida por Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime constitucional, cit., p. 98), estatui que o servidor estável somente poderá ser excluído do serviço público se cometer alguma infração disciplinar ou incorrer em alguma situação sancionável com a pena de demissão, cuja aplicação há de obedecer ao disposto nesse parágrafo. De sorte

que os demais servidores podem ser desligados do serviço público ainda que a infração não seja sancionável com a demissão (servidor que revelou inadequação para o serviço público durante o estágio probatório). Isto não significa que essa ou outra punição possa ser aplicada sem que o contraditório e a ampla defesa tenham sido assegurados ao infrator. E evidente, deve-se dizer, que os meios sumários

221

(sindicância, verdade sabida e flagrância) de apuração da infração administrativa não estão. por essa razão. proscritos do Direito Positivo brasileiro. Servem, e somente nesse sentido são úteis e válidos, como instrumento de convencimento para a abertura do processo administrativo.

A apuração da infração é feita pela própria entidade a que está ligado o acusado. em processo administrativo dirigido por uma comissão constituída por servidores estáveis e. no mmnimo. da mesma hierarquia do acusado. Encerrado o processo com o relatório, a comissão remete o expediente à autoridade competente para aplicar, se for o caso. a pena. O Estatuto federal no art. 127. arrola as penas passíveis de aplicação: I — advertência: II suspensão: III demissão: IV — cassação da aposentadoria ou disponibilidade: V — destituição de cargo em comissão: VI destituição de função comissionada.

A aplicação dessas penas não está vinculada à lei. no que concerne à definição da infração e à respectiva sanção. nem ao fato de que se tem de começar pela menos rigorosa para ir. num crescendo. alcançar a de maior rigor punitivo, à medida que o servidor ao longo de sua carreira pratica infrações, O comportamento da entidade é. nesse particular. discricionário. sendo inaplicável o princípio que vigora para o Direito Penal da pena específica (não existe infração sem prévia lei que a defina e a apene). que os romanos expressavam pelo brocardo nullum crimen. nulla poena sine lege. A autoridade competente. em razão da gravidade do fato determinante da punição. escolhe. dentre essas penas. a que melhor atenda ao interesse público e que melhor puna a infração praticada. Com efeito, essa autoridade. para aplicar a pena. deve levar em conta, conforme exigem os estatutos. a natureza e a gravidade da infração e os danos que possa ter causado ao serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais (art. 128 do Estatuto federal). Ademais. deve explicitar os fundamentos de sua decisão. sob pena de invalidade (RDA. 24:134 e 37:345). A motivação da pena deve trazer os atos e comportamentos irregulares praticados pelo

acusado. a apreciação das conseqüências para a entidade a que está ligado, e as disposições da legislação violada, visando demonstrar a legalidade da sanção.

Ocorre a extinção da pena administrativa com o seu cumprimento. Assim, extingue-se a pena de multa, por exemplo, com o correspondente pagamento. A extinção também pode ocorrer pela prescrição e pelo perdão. Dá-se a prescrição com o decurso do prazo fixado em lei para sua apuração, conforme estabelece o § 5 do art. 37 da Constituição

222

Federal. Se a infração também caracterizar crime, a prescrição administrativa só ocorrerá no prazo da legislação penal (RDA, 130:189). Após esse prazo é juridicamente impossível a punição. Ocorre o perdão quando a entidade competente desiste de ver a pena cumprida por inteiro e anistia o infrator. O perdão ou anistia pode ser geral ou individual. Ainda costuma-se indicar outros modos de extinção da pena. Assim, são: a execução compulsória. a ilegalidade, a transação e a morte do infrator (Régis Fernandes de Oliveira, infrações e sanções. cit.. p. 102). Por fim. diga-se que a sanção disciplinar é inaplicável a quem deixou de ser servidor público (Súmula DASP 182).

5.6.7. Extinção do vínculo

A relação jurídica institucional que se estabelece entre a Administração Pública direta. autárquica ou fundacional pública e o respectivo servidor estatutário pode romper-se em razão de causas as mais diversas. A quebra põe fim a esse liame, e as partes que por ele se relacionavam voltam à situação que antes vigorava, isto é, de alheamento entre si. Desse modo. a extinção do vínculo é o desaparecimento da relação jurídica institucional e o retomo das partes à situação de alheamento que antes existia entre elas. Nessa oportunidade são feitos os ajustes decorrentes da relação extinta. São. assim, pagos o saldo de vencimento, a indenização das férias e licenças não gozadas. e entregues. ao então servidor. os documentos de liberação e movimentação de depósitos. a exemplo do PASEP. O servidor, por sua vez, deve ter prestado contas de valores e bens que estavam sob sua responsabilidade. Ademais não pode estar sendo processado administrativamente.

Diversas são as razões que podem determinar a extinção dessa relação jurídica. Contam-se as que decorrem de um ato administrativo: as que advêm de um fato natural, como são a morte do servidor público, o atingimento da idade-limite e a invalidez e as que derivam de sentença judicial como é a perda do cargo em razão de condenação penal definitiva. Atente-se que na primeira causa o ato da entidade a que se vincula o

servidor público pode ser praticado de ofício ou mediante pedido do servidor estatutário. Quando praticado sem provocação, tem-se a exoneração, a demissão ou a revogação do ato de provimento: quando praticado por prévia provocação do servidor público, tem-se a exoneração a pedido ou a aposentadoria facultativa. Não consideramos como causas da extinção do vínculo estatutário a extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade, dado inexistir uma verdadeira quebra do vínculo funcional pois nas duas hipóteses o servidor ficará em disponibilidade.

223

Num quadro sinótico tem-se:

1. idade-limite

2. morte

3. invalidez

5.6.7.1. Extinção por ato administrativo

a. exoneração

b. demissão

c. revogação do provimento

d. redução de despesas

a. exoneração a pedido

b. pedido de aposentadoria

Por ato da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública que exclui o servidor do seu respectivo quadro de pessoal, a relação jurídica institucional que qualquer dessas entidades mantêm com esse servidor extingue-se. Tais atos, administrativos e destinados a desligar o servidor público do quadro de servidores, quando praticados de ofício pela Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública, são os de exoneração, de demissão e de revogação do ato de provimento. Cumpridos esses atos, consuma-se a extinção da relação jurídica institucional. Também se extingue de ofício essa relação institucional com o fito de reduzir despesas, consoante previsto no art. 169, § 4º, da Constituição Federal.

Exoneração é o desligamento do servidor público do quadro de pessoal da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública por entender não ser mais conveniente ou oportuno mantê-lo integrado a esse quadro. É ato administrativo de exclusiva responsabilidade dessas entidades. Por essa espécie de ato podem ser desligados o servidor ocupante de cargo efetivo em estágio probatório que, em processo administrativo, teve patenteada

sua inaptidão para o exercício das atribuições do cargo ou do serviço público. e os titulares de cargo de provimento em comissão. de livre nomeação e exoneração. Vê-se que a exoneração não se caracteriza como pena. Não há nesses atos qualquer caráter sancionatório. Na exoneração a autoridade não está. em tese, obrigada a motivar o seu ato (RDA, 108:180). mas. se o fizer. a legalidade da extinção ficará vinculada à real existência do motivo alegado. Assim, se a exoneração teve por motivo a desinteligência política do exonerado com seu superior, essa circunstância há de ter existido, sob pena de nulidade da medida. Também não há qualquer necessidade de instauração do processo administrativo e. obviamente, não cabe falar em concessão ao exonerando do amplo direito de defesa. Declarada a ilegalidade da exoneração. restaura-se o vínculo e ocorre a reintegração do servidor com a recomposição de todos os seus direitos. A reintegração não veda “nova” exoneração.

Demissão é o desligamento do servidor público do quadro de pessoal da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública por ter cometido infração, em tese, sancionável com essa pena. É ato administrativo da exclusiva competência dessa entidade. Pela demissão desliga-se do quadro de pessoal qualquer servidor público, desde que tenha cometido infração, em tese, punível com essa sanção. Sob essa óptica não há servidor indesligável do quadro de pessoal da entidade a que se acha vinculado. A demissão supõe falta grave, prescrita em lei⁴⁵. Pode a pena de demissão ser aplicada com a nota “a bem do serviço público”, sempre que assim estiver estabelecido em lei. Essa pena agravada está prevista, entre outros. no Estatuto paulista (art. 257) e pode ser aplicada, por exemplo, quando o servidor exerce a advocacia administrativa (art. 257, IX). A aplicação da pena de demissão simples ou agravada exige processo administrativo ou judicial se o servidor for estável, consoante prevê o § 1º do art. 41 da Constituição Federal. em que se lhe deve assegurar ampla defesa. sob pena de nulidade da decisão (RDA. 128:241). O ato de demissão praticado pela autoridade competente deve ser. sob pena de invalidade, motivado. Devem-se evidenciar as infrações praticadas e a repercussão ruínosa desses atos para a entidade a que está ligado o servidor e arrolar os dispositivos da legislação violada.

Diga-se, por fim, que o vínculo também pode ser extinto pela revogação do provimento se o servidor não tomar posse, no prazo legal, do cargo para que foi nomeado. O Estatuto federal, no art. 13, § 6, prescreve que nesses casos o ato de provimento será tornado sem efeito,

45. No art. 132 do Estatuto federal estão arroladas as hipóteses em que essa pena Poderá ser aplicada.

1. de ofício

2. a pedido do servidor

Causas da extinção

I — Ato administrativo

II — Fato natural III — Sentença

225

A Constituição Federal, no art. 169, estabelece nova causa de extinção do vínculo estatutário, que enlaça o servidor efetivo e até mesmo estável à Administração Pública nos três níveis de governo, denominada como perda do cargo para redução de despesas. Com efeito, nos termos desse dispositivo constitucional, as despesas com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderão exceder os limites estabelecidos em lei complementar. O art. 38 do ADCT fixou esse limite em 65% das receitas correntes de cada uma dessas entidades e assim se manteve até o advento da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Essa lei, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, fixou, no art. 19, o limite de 50% da receita corrente para a União e de 60% das receitas correntes para os Estados e Municípios. No art. 20, essa lei estabeleceu dentro desses limites os percentuais para os Poderes Legislativo, onde se incluem os respectivos Tribunais de Contas, e Judiciário, aí incluindo o Ministério Público correspondente. Essa lei estabeleceu o prazo de dois exercícios para que o excesso de despesa com pessoal seja eliminado à razão de 50% ao ano. Se assim não ocorrer e o excesso ultrapassar 95% dos limites correspondentes, o Poder ou órgão ficará sujeito a uma série de proibições.

A par dessas medidas, essas entidades deverão, nos termos do art. 23 dessa lei, reduzir em pelo menos 20% as despesas com cargos de provimento em comissão e funções de confiança: exonerar servidores não estáveis; determinar a perda do cargo de servidor estável. Em atendimento ao determinado no § 72 do art. 169 da Constituição Federal, foi editada a Lei federal n. 9.801, de 16 de junho de 1999, que dispôs sobre as normas gerais indispensáveis à efetivação do disposto no § 49 desse preceptivo constitucional. Cada servidor que nessas condições tiver seu vínculo rompido fará jus a uma indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. O desligamento será precedido de ato normativo do Poder ou órgão sujeito a esse procedimento de redução de despesas com pessoal, especificando a economia de recurso

e o número de servidores a serem alcançados por essa medida. Esse ato deverá, ainda, indicar a atividade funcional e os órgãos ou unidade administrativa objeto dessa redução de despesa: o critério geral escolhido para a identificação dos servidores estáveis que, em decorrência das atribuições do cargo efetivo, desenvolvem atividades exclusivas do Estado: o prazo de pagamento da indenização devida a cada servidor pela perda do respectivo cargo: e os recursos orçamentários para o pagamento das indenizações. Os cargos objeto dessa redução de despesa serão considerados extintos. É vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas, pelo prazo de quatro anos, aos extintos.

226

A extinção do vínculo não investe o servidor no direito de obter qualquer indenização da entidade que, por uma ou outra dessas razões, extinguiu o liame que com ele mantinha, salvo na hipótese de perda do cargo titularizado por servidor estável para redução de despesas, pois nesses casos e nos termos do § 52 do art. 169 da Constituição Federal o servidor fará jus a uma indenização igual a um mês de remuneração por ano de serviço. Se o ato de desligamento for declarado nulo, o servidor será, judicial ou administrativamente, reintegrado com todos os direitos como se o vínculo não tivesse sofrido solução de continuidade. Por outro lado, se o comportamento do servidor causou dano à entidade a que estava ligado, deve ele ressarcir, por completo, o prejuízo. Nesse caso, não pode a entidade abrir mão dessa recomposição. Ademais, a obrigação que o servidor tem de ressarcir os prejuízos que causa é imprescritível (art. 37, § 52, da CF).

Quando os atos são praticados mediante provocação do servidor público, a relação jurídica que mantém com a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública também se extingue e, conseqüentemente, determina sua exclusão do quadro de pessoal de uma dessas entidades. Tais atos consubstanciam-se nos pedidos de exoneração e aposentadoria facultativa. A exoneração a pedido se dá quando o servidor público não tem qualquer interesse em continuar vinculado a uma dessas entidades e pede seu desligamento. *Mutatis mutandis*, cabem em relação à exoneração a pedido as mesmas considerações que fizemos acima no que respeita à exoneração não provocada. A aposentadoria facultativa ocorre quando, prevista em lei, o servidor público satisfaz todas as exigências para a validade do desligamento. É importante notar que em qualquer dessas hipóteses o ato do servidor público não desfaz o vínculo: este é extinto pelo ato da entidade a que está ligado o agente. Por essa razão, não pode o servidor, ato contínuo à apresentação de um desses pedidos, deixar o exercício do cargo, não

comparecendo ao local de trabalho. pois se assim o fizer será havido como infrator de norma administrativa, e seu comportamento pode, inclusive, ser considerado abandono de cargo e punível como tal. De sorte que deve aguardar no exercício do cargo o deferimento do pedido formulado. Nesse período nada se altera: continua o servidor público a fazer jus a todos os direitos, vantagens e prerrogativas decorrentes de sua situação de servidor público, inclusive as originadas depois de seu pedido de exoneração ou aposentadoria. Pela mesma razão, nesse período, responde por seus atos e comportamento como servidor. Nada pode ser negado com base simplesmente no fato de que pediu sua exoneração ou sua aposentadoria. A entidade a que se liga o servidor não pode, salvo motivo de interesse público, indeferir qualquer desses pedidos. Se o pedido estiver em termos e seus pressupostos atendidos, o deferimento é inafastável, sob pena de responsabilidade. Atente-se que, enquanto essa decisão não acon-

227

tecer, o servidor público pode desistir do pedido formulado. O indeferimento do pedido tem cabimento quando este foi feito para elidir a apuração de falta funcional do servidor público e a conseqüente punição, ou quando pendente conclusão em processo administrativo em que se apura responsabilidade do servidor estatutário requerente. O Estatuto federal estabelece que o servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, caso aplicada (art. 127).

5.6.7.2. Extinção em razão de fato natural

Certos acontecimentos naturais também levam a extinção ao vínculo que liga o servidor público à Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública. São fatos naturais com tal característica a morte, a invalidez e a idade. A morte tudo resolve, ou, como diziam os romanos: *mors omnia solvit*. A morte do servidor público extingue o vínculo que mantinha com uma dessas entidades, sem que seja necessário qualquer manifestação das partes. Aliás, a do servidor público, no caso, seria impossível. Embora não seja necessária qualquer manifestação declarando extinto o vínculo, é indispensável que sejam feitas no prontuário do servidor as devidas anotações dessa ocorrência. Os eventuais direitos, como o saldo de vencimento e férias indenizadas, passam aos herdeiros do servidor público morto. A morte, no caso, pode criar uma nova relação jurídica de natureza assistencial e previdenciária entre a entidade a que se ligava o servidor público, ou que lhe faça as vezes, e sua família. A invalidez, situação do servidor público acometido de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou

incurável ou deformação acidentária que o impede de exercer as atribuições do cargo, põe fim ao vínculo que mantém com a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública. Moléstia, no caso, é a profissional, ou seja, a que decorre das condições do serviço ou de fatos nele acontecidos, comprovável mediante perícia médica se não enumerada em lei como tal. Doença grave, contagiosa ou incurável é a especificada em lei. Comprovada essa situação, a entidade a que está ligado o servidor público providenciará a sua aposentadoria, extinguindo, desse modo, o vínculo laboral existente. Nessa ocasião, fazem-se os ajustes necessários a liquidar todos os direitos originários do vínculo que se extingue e procede-se às devidas anotações no prontuário do servidor.

O atingimento de certa idade-limite também extingue o vínculo que o servidor público mantém com a Administração Pública direta autárquica ou fundacional pública. Essa idade-limite é de setenta anos para o servidor e de sessenta e cinco anos para a servidora. Alcançada essa idade, o servidor público informa a entidade a que está ligado e aguarda o competente ato de aposentação.

228

que põe fim à relação jurídica. Os direitos e obrigações de cada “parte”, decorrentes dessa relação jurídica, são resolvidos por inteiro nessa ocasião e são promovidas as competentes anotações no prontuário do servidor público.

5.6.7.3. Extinção por força de sentença

A sentença judicial pode consubstanciar, além da pena principal, uma acessória, consistente na demissão do servidor público. E o que ocorre se ele for condenado pelo cometimento de qualquer dos crimes previstos nos incisos do art. 1º do Decreto-Lei federal n. 201/67, que dispõe sobre as responsabilidades dos Prefeitos e Vereadores, cuja pena de detenção ou reclusão é cumulada com a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano que seu comportamento tenha causado ao patrimônio público ou particular. A extinção nessas circunstâncias é automática, embora devam ser procedidas as devidas anotações no prontuário do servidor e solucionados todos os seus direitos e obrigações nessa oportunidade.

Alguns autores, a nosso ver com razão, entendem que a extinção do vínculo pode derivar de uma condenação criminal, já que pela gravidade do crime impõe-se a demissão. Nesses casos, cremos que a demissão é necessária, por ser incompatível a

permanência do servidor público, condenado por infração dessa natureza, no quadro de pessoal. Há, parece-nos, infração sancionável administrativamente com essa pena.

5.7. Agentes militares

A EC n. 18/98 promoveu uma grande alteração na Seção III do Capítulo VII do Título III, que tratava dos Servidores Públicos Militares (art. 42). Hoje essa seção cuida dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), sem chamá-los de servidores. Estes são, na atual sistematização constitucional, uma espécie de agente público: agente público militar ou, simplesmente, agente militar. Sua organização e regime jurídico diferem em muito da organização e regime dos servidores públicos. Em alguns aspectos são equiparados aos servidores estatutários, a exemplo do que ocorre com a remuneração, pois recebem-na como subsídio.

5.7.1. Conceito

Motta Maia (Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 68, p. 462). antes da mencionada EC n. 18/98, afirmava que “São servidores militares todas as pessoas que, em caráter permanente ou transitório, prestam serviço militar. no plano da administração da União e dos Estados”. Hoje, calcados nessa

229

definição podemos dizer que os agentes militares são todas as pessoas que. permanente ou temporariamente, desempenham atividade militar no âmbito federal ou estadual, percebendo por esse desempenho um subsídio. Para a Lei Maior em vigor são agentes militares os integrantes das Forças Armadas (Exército. Marinha e Aeronáutica). os pertencentes às Polícias Militares e os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares. Os primeiros são federais. enquanto os últimos são estaduais. distritais e territoriais.

Todos os integrantes dessas corporações são agentes militares com direitos, prerrogativas e obrigações decorrentes diretamente da Constituição Federal, notadamente dos art. 42 e 142, e dos respectivos estatutos. A condição de integrante das Forças Armadas ou das Polícias Militares estadual, distrital e territorial só pode ser atribuída aos oficiais e praças que compõem os quadros militares definidos em lei. Não são, portanto, militares os demais agentes eventualmente lotados nas referidas instituições (Forças Armadas. Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares).

5.7.2. Regime

Os agentes militares são estatutários sem, contudo, submeterem-se ao Estatuto dos Servidores Estatutários. Têm, conforme a instituição a que estão integrados, estatuto

próprio. O Estatuto dos Agentes Militares Federais está consubstanciado na Lei federal n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980, alterada pelas Leis n. 7.503 (de 2-7-1986), 7.570 e 7.580 (ambas de 23-12- 1986), e 7.666 (de 22-8-1988). Esse Estatuto, no que cabe, vem servindo de arrimo jurídico quanto aos direitos, deveres, obrigações e prerrogativas dos agentes militares (Polícia Militar e Corpos de Bombeiros Militares) nos Estados, como é o caso de São Paulo, que não editaram o respectivo estatuto. Tal situação deverá ter fim com o advento das competentes leis estatutárias, conforme previsto nas Constituições estaduais. Com efeito, a exemplo de outras, no art. 23, parágrafo único, n. 10, da Constituição de São Paulo está prevista a instituição dessa lei. Trata-se de lei complementar, cuja iniciativa é privativa do Governador.

5.7.3. ingresso no quadro

Tais agentes públicos ingressam no quadro do pessoal militar mediante recrutamento ou concurso. Nas Forças Armadas, o ingresso de pessoal nos seus quadros faz-se por recrutamento, que é a convocação para a prestação do serviço militar, ou por concurso (exame de ingresso) nos cursos de formação de sargentos e de oficiais. A obrigatoriedade do serviço militar, consoante estabelece o art. 143 da Constituição Federal, é incompatível com o concurso. Nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares o ingresso nos respectivos quadros é voluntário e, portanto, depende de concurso. Uma

230

vez integrado ao quadro ocupam cargos militares, que compõem a carreira militar. Cargo militar é o conjunto de competências atribuídas a um militar. Por ser voluntário esse ingresso, o policial militar não pode beneficiar-se da objeção de consciência para fugir às suas obrigações, conforme escrevemos em outra oportunidade⁴⁶.

São separados, por força constitucional, em oficiais e praças. Os oficiais têm patente, título e posto. São, por exemplo, os Oficiais-Generais e os Oficiais Superiores. As praças têm somente título e graduação (soldado, cabo, sargento, subtenente). Patente é o ato administrativo de atribuição do título e posto a oficial militar. Título é a denominação indicativa do cargo ocupado pelo oficial, vinculado à patente (Comandante da Escola Superior de Guerra, Comandante-Geral da Polícia Militar). Posto é o grau hierárquico do oficial (capitão, major, coronel, general). Não se confunde com a graduação, que é o lugar da praça na hierarquia militar: é o grau hierárquico da praça.

As patentes dos oficiais das Forças Armadas são outorgadas pelo Presidente da República (art. 142, § 3. 1) e as dos oficiais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros são conferidas pelos Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal, conforme integrem uma ou outra dessas unidades da Federação (art. 42, § 1 da CF). O oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra consoante estabelece o inciso VI do § 3º do art. 142 da Constituição Federal. Tribunal militar permanente é o previamente integrado à organização do Poder Judiciário competente para processar e julgar os crimes militares (art. 92. VI. da CF). “Contudo”, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários. cit.. v. 1. p. 271), em tempo de guerra, essa decretação cabe também a tribunal, como as cortes marciais que acompanham as tropas em operação”. Por força desses princípios pode-se afirmar que o militar ao ascender ao oficialato passa a ocupar um posto vitalício.

5.7.4. Atividade e inatividade

Atividade e inatividade são situações que dizem respeito ao exercício ou não do militar: a estai ou não o militar no efetivo exercício de seu posto ou graduação. Segundo José Afonso da Silva (Curso de direito. cit., p. 595). “A primeira diz respeito ao militar que se encontra incorporado nas fileiras da

46. Nesse particular, veja A Força Policial. v. 5. p. 99.

47. Sobre tempo de paz e tempo de guerra, veja José Afonso da Silva (Curso de Direito e Leis.. p. 241. nota de rodapé n. 19.

231

tropa no exercício do serviço militar. É a situação do militar em efetivo exercício de seu posto ou graduação. A inatividade é o estado ou situação do militar afastado temporária ou definitivamente do serviço da respectiva força”. A inatividade compreende a agregação, a reserva e a reforma. **Agregação** é a situação do militar da ativa que deixa, temporariamente, de ocupar vaga na corporação a que pertence por ter aceito cargo, emprego ou função pública não eletiva na Administração Pública direta ou indireta. A agregação não deverá ultrapassar dois anos. Depois desse prazo, o servidor militar deverá ser transferido para a reserva. Enquanto durar a agregação, seu beneficiado somente poderá ser promovido por antigüidade. A agregação não é automática, dependendo, assim, de ato da autoridade militar competente. Inexistindo esse ato, é inadmissível a agregação^{4s}. Cessada a agregação, o servidor militar volta à ativa. Reserva é a situação do militar da ativa que deixa de ocupar vaga na corporação a que pertence por ter aceito cargo ou emprego público, salvo o de magistério, estranho à carreira militar. Enquanto não atingido pela reforma, o militar da reserva pode retomar à ativa. Reforma é a situação do servidor militar da ativa que deixa, em caráter definitivo, de ocupar vaga na corporação a que pertence. O agente militar reformado não pode, sob qualquer hipótese, retomar à ativa. O militar reformado não perde a patente e, por conseguinte, as prerrogativas, direitos e deveres a ela inerentes, nos termos do inciso I do § 32 do art. 142. Dita regra é aplicável aos militares dos Estados e do Distrito Federal, por força do § 1º do art. 42. A situação de inatividade também pode ocorrer por exoneração ou demissão. **Exoneração** é o desligamento do oficial, a pedido, do serviço ativo e ingresso na reserva não remunerada. **Demissão** é o desligamento ex officio do oficial a título de punição, nas hipóteses estabelecidas em lei. A praça também pode ser exonerada ou demitida, consoante indicado em lei.

5.7.5. Acumulação de cargos

Os servidores militares têm, quanto à acumulação de cargos, regime próprio substancialmente desenhado pelos incisos II e III do art. 142 da Constituição Federal que em termos práticos, nega para agentes públicos a acumulação (ocupação simultânea de dois cargos, empregos ou funções desde que haja, para os respectivos exercícios, compatibilidade de horário). Com efeito, se aceitar cargo público civil permanente, será transferido para a reserva, e se aceitar cargo, emprego ou função temporária, na Administração direta ou indireta, ficará agregado. Nas duas situações não há exercício

simultâneo, dado que o militar deixa a ativa. Essa regra não se aplica ao médico militar, que à época da promulgação da Lei Maior ocupava dois

232

cargos ou empregos públicos privativos desses profissionais na Administração Pública direta ou indireta, conforme autoriza o art. 17, § 1, do ADCT da Constituição Federal. Fora dessa hipótese, nenhuma outra acumulação, ainda que de cargos ou empregos médicos, é possível. Em razão desse regime é fácil perceber por que, como regra, se afirma que os militares não podem deixar suas funções para ocupar cargo, emprego ou função civil estranhos à sua carreira. Esse regime também se aplica aos militares dos Estados e do Distrito Federal, por força do § 1 do art. 42.

Enquanto o servidor militar estiver afastado, na situação de militar da reserva ou de agregado, não lhe cabe optar por um ou outro dos vencimentos, mas receber os vencimentos do cargo público civil. Não pode, portanto, receber os vencimentos e vantagens do posto. A esse respeito ensina Pinto Ferreira (Comentários à Constituição brasileira, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 2, p. 429) que “A saída para resolver o assunto é a seguinte: sendo vedada a acumulação de cargos pelos militares, é, conseqüentemente, vedada a acumulação remunerada, sobretudo porque o militar não presta serviço em um dos cargos; no silêncio das Leis Magnas, o militar que ocupar cargo ou emprego público não tem direito à opção, mas deve perceber os vencimentos do cargo público e não os vencimentos e vantagens do posto”. Situação diversa ocorre com o servidor público convocado ou mobilizado, pois nos termos do art. 19, parágrafo único, da Medida Provisória n. 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, pode optar pela remuneração do cargo ou emprego público.

5.7.6. Sindicalização e greve

A Constituição Federal, no inciso IV do art. 142, proíbe a sindicalização e a greve dos agentes militares⁴⁹. Tais proibições são necessárias à ordem e à hierarquia da instituição, porque só assim a defesa da nação e a da ordem pública podem acontecer efetivamente. A esse respeito, assevera José Cretella Júnior (Comentários à Constituição, cit., v. 5, p. 2401) que não teria “sentido que o militar, pertencente a uma organização fundada, por excelência, em rígida hierarquia, tivesse o direito de filiar-se a sindicatos que, em nome do filiado, investissem contra entidade que tem por objetivo a defesa da ordem

- 49. Sobre greve do servidor público, veja o n. 5.5.5. item VIII. do Capítulo V. e item XII do Capítulo VII.**
- 48. RT. 702:160.**

233

pública. Hierarquia militar e sindicato de militares são idéias absolutamente inconciliáveis, porque antitéticas”. Vedada a sindicalização, por evidente. nem sequer se pode pensar em dissídio coletivo.

5.7.7. Atividade político-partidária

Para os militares da ativa é vedada a filiação político-partidária (art. 142. V. da CF). Esta somente é possível para o militar agregado ou na reserva. Embora seja assim, o militar da ativa mantém seus direitos políticos, conquanto seu exercício deva obedecer a certas condições. Com efeito, estabelece o § 8 do art. 14 da Lei Maior que: “O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I — se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade:

II — se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade”. Dessa regra salve-se o conscrito, já que não pode alistar-se como eleitor durante o serviço militar obrigatório (art. 14, § 22 da CF). Na hipótese do inciso II, independentemente de filiação partidária, por ser-lhe vedada, o militar alistável pode candidatar-se e ser eleito, reconhecendo-se sua condição de agregado a partir do registro da candidatura⁵⁰.

Atente-se que o inciso I exige para a elegibilidade o afastamento do militar da atividade. Deve haver, nesses termos, a quebra do vínculo que o liga ao Estado. Deverá, portanto, tomar-se “inativo” e sem qualquer remuneração.

5.7.8. Remuneração

A remuneração do militar da ativa compreende o subsídio (art.144. § 9 e as indenizações. O subsídio (antigo soldo) é fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Embora seja Assim, não podem ser esquecidos os direitos próprios dos trabalhadores urbanos e rurais, aplicáveis aos militares por determinação do art. 142. VIII da Lei Maior. Destarte são aplicáveis a tais agentes públicos o disposto nos incisos VIII. XII. XVII. XVIII. XIX e XXV do art. 7. O subsídio, fixado de acordo com o posto e a graduação, é irredutível⁵¹ e, salvo expressa disposição legal, não pode ser objeto de penhora, seqüestro

**50 STF. Agravo n. 135.452-6-DF. Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral. v. 17. p. 161.
51. Art. 142. VIII. combinado com o art. 37. XV. ambos da Constituição Federal.**

234

ou arresto. As indenizações são os valores destinados a reembolsar o militar por despesas realizadas no exercício de suas funções. Não têm, como o próprio nome indica, natureza remuneratória. Compreendem, entre outras estabelecidas no Estatuto, as diárias, a ajuda de custo, o transporte e a moradia.

A remuneração dos militares na inatividade compreende o provento e as indenizações. Os proventos dos militares reformados são revistos na mesma data e na mesma proporção, sempre que o subsídio dos agentes militares da ativa for modificado, bem como serão concedidos a esses militares quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos militares em atividade, inclusive os decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se der a aposentadoria, consoante previsto no art. 40, § 72, cuja aplicação aos militares é determinada pelo art. 142, IX, da Constituição Federal. Ainda por força desse artigo, os pensionistas dos agentes militares falecidos farão jus a uma pensão, calculada com base no subsídio do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderá à totalidade do subsídio.

5.7.9. Direitos sociais estendidos aos agentes militares

No art. 142, VIII, a Constituição Federal estendeu alguns direitos sociais ao servidor militar. Assim, aplicam-se a esses agentes, dos direitos consignados no art. 72 da Lei Maior, os seguintes: a) décimo terceiro salário (VIII); b) salário-família (XII); c) gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (XVII); d) licença-gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (XVIII); e) licença-paternidade, nos termos fixados em lei (XIX):

1) assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os seis anos de idade em creches e pré-escolas (XXV).

5.7.10. Desligamento

Várias são as circunstâncias que podem romper o vínculo que o servidor militar mantém com sua corporação, decorrendo desse fato, conforme o caso, as devidas consequências. Com efeito, o servidor pode-se desligar por vontade própria, pois não mais desejando continuar engajado pede sua baixa. A morte é outra razão, nem podia ser diferente, do desligamento. Embora seja usada a palavra demissão para excluir o servidor militar da incorporação por motivo, por exemplo, disciplinar, sua prática nem sempre cabe ao Comando Geral da Unidade, pois o militar pode gozar de vitaliciedade

de modo que sua exclusão dependerá de decisão do Tribunal de Justiça Militar competente. como ocorre no Estado de São Paulo em relação aos policiais militares, e assim já decidiu seu Tribunal de Justiça (RT. 708:78). com base no art. 125, § 4. da Lei Maior.

IX — LIMITES COM GASTO DE PESSOAL

O art. 169 da Constituição Federal prescreve que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Esse dispositivo hoje está regulado pela Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000⁵², chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal. Nos termos do art. 18 dessa lei, são gastos de pessoal o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência e o montante dos contratos de terceirização de mão-de-obra que substitui servidores públicos.

O cálculo da despesa com pessoal leva em conta o período de doze meses, sendo o mês da sua apuração e os onze anteriores (art. 18, § 2º) Essa apuração considera o empenho, não o pagamento: é o regime de competência da Lei federal n. 4.320/64. O gasto total com a despesa de pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não pode exceder, para a União, 50%, e para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 60% da receita corrente líquida. Receita corrente líquida é a soma da arrecadação do mês de apuração mais os onze meses anteriores, excluídas as duplicidades (art. 2, § 32) Ocorre a duplicidade, ensina o Manual Básico de Instruções do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, junho de 2000, p. 34, quando se contam duas vezes os repasses, por exemplo, da

52. Antes dessa lei, era regulamentado pela Lei Complementar n. 82, de 27 de março de 1995, chamada de Lei Camata, revogada pela Lei Complementar n. 96, de 31 de maio de 1999. Até o advento da Lei Camata era regulamentado pelo art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT.

Prefeitura para uma autarquia municipal. uma vez como receita geral da Prefeitura, outra da autarquia como receita transferida.

O controle da observância desses limites será feito a cada quatro meses (art. 22). e se a despesa total com pessoal exceder, no período. a 95% do limite, são vedadas ao Poder ou órgão infrator: I — a concessão de vantagem. aumento. reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título. salvo os derivados de sentença judicial. determinação legal ou contratual e a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição Federal; II — a criação de cargo, emprego ou função; III — a alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV — o provimento de cargo público ou contratação a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação. saúde e segurança; V — a contratação de hora extra, salvo o disposto no inciso II do § 6 do art. 57 da Constituição Federal e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias. Se a despesa total com pessoal do poder ou órgão ultrapassar os mencionados limites, o percentual excedente, sem prejuízo dessas medidas, deverá ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro. Se não for alcançada a redução nesse prazo e enquanto perdurar o excesso, o ente infrator não poderá:

I — receber transferências voluntárias; II — obter garantia. direta ou indireta. de outro ente; III — contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

O percentual de 50% da receita corrente líquida da União é distribuído desse modo: 2,5% ao Legislativo, incluído o Tribunal de Contas; 6% para o Judiciário; 40,9% ao Executivo; 0,6% para o Ministério Público. Dos 60% da receita corrente líquida que cabe aos Estados e ao Distrito Federal, 49% destinam-se à Administração do Estado; 3% à Assembléia Legislativa e Tribunal de Contas; 6% ao Tribunal de Justiça e outras Cortes. quando existirem; e 2% ao Ministério Público. A repartição dos percentuais da receita corrente que cabem à Assembléia Legislativa e ao Tribunal de Contas respectivo (3%) e ao Tribunal de Justiça e outras Cortes, quando existirem (6%), será feita conforme a média de gastos havida nos três últimos anos (art. 20, § 12). O percentual municipal de 60% é assim dividido:

6% ao Legislativo, incluído o Tribunal de Contas, quando existir; 54% ao Executivo.

CAPÍTULO VI

CARGOS PÚBLICOS

I— CONCEITO DE CARGO PÚBLICO

Nos termos da Constituição Federal, a Administração Pública de qualquer nível pode ter, para o desempenho de suas funções, servidores públicos empregados públicos. Os servidores públicos ingressam no serviço público e passam a ocupar um cargo. Cargo, instituto de Direito Administrativo, definido pela doutrina e pela lei. Para Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 360). “Cargo é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei”. Celso Antônio Bandeira de Mello (Apontamentos, cit., p. 17) define-o como a mais simples e indivisível unidade abstrata criada por lei, com denominação própria e número certo, que sintetiza um centro de competências públicas da alçada da organização central a ser exercida por um agente. O Estatuto federal conceitua, sem nos convencer de sua precisão, cargo como o ‘conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor’ (art. 32). A Lei federal n. 3.780/60, no seu art. 42, L definiu cargo como “o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União”. Para nós, ante essas definições e a nova ordem constitucional, cargo público é o menor centro hierarquizado de competências da Administração direta, autárquica e fundacional pública criado por lei ou resolução, com denominação própria e número certo. Existe na Administração Pública direta (Executivo, Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas), autárquica e fundacional pública de qualquer dos níveis de governo (federal, estadual, distrital e municipal).

238

O cargo não se confunde com a função, embora todo cargo tenha função. Esta é, apenas, a atribuição ou o rol de atribuições cometido a determinado agente público para a execução de serviços eventuais ou transitórios, sob o regime celetista, tais como os que justificam a contratação dos agentes temporários (art. 37, IX, da CF). Isto nos leva a dizer que pode existir função sem cargo. As funções do cargo são permanentes, devendo, por isso, ser desempenhadas por servidores públicos estatutários. As funções sem cargo ou autônomas, como querem alguns, são provisórias, e, por essa razão, devem ser da responsabilidade de agentes temporários. Também não se confunde

comfunção de con.fiança. que. nos termos do art. 37. V. da Constituição Federal. são centros unitários com atribuições de direção. chefia e assessoramento. criados por lei e titularizáveis por servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e da confiança da autoridade com poderes de nomeação. Embora semelhantes aos cargos em comissão. com estes não se confunde.

Tampouco se confunde com emprego público. Este é o trabalho. o ofício. exercido por um servidor em caráter permanente. sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. A diferença entre função e emprego público está na duração do desempenho, isto é, naquela é temporário, neste é permanente. Também não se confunde com função gratificada. que é uma vantagem pecuniária. acessória do vencimento, criada por lei, paga ao servidor em razão de encargos de chefia. assessoria e de secretaria, consoante a dicção do art. 92 da Lei federal n. 3.780/60. Hoje são comumente instituídas como vantagens pecuniárias.

II—ONDE EXISTEM OS CARGOS PÚBLICOS

Os cargos públicos, em princípio, só existiam na organização centralizada da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Excepcionalmente, podiam existir na autarquia se a lei de sua criação assim prescrevesse. Com o advento da Constituição de 1988. continuarão existindo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de todas as esferas governamentais, conforme preceituar a lei instituidora do regime de pessoal. Se o regime for o estatutário ter-se-á cargo a ser ocupado pelos servidores. Assim ocorreu na Administração Federal direta. autárquica e fundacional pública, em que a Lei n. 8.112/90 instituiu para o pessoal dessas entidades o regime único estatutário, passando seus servidores a ocupar cargos. Não há dúvida que o legislador estadual-distrital e o municipal podem escolher o regime estatutário ou celetista. ou ambos. como regime de pessoal estadual. distrital ou municipal. a uma porque a Consti

239

tuição Federal não fala mais em regime único e a duas porque a lei reservará um percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência física e fixará os critérios de sua admissão (art. 37 dc art. 37. VIII). Se a lei deverá reservar certo percentual de cargos. é evidente que nessas entidades devem existir cargos.

Em paralelo poderão existir funções cujo desempenho caberá aos celetistas admitidos nos termos do art. 37. IX. da Constituição Federal, e empregos públicos que serão desempenhados por empregados regidos pela Consolidação das Lei do Trabalho.

III — CRIAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO

A criação e a transformação de cargos não podem ser estudadas em bloco nos Poderes dos diversos níveis de governo, haja vista os enunciados dos vários dispositivos constitucionais que tratam desses institutos, que, de resto, viabilizam a independência que deve reinar entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O estudo, portanto, há de ser separado. Assim, estudaremos a criação e a transformação de cargos em cada Poder nas várias esferas governamentais, fixando-lhes as notas principais, e mais adiante faremos o mesmo com a extinção.

Cabe dizer que a criação de cargo significa sua institucionalização, com denominação própria, quantidade certa, função específica e correspondente estipêndio. Ademais, deve-se indicar a natureza do provimento: efetivo (admissão só por concurso público) ou em comissão (livre escolha). Não se pode, pois, criar cargo de escrevente; o que se pode é criar dois cargos de escrevente, de provimento efetivo, com a remuneração de R\$ 300.00, por exemplo, cujos titulares desempenharão as funções tais e quais.

A transformação de cargo, por sua vez, significa uma alteração de molde a atingir sua natureza. O cargo era efetivo: com a transformação, passa a ser em comissão. Assim, nada se altera quando a modificação introduzida diz respeito tão-só à quantidade de cargos, à denominação, ao acréscimo ou supressão de alguma de suas atribuições. Com a transformação o que se tem realmente é a extinção de um ou de alguns cargos e a criação de outro ou de outros. Essa extinção e criação acontecem sem necessidade de qualquer menção. Ocorrem automática e simultaneamente quando um cargo é transformado em outro. A Lei federal n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público da Administração federal direta, autárquica e fundacional, além de estabelecer que o vínculo do pessoal admitido pela União, autarquias e fundações federais será o celetista, prescreve que leis específicas disporão sobre a criação dos

240

empregos públicos no âmbito dessas administrações e sobre a transformação de cargos em emprego público (art. 12 e § 12). O inciso I do § 2 do art. 12 dessa lei proíbe submeter ao regime da citada lei os cargos de provimento em comissão e atingir

servidores regidos pela Lei federal n. 8.112/90. A essa espécie de transformação aplicam-se, no que couber, as regras antes mencionadas.

Alerte-se que, se o elemento (nome, padrão, referência, requisito de provimento, atribuição) foi instituído por lei, somente por ato igual pode ser modificado, se se tratar de cargo do Executivo, de suas autarquias e fundações públicas, do Judiciário ou das Cortes de Contas. Se se tratar de cargos do Legislativo, só podem ser modificados por resolução desse Poder.

1. Criação e transformação de cargos no Executivo

Estabelece o art. 48 da Carta Magna que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor — salvo algumas — sobre todas as matérias de competência da União e especialmente, entre outras, sobre a criação e transformação de cargos (inciso X). Dessa forma, a criação e a transformação de cargos exige lei (RT, 629:211) se essas operações disserem respeito ao Executivo (Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública). A lei é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, consoante estabelece o art. 61, § 12, II, a, da Constituição Federal, que não menciona a transformação. Embora seja Assim, em razão do princípio da independência dos Poderes tem-se que aceitar, também nesse particular, a iniciativa exclusiva do Presidente da República. De sorte que seria inconstitucional a lei originada de projeto de iniciativa parlamentar que transformasse cargos no Executivo. Ademais, se se admite que na transformação se tem uma extinção, que, nos termos do art. 84, XXV, da Constituição da República, é privativa do Presidente, e uma criação, que, segundo a alínea a do inciso II do § 12 do art. 61 da mesma Lei Maior também é exclusiva dessa autoridade, não se pode, em sã consciência, asseverar que a transformação de cargos no Executivo possa ser promovida por lei oriunda de iniciativa parlamentar. Ainda que o projeto de origem parlamentar venha a ser sancionado e promulgado pelo Presidente da República, não desaparece a inconstitucionalidade, conforme já julgaram nossos Tribunais (RT, 319:244). A sanção e a promulgação, nesses casos, não sanam o vício. Nem mesmo por emenda constitucional seria possível burlar essa competência exclusiva do Presidente da República. O número de turnos de votação e o quorum de aprovação dessa lei dependerão do que estiver estabelecido, via de regra, no Regimento Interno da Casa de Leis competente. Geralmente, a criação e a transformação de cargos fazem-se mediante lei ordinária, salvo expressa exigência de lei com-

plementar para tanto. consignada em legislação específica. Em razão desses princípios, as Constituições estaduais e as leis orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios praticamente repetiram essas disposições. De sorte que a criação e a transformação de cargos nas Administrações Públicas diretas e respectivas autarquias e fundações públicas necessitam de lei. cabendo sua iniciativa, com exclusividade, aos competentes Governadores ou aos Prefeitos, conforme o caso. Por certo. a criação de cargos ou a transformação de funções e empregos em cargos nas autarquias e fundações públicas depende de pedido de seus dirigentes ao Chefe do Executivo, em que uma e outra dessas medidas fiquem bem caracterizadas e devidamente justificadas.

Tal exclusividade de iniciativa não impede a apresentação de emendas por parte dos parlamentares. Essa faculdade. no entanto. não é absoluta. dado que a emenda não pode aumentar a despesa prevista no projeto originário do Executivo (art. 63. 1. da CF). Por outro lado. a emenda. ainda que sem aumentar a despesa. não pode reduzir. por exemplo, o número de cargos de médico, proposto pelo Executivo, e criar igual número de cargos de engenheiro. pois. se assim fosse. estar-se-ia por iniciativa parlamentar criando cargo. numa evidente usurpação de função. Igualmente não cabe ao parlamentar. mediante emenda. dividir os cargos de médico. cuja criação é proposta pelo Executivo, para ampliar o quadro desses servidores na Administração centralizada, de modo que aí permaneçam uns. como deseja o Executivo, e outros sejam criados numa certa autarquia de fins hospitalares. Ainda, e pelas mesmas razões. não pode o parlamentar emendar o projeto do Executivo que visa a criação de cargos de provimento em comissão para criá-los em regime de provimento efetivo. Também. e sempre por idênticos motivos, a emenda não pode aumentar o número de cargos desejados pelo Executivo. O acréscimo. sem dúvida, seria criação. Ao parlamentar. se entender exagerada a proposta do Executivo, cabe reduzir a criação dos cargos aos limites que julgar satisfatórios e nesse sentido oferecer sua emenda. Também lhe cabe votar pela rejeição do projeto. Nessas hipóteses. exercita legitimamente sua função parlamentar, e não se pode afirmar que estaria havendo extinção de cargo, porque nem sequer cargo se tem para extinguir.

Essa competência do Executivo para criar cargos mediante projeto de lei de sua iniciativa privativa sofre os limites impostos pelo art. 169 da Constituição Federal, ou seja, somente pode acontecer. se houver: I- prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes: II— autorização

específica na lei de diretrizes orçamentárias. Essas restrições também valem em relação às autarquias e fundações públicas.

242

2. Criação e transformação de cargos no Legislativo

O inciso IV do art. 51 da Constituição Federal estabelece que à Câmara dos Deputados Federais cabe, privativamente, entre outras atribuições, criar e transformar cargos de seus serviços administrativos. De igual modo, em relação ao Senado Federal, dispõe o inciso XIII do art. 52 da Lei Maior da República. Tais dispositivos viabilizam a independência dos Poderes. Essas operações não exigem lei, tomada a expressão no seu sentido técnico, formal, a uma porque a Constituição retirou a participação do Presidente da República (art. 48) na institucionalização de certas medidas da competência do Congresso Nacional ou de suas Casas, e a duas porque determinadas atribuições são privativas desses Órgãos (arts. 49, 51 e 52 da CF). Assim, a criação e a transformação de cargos nos serviços administrativos da Câmara dos Deputados Federais e do Senado da República serão conseguidas mediante resolução. Quase nos mesmos termos, as Constituições estaduais e as leis orgânicas municipais repetiram essas disposições. De tal modo, a criação e a transformação de cargos administrativos no Legislativo dos vários níveis de governo e, eventualinente, de suas respectivas autarquias exigem resolução, observado, quanto à iniciativa do correspondente projeto, o que geralmente estabelece o Regimento Interno da Casa de Leis competente e outros limites, como mais adiante se verá, impostos constitucionalmente. Assim também se passa com o Legislativo do Distrito Federal. Por evidente, a criação de cargos, ou a transformação de funções e empregos em cargos da Administração autárquica e fundacional do Legislativo, dependerá de pedido, dirigido ao chefe desse Poder, em que uma e outra dessas modalidades fiquem bem caracterizadas e devidamente justificadas.

A resolução, como vimos (Cap. III, item V, n. 1.7), é ato mediante o qual os órgãos colegiados manifestam sua vontade. No caso dos citados artigos constitucionais, esses pronunciamentos têm força de lei. Por essa razão, por meio delas, o Legislativo transforma ou extingue cargo criado, no regime jurídico-constitucional anterior, por lei. Destarte, nenhuma estranheza deve-nos incomodar, salvo no concernente à novidade, já que expressamente permitido pela Constituição Federal. Não nos parece, portanto, que seja lei sem sanção e, ainda que assim fosse, não seria outra coisa que resolução. A discussão, pois, ficaria adstrita ao nome. A iniciativa dos correspondentes projetos de resolução será do presidente ou da Mesa da Casa, uma vez que a esse agente ou a esse

órgão estão afetos os serviços administrativos. De qualquer modo é o Regimento Interno que deve regular a matéria, O número de votações e o quorum de aprovação também deverão estar regulados no Regimento Interno. A resolução, como a lei, tanto

243

pode ser emendada. observadas, no que couber. as restrições que sofre o projeto de lei do Executivo para ser emendado. como pode ser rejeitada.

Embora seja Assim, a competência para criar e transformar cargos nos serviços administrativos do Legislativo não é livre. Com efeito, devem ser observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. como estatuem os incisos IV e XIII. respectivamente, dos arts. 51 e 52 da Constituição Federal e. ainda, o que prescrevem o art. 169 e seus incisos, isto é, existir: I — prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes: II — autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Essas restrições também valem no que respeita às autarquias e fundações públicas.

3. Criação e transformação de cargos no Judiciário

Ao Poder Judiciário, por lei de iniciativa de seus Tribunais, compete organizar suas secretarias e serviços auxiliares, inclusive os dos juízes que lhes forem vinculados (art. 96, 1, b, da CF). Por certo que se inclui nessas competências o poder para criar e transformar os cargos de seus serviços administrativos. Seria absurdo se não fosse assim, pois como organizar secretarias e serviços auxiliares sem a possibilidade de criar, transformar e extinguir cargos? Além disso, confirma-se essa interpretação com a regra da alínea b do inciso II do art. 96 da Lei Maior, que diz ser privativa a competência do Supremo Tribunal Federal. dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça para propor ao Legislativo a criação e a extinção de cargos dos serviços auxiliares. Nenhum dos citados dispositivos menciona a transformação de cargos. mas é notório que também está permitida. e se isso não bastasse, diga-se que na transformação têm-se uma extinção e uma criação que acontecem simultaneamente e que essas atribuições cabem ao Judiciário. Observe-se que a transformação. ao contrário do que pode ocorrer nos demais Poderes, só é possível de um cargo de provimento efetivo para outro de provimento em comissão e vice-versa. Não cabe falar em transformação de empregos e funções públicas, dado que inexistentes nos serviços auxiliares do Judiciário. De modo quase repetitivo as Constituições dos Estados regularam essa matéria.

A proposta para a criação, transformação e extinção de cargos que cabe ao Judiciário fazer ao Legislativo consubstancia-se em um projeto de lei. embora o art. 96

assim não prescreva. Com efeito, se a criação do cargo depende de lei (art. 48, X, da CF). sua transformação ou extinção também dependem de lei. ante a observância do princípio do paralelismo de forma e

244

hierarquia dos atos jurídicos (o que foi criado por lei. só por lei pode ser desfeito). E se isso não bastasse. caberia indagar: como se manifestaria o Legislativo sobre dita promoção se não fosse deliberando (aprovando, rejeitando) sobre um projeto de lei? A iniciativa dessa propositura. ademais, é do presidente de cada um desses Tribunais Superiores, dado que o relacionamento entre os Poderes faz-se por intermédio de seus respectivos chefes. O exercício dessa competência não é livre: deve ser observado o disposto no art. 169 da Constituição Federal, conforme determinado pelo art. 96. II, isto é, a criação só é possível se houver: 1— prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes: II — autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

O projeto de lei pode ser emendado pelos parlamentares competentes. observadas, no que couber. as restrições que sofrem as emendas aos projetos de lei desse teor originários do Executivo, ou por eles pode ser rejeitado.

4. Criação e transformação de cargos nos Tribunais de Contas

Guardadas as peculiaridades e mudado o que for necessário, pode-se dizer. no que respeita à criação e transformação de cargos no Tribunal de Contas da União. que valem os mesmos cuidados. regras e princípios aplicáveis, no que concerne a essas matérias, ao Judiciário. Assim é dado que o art. 73 da Constituição Federal outorga a essa Corte de Contas, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 dessa Lei Maior, em favor do Judiciário. Essas mesmas competências. no que couber. são reconhecidas em favor dos Tribunais de Contas estaduais, distritais e municipais ex vi do disposto no art. 75. também da Constituição Federal.

IV — CLASSIFICAÇÃO

Várias são as classificações formuladas pelos autores para os cargos públicos. Poucas. no entanto. têm relevo e funcionalidade. As mais importantes são as que levam em conta, para a sistematização desejada. os critérios da segurança do funcionário na titularização do cargo e da posição do cargo no quadro funcional da Administração Pública. Pelo primeiro. os cargos públicos são de provimento: 1 — em comissão: II — efetivo: III — vitalício. Os dois primeiros são criações da lei. enquanto o último é insti

245

tuição da Constituição. Pelo segundo desses critérios, os cargos são: I — isolados: II — de carreira.

1. Segundo a segurança do servidor na titularização do cargo

Com fundamento nesse critério os cargos públicos são, como dito acima, de provimento: I — em comissão: II — efetivo: III — vitalício.

Cargo de provimento em comissão, ou simplesmente cargo em comissão, é o que menos segurança dá, em termos de permanência no cargo, ao seu titular. É ocupado transitoriamente por alguém, sem direito de nele permanecer indefinidamente. A CF qualifica-o de cargo de livre nomeação e exoneração (art. 37, II). Vale dizer: para a nomeação de seu titular não se exige concurso, embora se possam fazer, por lei, outras exigências, como ocorre com os Ministros de Estado, que devem ter mais de vinte e um anos e estar no exercício dos direitos políticos (art. 87 da CF). A lei também pode vedar que para esses cargos sejam nomeados parentes até o terceiro grau. Assim como a nomeação desses agentes é livre, também o é sua exoneração, isto é, nada precisa ser alegado para justificar seu desligamento (RDA, 108:180; RT, 743:399 e 749:408). A exoneração, nesses casos, diz-se *ad nutum* da autoridade competente. Desse modo, qualquer direito é-lhes negado se disser respeito à sua permanência no cargo, mas não se lhes negam a aposentadoria', que, aliás, é concedida nos termos do regime geral de previdência social (art. 40, § 13, da CF), e as férias, se satisfeitos os requisitos para a respectiva aquisição. Dessa natureza são os cargos de Ministro, na esfera federal, e de Secretário, no âmbito dos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Os cargos de provimento em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Também destinam-se ao assessoramento (art. 37, V, da CF). Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode desfazer-se dessa competência para exonerar os titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar da sua confiança. A exoneração, nessas hipóteses, é imprescindível, pois com ela se aplaca a ira de todos os

1. Para aprofundar, veja nosso parecer sobre a aposentação de servidor titular de cargo em comissão de Secretário Municipal, publicado no BDM, n. 8, p. 423, 8 ago. 1996.

envolvidos. Mas, por certo, não se pode criar somente cargos em comissão, pois outras razões existem contra essa possibilidade. Tal criação, desmedida e descabida, deve ser obstada, a todo custo, quando a intenção evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos². De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou alguma particularidade entre seu rol de atribuições, como seu titular privar da intimidade administrativa da autoridade nomeante (motorista, copeiro), devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, portanto, possibilidade de sua anulação. Por esses motivos são em menor número. Diga-se, por fim, que a CF, no art. 37, V, com a redação dada pela EC n. 19/98, procura limitar o poder de escolha dos titulares de cargos de provimento em comissão, à medida que dispõe que serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei-. Os cargos de provimento em comissão existem na Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de qualquer dos níveis de governo. As funções de confiança só podem ser exercidas por servidores ocupantes de cargos efetivos (art. 37, V, da CF).

De provimento efetivo, ou simplesmente cargo efetivo, é o que confere ao seu titular, em termos de permanência, segurança. É o cargo ocupado por alguém sem transitoriedade ou adequado a uma ocupação permanente. São próprios para o desempenho de atividades subalternas, em que seus titulares não exercem chefia, comando, direção, assessoramento, nem precisam para a nomeação ou permanência no cargo gozar da confiança da autoridade nomeante. São cargos cujas atribuições caracterizam-se como serviços comuns (não exigem habilitação especial, qualquer um pode executá-los), a exemplo dos serviços de limpeza, de datilografia, de pintura, ou como serviços técnicos profissionais (exigem habilitação especial:

só podem ser executados por profissionais legalmente habilitados), como são os de engenharia, os de medicina e os de advocacia. São em maior número. Existem na Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública de qualquer esfera de governo. Essa ocupação permanente não é absoluta nem adquirida de imediato. O titular de cargo dessa natureza só alcança a garantia de permanência após o decurso do prazo de três anos⁴.

2. Nesse sentido decidiu o STF. Pleno. Repr. 1.282-SP.

3. Essa lei é de cada uma das pessoas políticas.

4. Art. 41 da Constituição Federal.

chamado de estágio probatório. no qual se apurou sua capacidade para a permanência. Dentro desse período e mediante inquérito que apure a sua inaptidão para o serviço público, pode ser desligado, apesar de ocupante de cargo de provimento efetivo⁵. Diga-se que a lei local não pode ampliar ou diminuir esse lapso temporal. sob pena de inconstitucionalidade. Assim nos parece dada a redação do dispositivo constitucional que o prevê: “são estáveis após três anos...”. Como diminuir, se a regra prescreve após três anos? Como aumentar. se o direito é alcançado após três anos? O que a Constituição Federal quer é o transcurso dos três anos.

Por não ser absoluta essa fixidez do funcionário no cargo que titulariza. pode ele ser transferido e demitido. sem que a transposição do estágio probatório. que lhe outorga a estabilidade, em certas condições. possa impedir. Transposto o estágio probatório, o titular de cargo de provimento efetivo adquire estabilidade (CE art. 41). Esta é o direito de permanecer no serviço público, não no cargo. Depois de estabilizado, o vínculo que prende o funcionário à Administração Pública só pode ser extinto mediante processo judicial ou administrativo em que se apurará o cometimento da infração, para a qual foi cominada a pena de demissão e se lhe assegurará ampla defesa (CF. art. 41, § 1). A estabilidade do servidor público civil é necessária para o pleno desenvolvimento de suas atribuições, sem medo de admoestações ou ameaças de seus superiores quando, por motivos técnicos ou por razões de interesse público, negar-se a cumprir suas ordens ou tiver de agir contrariamente a elas ou aos seus interesses. Não é. Assim, outorgada apenas no interesse do servidor público civil, mas, principalmente, no interesse da instituição.

Vitalícios são os cargos destinados a receber um ocupante em caráter permanente. definitivo. Difere dos cargos efetivos na medida em que a segurança ou garantia de permanência é ainda maior. O titular desse cargo só pode ter extinto o vínculo que o liga à Administração Pública por processo judicial (CF. art. 95. 1). Não basta, portanto, o mero processo administrativo para o desfazimento dessa relação jurídica. mesmo que se apure ter o vitalício cometido infração que comine pena de demissão e se lhe tenha assegurado ampla defesa. A vitaliciedade é concedida ao agente público em função da liberdade que deve estar por trás de todo o seu comportamento

5 A Súmula 21 do STF estatui: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

no desempenho do cargo. Só assim terá independência para agir. A proeminência das funções de seus titulares e a necessidade de cumpri-las com liberdade e independência exigem tal segurança.

Os cargos de provimento vitalício são tão-só os enunciados na Constituição da República. Não pode a vitaliciedade, ainda que por lei, ser concedida a outros agentes. As Constituições estaduais e as leis orgânicas dos Municípios em que há Corte de Contas própria têm estendido essa garantia aos conselheiros dos respectivos Tribunais de Contas, mas o fazem por expressa previsão da Constituição Federal (art. 75). Assim procedeu a Constituição paulista no § 39 do art. 31. Hoje, no âmbito federal, são cargos de provimento vitalício os de magistrado (art. 95. I, os de membros do Ministério Público (art. 128, § 59, a), os de Ministros do Tribunal de Contas (art. 73, § 39) e os de oficiais militares (art. 142. VI). Nos demais níveis de governo essa garantia é outorgada aos agentes que nessa esfera desempenham atribuições semelhantes. No primeiro grau é adquirida pelos juízes após dois anos de exercício (art. 95. 1. da CF). Também depois de dois anos de exercício os componentes do MP adquirem essa garantia (art. 128, § 59, 1. a). Durante esse tempo, os juízes somente poderão perder o cargo por deliberação do Tribunal a que estiverem vinculados (art. 95. 1) e, naturalmente, desligados do serviço público. Nada semelhante foi previsto para os membros do Ministério Público, mas nem por isso cabe afirmar que podem ser desligados de seus cargos, pois a seu favor prevalece a regra geral que somente legitima o desligamento mediante ação judicial. No segundo grau e só para os magistrados não oriundos da carreira, a vitaliciedade é adquirida com a posse, como se infere do art. 95. 1. da Constituição Federal. O mesmo ocorre com os Ministros do Tribunal de Contas, que adquirem a vitaliciedade no ato da posse. Nesses casos, para aqueles juízes e para esses Ministros, não cabe falar em estágio probatório.

2. Segundo a posição do cargo no quadro funcional da Administração Pública

Por esse critério, os cargos públicos são bipartidos em isolados e de carreira, cujos conceitos exigem a prévia noção de classe e de carreira.

Classe é um agrupamento de cargos da mesma profissão ou atividade

e de igual padrão de vencimento, Para fins de “classificação de cargos do serviço civil do Poder Executivo”, a Lei federal n. 3.780, de 12 de julho de

1960, estabeleceu que “classe é o agrupamento de cargos da mesma denominação e com iguais atribuições e responsabilidades” (art. 42, fi). Para o

estatuto paulista (art. 7). classe “é o conjunto de cargos da mesma denominação”

Carreira é um agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade com denominação própria, e, para a referida Lei federal n. 3.780/60. ‘é o conjunto de classes da mesma natureza de trabalho. dispostas hierarquicamente. de acordo com o grau de dificuldade das atribuições e nível de responsabilidade. e constituem a linha natural de promoção do funcionário”. Essa lei substituiu a palavra carreira por “série de classes” (art. 4º, III). Para o Estatuto paulista “é o conjunto de classes da mesma natureza de trabalho. escalonadas segundo o nível de complexidade e o grau de responsabilidade” (art. 8). A carreira. ou série de classes, é o mecanismo de progressão ou ascensão do servidor público civil no quadro de pessoal a que está integrado, independentemente de concurso. E vedado, sem concurso. o acesso ou promoção de carreira inferior para outra mais elevada (RT. 725:141).

Com essas considerações pode-se definir cargo de carreira como o pertencente a um conjunto de cargos da mesma denominação, distribuídos por classes escalonadas em função da complexidade de atribuições e nível de responsabilidade. Normalmente as profissões de professor e de delegado de polícia são. na Administração Pública, estruturadas em carreira. e os cargos que a compõem são cargos de carreira. Esses cargos são de provimento efetivo e só podem ser titularizados por servidores públicos estatutários aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Em outras situações. nem mesmo se pode falar em carreira. como ocorre com os Ministros de Estado. Nessas hipóteses. como não há carreira, diz-se que o cargo é isolado. Cargo isolado, portanto, é o que não integra qualquer carreira. Os cargos isolados. dependendo da lei ou resolução de criação, são de provimento efetivo ou em comissão.

O conjunto dos cargos de carreira e dos cargos isolados constitui o quadro de pessoal. No âmbito federal (art. 16 da Lei n. 3.780/60). cada Ministério tem seu quadro de pessoal. Na esfera dos Estados-Membros. do Distrito Federal e dos Municípios procede-se de igual modo. embora sem qualquer obediência a essas leis federais. Procede-se assim devido à racionalidade da estrutura que se acaba conseguindo. O quadro. quase sempre. é constituído de uma parte permanente. composta de cargos de provimento efetivo e de cargos de provimento em comissão. e outra provisória. integrada por cargos que serão extintos, automaticamente, quando vagarem. O art. 18 da mencionada Lei n. 3.780/60 fala em lotação e deixa entrever que é o número de

servidores que devem ter exercício em cada repartição ou órgão (Ministério). A relação é a alteração do número de servidores que devem ter exercício numa determinada repartição.

250

V — PROVIMENTO

O cargo exige um titular, isto é, um agente que desempenhe o correspondente rol de atribuições. De nada vale o cargo sem o agente. Daí não ter qualquer sentido lógico-jurídico a criação de um cargo se não for para atribuir-lhe um titular. Do mesmo modo não há razão alguma para se manter um cargo vago, isto é, sem titular, por tempo indefinido. Se não for para ser preenchido, não deve ser criado, e, se já existe, mas não há qualquer interesse no seu preenchimento, deve-se extingui-lo. Cargo sem titular é porta aberta para a prática de irregularidades, como ocorre com as designações. O servidor é designado para responder por um cargo vago, mas não responde porque continua com as atribuições do cargo de que é titular. Por esse expediente, no entanto, é melhorada a sua remuneração, pois receberá uma gratificação por essa designação, a qual é adicionada ao vencimento do cargo que ocupa. Recebe, assim, por serviços de remuneração menor, um estipêndio maior.

1. Conceito

É o ato administrativo mediante o qual a autoridade competente dá a um cargo seu devido titular. Para Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 364) “é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular”. É comumente chamado de nomeação ou investidura. É ato administrativo, ainda que o provimento ocorra nas hostes administrativas do Legislativo, do Judiciário e das Cortes de Contas. No Executivo, é veiculado por decreto ou portaria: no Legislativo, por portaria ou ato da Mesa; no Judiciário e nas Cortes de Contas, por portaria. Nas autarquias e fundações públicas é veiculado por portaria ou ato do superintendente ou presidente, conforme dispuserem seus atos constitutivos.

2. Posse

Para que o vínculo entre o servidor nomeado e a Administração Pública aperfeiçoe-se é indispensável a posse. A posse é a aceitação do cargo e o compromisso de bem desempenhar as respectivas funções. Deve ocorrer no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento. Sob pena de caducidade da nomeação. Esse prazo pode ser prorrogado a pedido do nomeado Na Lei n. 8.112/90, que instituiu

o regime único dos servidores da União e de suas autarquias e fundações públicas, a posse está regulada no art. 13.

251

Para a posse, entre outras exigências, deve ser ressaltada a instituída pelo art. 13 da Lei federal n. 8.429/92. Lei da Proibição Administrativa⁶. Segundo dita disposição, a posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente. Essa declaração, nos termos do § 1 desse artigo, compreende os bens imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no País ou no exterior.

e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico. Essa declaração, ademais, será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função, conforme prescrito pelo § 22, também desse artigo.

3. Exercício

A partir da posse, o servidor nomeado tem, nos termos da mencionada

Lei federal n. 8.112/90, o prazo de trinta dias para entrar em exercício (art.

15, § 1), ou seja, para colocar-se à disposição da repartição onde desempenhará suas funções, sob pena de exoneração (art. 15, § 2). O exercício é dado

ao servidor nomeado pela autoridade competente do órgão ou entidade para o qual foi designado (art. 15, § 32),

Para a entrada em exercício de cargo, emprego ou função, quando inexistir a posse, deve ser exigida, nos termos do art. 1 da Lei federal n. 8.730/93, a declaração de bens, com a indicação das fontes de rendas.

4. Classificação: provimento originário e derivado

Consoante doutrina tradicional, em nada alterada pela Constituição de 1988, o provimento é classificado em originário e derivado. É originário, ou inicial, quando a nomeação independe de qualquer vinculação do provido com a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública.

6. O art. 13 dessa lei foi regulamentado pelo Decreto federal n. 978. de 10 de novembro de 1993.

7. A exigência da apresentação da declaração de bens. mais tarde. foi regulada pela Lei federal n. 8.730. de 10 de novembro de 1993. que estabeleceu a tal respeito disciplina mais rígida. com aplicação. inclusive, aos Estados. Distrito Federal e Municípios, no que couber, como normas gerais de Direito Financeiro.

252

Constitui-se na primeira investidura, embora a Constituição Federal. no art. 37. II. não o diga. Ressalvados os cargos de provimento em comissão. pressupõe a aprovação prévia do provido em concurso de provas ou de provas e títulos. Assim, é originária a designação de alguém. para o cargo de provimento efetivo de médico, que nunca esteve ligado à Administração Pública. como é originário o provimento dessa pessoa. ocupante do cargo efetivo de médico, para titularizar outro, também de provimento efetivo, de procurador jurídico. Essa nova vinculação. embora tivesse existido a anterior, é originária, pois pressupõe novo concurso. nova nomeação e novo estágio probatório. Não decorre. em suma. da precedente ligação com a Administração Pública. A nova vinculação existe independentemente da antiga. Essa modalidade de provimento não admite espécies. sendo a nomeação a única modalidade de provimento originário.

E derivado se a designação depender de vinculação anterior do provido com a Administração Pública, autárquica e fundacional pública. O provimento. no caso. deriva, decorre, procede necessariamente do liame anterior. Este tem que existir sob pena de nulidade da nomeação. O provimento por derivação pode ser por promoção. readaptação e reingresso. As modalidades de provimento mediante transferência e ascensão foram extintas pela Lei federal n. 9.527. de 1997, portanto, nos termos do art. 8 do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União restaram a nomeação, a promoção. a readaptação. a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução. como formas de provimento de cargo público, mas só estudaremos a promoção. a readaptação e o reingresso.

O provimento derivado diz-se por promoção quando ocorre a mudança do servidor público de um para outro cargo da mesma natureza de trabalho com elevação de função e de vencimento, conforme a legislação. essa espécie de provimento pode-se dar alternadamente, por merecimento ou por antiguidade, a cada período de tempo. desde que haja vaga. Com a promoção as atividades do servidor passam a ser de maior complexidade e responsabilidade e ensejam maior remuneração. Em outras legislações a

promoção chama-se acesso. Por fim, diga-se que a promoção é provimento derivado vertical, já que o servidor ascende a cargo mais elevado. Para a promoção não é exigido concurso público, bastando concurso interno para garantir a aplicabilidade do princípio da isonomia se o número de candidatos é superior ao de cargos vagos, submetidos ao regime de promoção. Isso, no entanto, não é tudo, pois o § 22 do art. 39 da Lei Maior exige a participação dos candidatos à promoção nos cursos mantidos por escolas de governo, destinadas à formação e aperfeiçoamento dos servidores.

Diz-se provimento por readaptação quando o servidor é provido em Outro cargo cujo exercício é mais compatível com sua superveniente limitação física (provimento do cargo de vigilante escolar com servidor

253

ocupando cargo de motorista, que perdeu um dos braços em acidente). Confori já decidiu o STF (RDA. 128:145). É provimento horizontal, pois o seror não ascende nem é rebaixado. Faz-se essa espécie de provimento senoncurso, dada a finalidade do provimento. Se assim não for entendido e f obrigatório o concurso público, essa finalidade poderá não ser alc2ada, pois a vaga, eventualmente, será ocupada por alguém que não o reaptando, aprovado no concurso público.

O provimento derivado diz-se por reingresso quando há o retomo do sertior que se desligara da Administração Pública direta, autárquica e funcional pública. São formas de reingresso: a reintegração, o aproveitamento, a reversão e a recondução.

Dá-se a reintegração do servidor ao cargo que antes ocupava porque forlesvinculado ilegalmente. Nessa hipótese, o retomo faz-se com a plena stauração dos direitos violados (volta para o mesmo cargo, com todas as ntagens) e com o integral ressarcimento dos prejuízos sofridos (recebe tod; os vencimentos, com juros e correção monetária), não obstante deciSã(m contrário do STF (RDA. 127:377 no que conceme à correção. A reitgração pode ser judicial (decorre de decisão do Poder Judiciário em ação de anulação de ato jurídico cumulada com reintegração do servidor) OUdnniistrativa (deriva de decisão da entidade a que se ligava o servidoi conforme prevê o art. 28 do Estatuto federal. O Estatuto paulista não pre a reintegração administrativa. Isso, cremos, é de nenhuma importâncu visto que, pelo princípio da autotutela, a Administração Pública direta, a :árquica e a fundacional pública podem rever seus atos. Para essa finalidle é irrelevante argumentar em sentido contrário, com o disposto no § 2 art. 41 da Constituição Federal, que estatui: “Invalidada por sentença juia1 a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocante da vaga, reconduzido ao cargo de

origem, sem direito a indenização aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade...”, porque aí só se revê a invalidação da demissão por via judicial. Essa expressa modalidade e reintegração não elimina a outra: ambas convivem. Se o cargo foi extinto não houver interesse no seu restabelecimento, o servidor reintegrado será colocado em disponibilidade, com proventos proporcionais, se não puder ser aproveitado em cargo equivalente. Se o cargo foi transformado, a reintegração dar-se-á nesse cargo. Dada a finalidade da reintegração, sua utilização é incompatível com o concurso público. Não se pode, assim, submeter o reintegrado a concurso público, que, no caso, é absolutamente dispensável.

O servidor público estável, e somente ele, pode ser colocado em disponibilidade, nos termos dos §§ 2º e 32 do art. 41 da Constituição Federal. Finda a disponibilidade, o servidor público estável retorna ao serviço na entidade que o colocara nessa situação de inatividade. E o aproveitamento. Os Estatutos regulam essa forma de provimento derivado. O

254

aproveitamento, sempre que se apresentar essa oportunidade, é obrigatório. Não é, pois, faculdade para a Administração Pública nem pode ser contestado pelo aproveitando, que deve tomar posse e entrar no exercício do cargo nos prazos legais, sob pena de ser tomado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade (art. 38, § 52, do Estatuto paulista). O aproveitamento dar-se-á, quando possível, no mesmo cargo: caso contrário, em outro que lhe corresponda em termos de atribuições e vencimentos. À falta de lei disciplinando essa forma de provimento, não pode o servidor em disponibilidade exigir seu aproveitamento, conforme Súmula 39 do STF.

O servidor público aposentado pode voltar ao serviço público quando assim o solicitar, ou quando determinado o retomo pela entidade a que se ligava, dado que insubsistentes (decisão viciada) os motivos da aposentação ou por não mais subsistirem (os motivos desapareceram) os motivos determinantes de sua aposentadoria. E a reversão. Na primeira hipótese, ou seja, mediante solicitação, costuma-se dizer que a reversão é a pedido. Enquanto não atingir a idade-limite da aposentadoria compulsória, o servidor pode solicitar a reversão, cabendo à entidade requerida, tomadas as cautelas de estilo (exame médico, existência de vaga), deferir ou não o pedido. Na segunda hipótese, isto é, quando determinada pela Administração Pública, diz-se *ex ofício*. As razões dessa manifestação da entidade que aposentara o servidor são a insubsistência dos motivos da aposentação e a ilegalidade na concessão. Os Estatutos regulam a

reversão, e alguns só a permitem até uma certa idade. se houver laudo médico favorável. A reversão. em princípio. far-se-á no mesmo cargo. mas. se for impossível, em outro de atribuições e vencimentos semelhantes, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA. 121:228). a reversão é ato discricionário da entidade pública a que se vinculava o servidor. Embora decidido dessa forma, não cremos que a Administração Pública possa optar ou não pela reversão quando presentes os motivos que lhe dão ensejo. A reversão é sempre obrigatória em tais casos. sob pena de responsabilidade, já que não seria jurídico, nem justo e lógico. que alguém desfrutasse de uma situação a que não tem direito (o aposentado está curado. a aposentadoria foi concedida ilegalmente). Por essas razões não se pode submeter o servidor sujeito à reversão, a concurso público, pois outro candidato poderá vencer esse certame, salvo nos casos de reversão a pedido. Nessa hipótese. se o servidor interessado na reversão não for aprovado e classificado no concurso. continuará na situação de aposentado. Não cabe a reversão quando a aposenta- dona deveu-se ao tempo de serviço ou à idade.

O servidor estável retornará ao cargo que ocupava quando for desprovido do cargo que ocupa devido à reintegração do seu então titular. E a recondução. Para essa espécie de provimento é desnecessário o concurso

255

público. Não ocorre a recondução quando o servidor é inabilitado no estágio probatório que cumpria em razão da nomeação em outro cargo. dado que para a investidura neste cargo teve de exonerar-se do que anteriormente ocupava, sob pena de acumulação ilegal. Se o afastamento do cargo primitivo é decorrência de uma licença, o retomo se dá pela extinção desta. não por força da recondução.

Desde o advento da Constituição Federal estudiosos têm contestado a recepção de algumas dessas modalidades de provimento derivado, como se verifica no que se refere à readmissão, consoante as razões que fundaram o Despacho Normativo do Governador de São Paulo. de 12 de março de 1990.

5. Quadro sinótico das formas de provimento

Num quadro sinótico. as formas de provimento dos cargos podem ser assim visualizadas:

1 — Originário — Nomeação

Provimento

1. Promoção

II — Derivado 2. Readaptação

3. Reingresso

6. Competência para prover cargo público

O provimento dos cargos públicos da Administração Federal direta cabe ao Presidente da República, observado o que a respeito dispuser a lei (art. 84. XXV. da CF). A palavra lei está usada em sentido amplo. De sorte que a nomeação há de atender ao que prescreve a lei ou a Carta Magna. como ocorre com a nomeação do Procurador-Geral da República e dos diretores do Banco Central do Brasil. entre outros. que exige prévia aprovação do Senado Federal (art. 84. XIV. da CF). Essa atribuição pode ser delegada. pelo Presidente da República. aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou do Advogado-Geral da União, que observarão os limites da delegação (art. 4, parágrafo único. da CF). Também lhe toca a nomeação dos dirigentes das autarquias. empresas públicas e fundações. Além disso. ao Presidente da

256

República cabe prover cargos que integram a estrutura do Judiciário, como ocorre com os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 84. XIV. da CF). O mesmo se pode dizer da nomeação dos Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 73, § 2. 1. da CF). No âmbito estadual e distrital. a competência cabe ao Governador, como ocorre na Constituição paulista (art. 47. V). Ao Governador cabe. ainda. nomear. como se dá em São Paulo. os dirigentes das autarquias (art. 47. VII). os integrantes do quinto dos Tribunais de Justiça. Alçada e Militar (art. 63. § 22) e outros titulares de cargos especificados nessa Lei Maior. No Município. a nomeação dos servidores municipais e dos dirigentes das entidades da Administração Municipal indireta toca ao Prefeito, conforme estatuem as Leis Orgânicas municipais, a exemplo da paulistana (art. 70. II). O provimento é veiculado por decreto. Dentro das entidades da Administração Pública indireta de qualquer nível, a nomeação, conforme o caso. dos servidores e empregados cabe aos seus dirigentes. mediante portaria ou mera anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social e na Ficha de Empregado.

O provimento de cargos da estrutura administrativa do Legislativo é da competência. na esfera federal, das respectivas Casas, isto é, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Dentro dessas Casas, poderá caber à Presidência ou à Mesa, conforme dispuser o competente Regimento Interno. No âmbito estadual e distrital. essa atribuição é da Casa Legislativa. sendo o ato de nomeação do presidente ou da Mesa. No que concerne à nomeação dos cargos da estrutura administrativa da Câmara de Vereadores. Poder Legislativo Municipal. deve-se dizer que essa atribuição é do

presidente ou da Mesa. de acordo com o estabelecido no Regimento Interno. A essas autoridades ou órgãos cabe a nomeação dos dirigentes de suas eventuais autarquias. O veículo desses atos pode ser a portaria ou ato da Presidência ou, ainda, ato da Mesa, conforme dispuserem os correspondentes Regimentos Internos. A nomeação dos servidores das autarquias, por sua vez, cabe aos seus dirigentes, mediante portaria.

No que se refere ao provimento dos cargos administrativos do Judiciário, diga-se que a competência é dos Tribunais (art. 96. 1. e. da CF). quer sejam Tribunais federais, quer estaduais, sendo o ato de nomeação da responsabilidade dos respectivos presidentes. O ato é veiculado por portaria.

Quanto aos cargos administrativos do Tribunal de Contas da União, deve-se dizer que o respectivo provimento cabe ao presidente dessa Corte, uma vez que o art. 73 da Lei Maior lhe atribuiu as competências consignadas no art. 96, onde está assentado, no inciso I, e, a atribuição para prover cargos necessários à administração de seus serviços. Por extensão, cabem a essas Cortes estaduais, distritais e municipais iguais atribuições (art. 75 dc o art. 73 da CF). O veículo desses atos é a portaria ou outro, conforme indicado em seus atos constitutivos.

- reintegração
- aproveitamento
- reversão
- recondução

257

7. Restrições à competência para prover cargo público

Por derradeiro, note-se que a liberdade para prover cargos públicos sofre, em certas épocas, restrições. É o que ocorre nos períodos imediatamente anteriores e posteriores às eleições. Durante esse tempo, os cargos públicos, em princípio, não podem ser providos. Toda nomeação com infração aos dispositivos que regulam o provimento de cargos nessas épocas é nula. Não gera, por conseguinte, qualquer direito, nem há necessidade de inquérito administrativo para o desligamento, como já decidiu o STF (RE. 92:728). Somente são devidos os salários referentes aos dias de efetivo trabalho, segundo decidiu o TRT da 1ª Região, no RR 3.867/88.7 (DJU. 11 ago. 1989). Outra restrição à competência para nomear está contida no parágrafo único do art. 169 da Constituição da República, pelo qual nenhuma nomeação pode ser promovida se não houver: I — prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II — autorização específica na lei

de diretrizes orçamentárias. Por fim diga-se que a Lei Complementar n. 101/2000, que dispõe sobre a responsabilidade fiscal, prescreve que é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20, também dessa lei. Assim, nos últimos seis meses, por exemplo, no mandato de prefeito municipal será nula qualquer nomeação para cargo, efetivo ou em comissão, função ou emprego público se causar aumento da despesa com pessoal. Se não causar aumento, como é a simples substituição de um servidor por outro nas mesmas condições do substituído, o ato de investidura não será nulo. A regra desse dispositivo constitucional submetem-se as nomeações dos servidores da Administração Pública, autárquica e fundacional pública de qualquer nível governamental, ante a dicção do mencionado art. 169 da Carta Maior. Além disso, a restrição é expressa para o Judiciário (art. 96.1. e), para o Legislativo (arts. 51.IV. e 52. XIII), para as Cortes de Contas (arts. 73. 74 e 96. combinados) e para o Executivo (art. 84. XXV).

Algumas leis municipais e estaduais têm procurado restringir essa competência, obrigando o Executivo a submeter ao respectivo Legislativo a aprovação do futuro ocupante de cargo, emprego ou função em comissão que deseja prover, copiando grosseiramente a regra do art. 52. III. da Constituição. Essas leis não encontram fundamento constitucional para tanto, nem mesmo analógico com esse preceptivo constitucional, pois prover cargo, emprego ou função de confiança é atribuição inerente ao Chefe do Poder Executivo. De outro modo estaria desrespeitado o princípio da separação dos Poderes.

258

VI— ACUMULAÇÃO

A acumulação de cargos sempre preocupou o constituinte, dada a situação de imoralidade administrativa que enseja. A regra é a não-acumulação de cargos. A exceção é a acumulação. A possibilidade de acumular está expressamente referida na Carta Federal (art. 37. XVI. e § 1 e 2 do art. 17 do ADCT), e já foi tratada no Capítulo V (item VIII. n. 5.5.3), para onde remetemos o leitor.

VII— VACÂNCIA

Os serviços públicos não se interrompem. Observam o princípio da continuidade. Sendo Assim, o normal é encontrarem-se os cargos públicos providos, isto é, ocupados pelos respectivos titulares. Isso, no entanto, nem sempre ocorre. Pode haver, por uma ou

outra razão. cargo sem titular ou na situação de vago, ou de vacância. Cabe. Assim, conhecer melhor esse instituto.

1. Conceito

A vacância é definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito administrativo. cit., p. 393) “como o ato administrativo pelo qual o servidor é destituído do cargo, emprego ou função”. José Cretella Júnior (Curso. cli., p. 539) define-a como “a situação do cargo público sem titular”, portanto, ocorrida a destituição do servidor do cargo que ocupava, este resta vago, instaura-se uma situação de vacância, ou seja, de cargo sem titular. Várias são as causas que podem levar um cargo à situação de vacância.

2. Espécies

Conforme a maioria dos estatutos. a vacância pode acontecer: 1 com extinção do vínculo II— sem extinção do vínculo. A vacância com a extinção do vínculo pode ocorrer pela exoneração. a pedido do funcionário ou ex officio.

8. Nesse sentido confronte decisão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RT. 667:79.

259

ou seja, por manifestação autônoma da Administração Pública; pela denzissão: pela morte: pela aposentadoria. A vacância sem o rompimento do liame pode dar-se pela promoção. pela readaptação e pela recondução.

Em resumo:

1. Promoção

2. Readaptação

3. Recondução

A lei do regime jurídico único dos servidores federais indica, no seu art. 33. como modalidades de vacância: “1— exoneração: II— demissão: III — promoção: IV — readaptação: V — aposentadoria: VI — posse em outro cargo inacumulável: VII — falecimento’. A vacância em razão da transferência e da ascensão não mais existem, pois as formas de provimento de igual nome foram extintas pela Lei federal n. 9.527/97. Examinemos, rapidamente. cada uma dessas causas.

Exoneração é o desligamento do servidor do quadro de pessoal da entidade a que se vinculava, sem caráter punitivo. Pode ser a pedido do servidor ou por deliberação (ex officio) da entidade a que estava vinculado. A exoneração ex officio somente pode ter

lugar se o servidor titularizava cargo de provimento em comissão ou se era ocupante de cargo de provimento efetivo antes de ocorrer a estabilidade. Nesta última hipótese, exige-se a apuração, em processo administrativo, da inadequação do servidor na execução da atividade pública (RDA. 101:124. 126:147). Há a extinção do vínculo existente entre o servidor e a Administração Pública, mas não a extinção do cargo, que aguardará novo titular.

Demissão é o desligamento do servidor do quadro de pessoal da entidade a que se vinculava, como medida punitiva. Trata-se, pois, de sanção, e assim é considerada pelo Estatuto federal no art. 127. E aplicável, segundo essa lei, nos casos de: crime contra a Administração Pública: abandono de cargo: inassiduidade habitual: improbidade administrativa: incontinência

260

pública e conduta escandalosa, na repartição: insubordinação grave em serviço: ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem: aplicação irregular de dinheiros públicos: revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo: lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional: corrupção: acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas: transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117 do Estatuto federal. Alguns estatutos estabelecem que a demissão pode ser simples ou agravada e indicam quando pode ser desta última espécie e, portanto, aplicada com a nota “a bem do serviço público”, como o faz o Estatuto paulista (art. 257). Por ela ocorre o rompimento do vínculo que vigorava entre a Administração Pública e o demitido, sem, obviamente, o desaparecimento do cargo, que deverá ser ocupado por outro titular.

Promoção é a mudança do servidor de um cargo (que por isso fica vago) para outro, da mesma natureza de trabalho, com elevação de função e vencimento. No Estatuto paulista chama-se acesso e está regulado nos seus arts. 33 e 34. Pode ocorrer alternadamente, por merecimento e por antigüidade, a cada certo espaço de tempo e desde que haja vaga, conforme regulado em lei. O vínculo que unia o servidor e a Administração Pública não desaparece com a promoção, isto é, continua existindo, assim como continua existindo o cargo antes ocupado pelo promovido.

Readaptação é a mudança do servidor de um cargo (que por isso fica vago) para outro mais compatível com sua capacidade profissional. Não há aqui, por evidente, qualquer elevação funcional ou remuneratória. Nesse caso o vínculo permanece íntegro entre o servidor readaptando e a Administração pública.

Aposentadoria é a passagem do servidor da atividade para a inatividade. Com essa passagem, o cargo fica vago, daí ser a aposentadoria modalidade de vacância (sobre a aposentadoria, confronte-se o que dissemos no Cap. V. item VIII. n. 5.6.4.1). Com esse acontecimento rompe-se o vínculo que existia entre a Administração Pública e o aposentando. Esse rompimento não extingue o cargo, que aguardará seu novo titular.

Posse em outro cargo inacumulável é espécie de vacância, na medida em que pela nova posse acontece a vaga no cargo anteriormente ocupado, pois significa a renúncia do cargo precedente, que, por isso, fica vago. Há rompimento do vínculo até então existente entre a Administração Pública e o servidor, sem a extinção do cargo. O servidor, no caso, passa a ocupar outro cargo em razão do novo vínculo que se constituiu.

Falecimento é o desaparecimento (por isso o cargo fica vago) do servidor. Sua morte põe fim ao vínculo que mantinha com a entidade a que se ligava. Ocorre, assim, a vacância. O cargo até então ocupado aguardará novo titular.

Vacância

1. Exoneração J a) a pedido

1 — Com extinção 2, Demissão b) ex officio

do vínculo 1 3. Morte

4. Aposentadoria

II — Sem extinção do vínculo

261

VIII — DESNECESSIDADE

O § 3 do art. 41 da Constituição Federal permite a declaração de desnecessidade de cargo público⁹. Esta é tão-só a inatividade do cargo público, já que não chega a pôr-lhe fim. O cargo assim atingido continua existindo, embora não possa ser preenchido. A declaração de desnecessidade pode incidir, segundo o interesse público, tanto sobre cargo titularizado como sobre cargo vago. A incidência no cargo vago não traz qualquer dificuldade ou preocupação, nem causa, se assim se pode afirmar, prejuízos a quem quer que seja. O mesmo não cabe dizer se o cargo estiver ocupado. Seu titular, nesse caso, será exonerado, se não for estável (ocupante de cargo em comissão ou em estágio probatório), ou colocado em disponibilidade, se for estável, percebendo proventos proporcionais.

No último ordenamento constitucional existia dispositivo de igual natureza (parágrafo único do art. 100), sem oferecer as dificuldades que o receptivo atual (3 do

art. 41). em termos de interpretação, oferece. Najuela época se sabia que Poder e quem no seu interior podia declarar a desnecessidade de cargo e. mais. era notório que. para tanto. não havia

-ecessidade de lei. Por isso. sua regulamentação foi feita. na esfera federal. elo Decreto-Lei n. 489/69 e pelos Decretos n. 64.394/69 e 65.871/69. demais. tal prerrogativa foi utilizada, por exemplo, pelo Governador de São Paulo. ao declarar desnecessários os cargos de professor de trabalhos manuais. pelo Decreto n. 16.882/81. e de latim. mediante o Decreto n. 19.939/82. Tudo era simples e pouco era exigido. O STF. no entanto, prescreveu, para que os Prefeitos pudessem valer-se dessa faculdade. uma prévia regulamentação (RTJ. 92:651). Hoje. a Lei Maior pouco diz. A interpretação restou mais difícil e enseja posições doutrinárias divergentes.

Parece-nos que a possibilidade de um cargo ser declarado desnecessário não é mais privilégio do Executivo, se é que o foi algum dia. Essas manifestações podem ocorrer em cada um dos Poderes. Além disso. convém notar que em lugar algum da Constituição existe dispositivo que permite inferir que esse privilégio só cabe ao Executivo. Essa também é a inteligência de Ivan Barbosa Rigolin (O servidor público. cit.. p. 97).

Mas. em específico. que autoridade dentro de cada Poder tem competência para promover a desnecessidade? A competência. como a Constituição Federal não a atribuiu a ninguém, cremos ser. no Executivo, do Presidente

262

da República, no Legislativo, do presidente de suas Casas ou da respectiva Mesa. e. no Judiciário, dos presidentes dos Tribunais Superiores. no âmbito federal. e do Tribunal de Justiça. na esfera estadual. dado caber- lhes exercer a direção dos mais elevados interesses colocados à cura de cada um desses Poderes. cujo exercício independe de lei regulamentadora, conforme já decidiu a mais alta Corte do País (RDA. 195:51 e RT. 722:347). Não há que existir para o Executivo, o Judiciário e o Legislativo uma lei permitindo e regulando dita declaração¹. Mutatis mutandis essas observações valem para a declaração da desnecessidade de cargos de autarquias e fundações públicas, vinculadas a qualquer dos Poderes da União.

Observados esses parâmetros. no âmbito estadual. distrital e municipal. a declaração de desnecessidade de cargo público pode ser utilizada pelas autoridades competentes de cada um dos Poderes dessas esferas de governo.

IX — EXTINÇÃO

Os arts. 48. X. 51. IV e 52. XIII. cuidam da extinção de cargo. emprego ou função pública no âmbito do Executivo e nos serviços auxiliares do Legislativo. O art. 96. II. b. trata da extinção de cargo nos serviços auxiliares do Judiciário. Pela extinção o cargo desaparece. deixa de existir. Essa operação. da alçada exclusiva de cada um dos Poderes. viabiliza-se por lei. quando se tratar de cargos do Executivo, ou. segundo o previsto no art. 84. XXV. da Constituição Federal. mediante ato administrativo do Presidente da República. veiculado por decreto, conforme regulado em lei. Igualmente passa-se com a extinção de cargos em suas autarquias e fundações públicas. Também se viabiliza por lei quando tratar-se de extinção de cargo dos serviços auxiliares do Judiciário. Viabiliza-se por resolução. se se cuidar de cargos dos serviços auxiliares do Legislativo e suas eventuais autarquias e empresas públicas.

É a lei, portanto, que extingue o cargo no momento em que entra em vigor. ou o decreto. quando editado com base em lei que disciplina, para o Executivo, a extinção de cargo público (art. 48. X. de o art. 84. XXV. da CF), conforme reconhece o art. 42 do Decreto federal n. 3.151. de 23 de agosto de 1999. que disciplina a prática dos atos de extinção e de declaração de desnecessidade de cargos públicos, entre outras matérias que

9 A declaração de desnecessidade de cargo público foi regulamentada. no âmbito federal. pelo Decreto n. 3.151. de 23 de agosto de 1999.

10. Já o TJSP entende indispensável a existência de lei fixando de modo impessoal e objetivo os critérios e as condições da declaração de desnecessidade de cargo (RT. 718:106).

263

regulamenta. Para o Legislativo, é a resolução. e para o Judiciário é a lei que extingue os respectivos cargos dos correspondentes serviços auxiliares. Lá. só a resolução os extingue: aqui. só a lei põe fim aos cargos. Não cremos que a lei e a resolução podem autorizar, observadas certas condições. os chefes do Legislativo e do Judiciário a extinguir cargos mediante atos administrativos, tal qual se prevê para o Executivo, tendo em vista a precisa redação dos incisos IV e XIII dos arts. 51 e 52 e da alínea b do inciso II do art. 96. todos da Constituição Federal. Em relação ao Executivo. o desfazimento de cargo. emprego ou função pública pode acontecer em razão do que dissemos por um dos seguintes caminhos: lei ou ato administrativo. A primeira modalidade não oferece qualquer preocupação. e seu fundamento é o próprio art. 48. X. da Constituição Federal. A segunda. se não traz preocupação. oferece, pelo menos.

maior trabalho. Com efeito, deve existir uma lei que, regulando abstratamente a extinção de cargo público, autorize se, como e quando o Executivo, por ato administrativo, pode extinguir qualquer cargo público. Seu fundamento é o art. 48. X. de o art. 84. XXV. ambos da Constituição Federal. O ato de extinção será veiculado por decre[o. quando esse ocorrer no Executivo. Com relação ao Legislativo e ao ExeDutivo. nenhum problema dessa ordem se coloca.

A iniciativa da lei reguladora da extinção dos cargos públicos cabe ao Chefe do Executivo (art. 61. § 1. II. a. da CF). A iniciativa da resolução extintiva de cargo público nos serviços auxiliares cabe ao presidente ou à Mesa da Casa Legislativa interessada na extinção, uma vez que a esse agente u a esse órgão estão afetas as atividades administrativas, ou a quem o Regimento Interno atribuir tal competência. Tratando-se de extinção de argos nos serviços auxiliares do Judiciário a iniciativa da lei cabe aos pre;identes do Supremo Tribunal Federal. dos Tribunais Superiores e dos Triunais de Justiça, conforme indicado no art. 96. II. b. da Lei Maior.

A extinção de cargo vago não traz qualquer consequência. O mesmo não se pode alegar no que respeita à extinção de cargo titularizado. Quando cargo estiver lotado, seu titular: I — será colocado em disponibilidade. om proventos proporcionais ao tempo de serviço, se se tratar de servidor núblico estatutário estável: II — será exonerado. se se tratar de servidor núblico não estável (ocupante de cargo em comissão. em estágio probatório).

Essas mesmas regras e princípios são aplicáveis quando da extinção Je cargos da Administração Pública direta. autárquica e fundacional públic estadual, distrital e municipal.

264

CAPÍTULO VII

SERVIÇO PÚBLICO

1— INTRODUÇÃO

Os administrados, para o bom desempenho de suas atribuições na sociedade. necessitam de comodidades e utilidades. Umas podem ser atendidas pelos meios e recursos que cada um dos membros da comunidade possui: outras só podem ser satisfeitas através de atividades a cargo da Administração Pública, a única capaz de oferecê-las com vantagem, segurança e perenidade. Todas as atividades da Administração Pública, destinadas ao oferecimento de comodidades e utilidades com essas características. constituem serviços públicos.

Adotando essa compreensão ampla do que seja serviço público. Gaston Jèze passou a sustentar que a sua prestação é única, e Léon Duguit a afirmar que é a primordial atividade da Administração Pública. Outros, com o mesmo entendimento, passaram a dizer que a presença do Estado não se justificaria senão para prestá-los. Assim, o oferecimento dos serviços públicos seria a única razão a justificar a existência do Estado. Esse sentido lato, certamente, não satisfaz. Nele acaba-se por incluir atividades que indubitavelmente não são serviço público. Seu conceito, por isso, carece de ser precisado.

II— A LOCUÇÃO “SERVIÇO PÚBLICO”

A locução “serviço público” é formada por dois vocábulos. Um é o substantivo “serviço”, outro é o adjetivo “público”. Ambos demandam algum esclarecimento. O primeiro, de significado unívoco, indica prestação, realização ou atividade. O segundo, de sentido equívoco, tanto pode expressar o autor da prestação, realização ou atividade (Estado), como seu beneficiário (usuário, administrado, povo, público). Desse modo, pode-se

265

ter: I- Serviço Público = serviço que é prestado pelo Estado: II serviço público = serviço fruído pelo administrado, pelo povo, pelo público. Os autores indicam a diferenciação entre um e outro desses significados grafando a locução com maiúscula na primeira hipótese e com minúscula na segunda, distinção que não seguimos.

III — CONCEITO

Não é fácil oferecer a noção de serviço público, como se depreende do exposto nos números anteriores. A doutrina toma essa locução nas mais variadas acepções e com isso dificulta a obtenção da almejada uniformidade conceitual. Tal verificação levou Waline a dizer, sobre a busca desse desejado conceito, tratar-se de um “diálogo de surdos”, e a preconizar-se, na França, a “crise da noção de serviço público”.

A locução em apreço comporta, pelo menos, três sentidos: o orgânico, o material e o formal. Em sentido orgânico, também chamado subjetivo, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública, destinados à satisfação das necessidades dos administrados. Equivale, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal com tal precípua finalidade. Em sentido material, também designado objetivo, o serviço público é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública, destinada a satisfazer necessidades de interesse geral dos administrados. Em sentido formal, serviço público é a atividade desempenhada por alguém (Poder Público

ou seus delegados). sob regras exorbitantes do Direito Comum. para a satisfação dos interesses dos administrados. E a submissão de certa atividade a um regime de Direito Público.

Essa dificuldade mais se acentua na medida em que os serviços variam segundo as necessidades e contingências políticas. sociais e culturais de cada comunidade e época. Os serviços religiosos já foram tidos como públicos. e os serviços de exploração de cassinos são. em certos países. serviços públicos, a exemplo do que ocorre em Mônaco. No Brasil. os serviços de loterias (loteria federal. esportiva, sena e quina) são públicos. Além de todos esses entraves ao fornecimento do desejado conceito. diga-se que os serviços públicos também são prestados por pessoas ligadas (empresas governamentais) ou não (empresas particulares) ao Estado. como concessionárias ou permissionárias'. A vista. então. de todas essas razões. é mais

1. Para alguns autores as empresas governamentais prestadoras de serviços públicos não são concessionárias nem permissionárias da Administração Pública, mas delegadas.

266

que conveniente e oportuno que se ofereça. sem maiores considerações. um conceito de serviço público que atenda aos propósitos desta obra. Assim, calcados em Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação. cit.. p. 1). conceituamos serviço público como sendo toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes. sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico.

O conceito é amplo. Abarca as atividades de oferecimento de comodidades ou utilidades materiais (energia elétrica. telecomunicações. distribuição de água domiciliar), bem como as jurídicas (serviços cartorários). as fruíveis diretamente (transporte coletivo, coleta de lixo) ou indiretamente (segurança pública) pelos administrados de forma preponderante. ou pela Administração (serviços administrativos). A prestação é da Administração Pública (órgãos. agentes e material) ou de seus delegados (concessionários. permissionários). Por fim. há de ser elevado a essa categoria por lei e prestado com observância das normas de Direito Público, isto é, há de ser executado sob um regime de desigualdade ou derogante do Direito Comum.

IV — INSTITUIÇÃO, REGULAMENTAÇÃO, EXECUÇÃO E CONTROLE

A instituição. regulamentação. execução e controle dos serviços públicos. qualquer que seja sua espécie ou modalidade de oferecimento aos usuários. são. em tese. sempre da alçada da Administração Pública.

Os serviços públicos são instituídos pela Constituição da República e. segundo ela. distribuídos à cura da União. dos Estados-Membros. do Distrito Federal e dos Municípios, a quem cabe, conforme a competência. a regulamentação, execução e controle.

À União a Constituição da República reservou, entre outros. os arrolados no art. 21. a exemplo do serviço postal (inciso X) e do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII. e).

Aos Municípios reservou todos os serviços públicos que digam respeito ao interesse local, conforme estatui o inciso V do art. 30. Esse texto. observe-se, não deixa qualquer dúvida de que em lugar da tradicional cláusula do “peculiar interesse”, configurada nas Constituições anteriores. o constituinte de 1988 preferiu a do “interesse local”. sem. contudo, inovar no conteúdo A novidade ocorreu tão-só na locução. Sendo Assim, o “interesse

267

local” não é outra coisa senão aquele que prepondera. que sobressai quando confrontado com o do Estado-Membro ou com o da União.

De sorte que ainda vale a precisa lição de Hely Lopes Meirelles (Direito municipal brasileiro. 4. ed.. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1981. p. 86), proferida nestes termos: “Peculiar interesse não é interesse exclusivo do Município, não é interesse privativo da localidade: não é interesse único dos Municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privacidade. essa unicidade. bem reduzido ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-membro. como também não há interesse regional ou nacional. que não ressoe nos Municípios. como partes integrantes da Federação Brasileira. através dos Estados a que pertencem. O que define e caracteriza o ‘peculiar interesse’, inserido como dogma constitucional. é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União”.

O corpo técnico-jurídico da Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM. órgão vinculado à Secretaria de Governo do Estado de São Paulo. no livro Breves Anotações à Constituição de 1988 (São Paulo. Atlas. 1990, p. 144). entende. com razão. que a

locução “interesse local”, consignada no inciso I do art. 30 da Lei Maior. apenas substituiu a expressão peculiar interesse. grafada nas Constituições anteriores. A mesma inteligência é manifestada por Michel Temer. verdadeiro intérprete da Constituição Federal. visto que um dos mais ilustres constitucionallistas do País e um dos mais responsáveis constituintes de 1988. Com efeito, assegura esse Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUCSP (Elementos de direito constitucional. 12. ed.. São Paulo. Malheiros. 1996. rev. e ampL. p. 106). em precisa lição, que: “Doutrina e jurisprudência. ao tempo da Constituição anterior. se pacificaram no dizer que é do peculiar interesse aquele em que predomina o do Município no confronto com os interesses do Estado e da União. Peculiar interesse significa interesse predominante, interesse local é expressão idêntica a peculiar interesse” (grifos originais).

Portanto, sem qualquer esforço exegético. vê-se que nenhuma competência legislativa tem o Município em matérias que não atinam com O interesse local, como o transporte coletivo intermunicipal. correios e telefonia. mesmo que realizados no interior de seu território. Também e pela mesma razão. não lhe cabe legislar ou mesmo prestar os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Entre os serviços municipais destacam-se os de transporte de passageiros. por meio de ônibus ou táxis. que se realizam no interior do território municipal. os funerários e os de

268

cemitérios, conforme consignamos no verbete “Serviços municipais”. do v. 68 da Enciclopédia Saraiva do Direito.

Aos Estados-Membros a Constituição da República assegurou os serviços remanescentes (art. 25, § 1º) Assim, se o serviço não for da União nem do Município. é do Estado federal. Desses serviços são exemplos os de transporte coletivo intermunicipal e os de segurança pública. Ao Distrito Federal, outorgou os serviços distritais, isto é, os que caberiam aos Estados e aos Municípios (art. 32, § 1. da CF). a exemplo dos serviços de transporte coletivo e funerário, não fosse vedada a existência de Municípios no interior de seu território.

Essa partição não impede. ao contrário. até permite. que a entidade responsável institua como públicos outros serviços. tidos. implicitamente. como de sua competência. E o que ocorrerá com o Município se elevar a essa categoria os serviços de carro-guincho e de transporte de trabalhadores rurais designados bóias-frias. prestados livremente pelos particulares.

Observadas as mencionadas competências, a entidade responsável pelo serviço público, por lei, deve proceder à sua regulamentação, estabelecendo se a fruição pelos administrados é facultativa ou compulsória. Deve, ainda, fixar a forma de sua prestação, as obrigações e os direitos, umas e outros a cargo do usuário, a modalidade de sua remuneração, além dos aspectos de interesse público. Desse modo, quem recebe o serviço é, ainda que implicitamente, competente para regulamentá-lo. Qualquer interferência de uma das entidades políticas na regulamentação dos serviços de outra é inconstitucional. O serviço público de transporte de passageiros por meio de táxi, no Município de Diadema, está regulado em lei municipal, enquanto os serviços de radiodifusão estão disciplinados em lei federal, e os serviços de transporte coletivo intra-estadual em São Paulo estão regidos por lei estadual.

A execução dos serviços públicos, após sua instituição e regulamentação, está a cargo da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, em razão da mesma distribuição de competências. Assim, pode-se dizer que a execução é da responsabilidade da entidade competente para instituir, se for o caso, e regulamentar o serviço público. Quem é competente para instituir e regulamentar é competente para executar (Administração direta) ou atribuir a outrem a respectiva execução (Administração indireta), consoante estabelece o art. 175 da Constituição Federal. A União ou quem lhe faz as vezes executa os serviços federais. Os Estados-Membros ou quem atue em seu lugar prestam os serviços estaduais. Os Municípios ou quem lhes faça as vezes promovem os serviços municipais. O Distrito Federal ou quem aja em seu lugar executa os serviços distritais.

269

ou seja, os que caberiam aos Estados e aos Municípios. Qualquer interferência de uma das entidades políticas na execução dos serviços de outra é inconstitucional.

Pelo controle, sempre presente mesmo que não expresso em lei ou regulamento, a Administração Pública competente mantém-se permanentemente informada sobre o comportamento de quem executa serviços dados à sua cura, como são os seus concessionários e permissionários. Deve verificar se o prestador está atendendo, de modo satisfatório e desejado, as obrigações assumidas. Para tanto, pode examinar livros, registros, documentos e assentamentos e, ainda, impor novas medidas ou tomar providências para que sejam observados os encargos da execução e fiscalizada a lisura da atuação do executor. Esse controle pode chegar à declaração de cassação (extinção da concessão por inadimplemento de concessionário) ou ao resgate (extinção da

concessão por mérito) se os interesses coletivos aconselharem uma ou outra dessas medidas.

Esse controle também existe na prestação do serviço pela própria entidade a que se atribui a cura. embora exercitado de modo diferente. Prevalecem. nessa hipótese. os princípios das atribuições hierárquica e disciplinar. Por intermédio do exercício dessas competências o hierarca mantém sobre todas as atividades e agentes públicos uma vigilância, contínua e permanente. a fim de que os serviços sejam oferecidos adequadamente, isto é, com rapidez, perfeição e de forma positiva (mínimo de investimento com um máximo de resultado social).

V — CLASSIFICAÇÃO

Os serviços públicos podem ser classificados segundo certos critérios. Com efeito, podem ser levados em conta, como critérios de classificação. os seguintes elementos: a entidade a quem foram atribuídos. a essencialidade, os usuários, a obrigatoriedade da utilização e a execução.

Quanto à entidade a quem foram atribuídos. são: federais. estaduais. distritais e municipais. São os regulados e controlados pela União, pelos Estados-Membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. respectivamente. e executados por essas entidades ou por quem lhes faça as vezes (concessionários, permissionários).

Quanto à essencialidade, podem ser: essenciais e não essenciais. São essenciais os assim considerados por lei ou os que pela própria natureza são tidos como de necessidade pública, e. em princípio, de execução privativa

270

da Administração Pública. São exemplos os serviços de segurança nacional. de segurança pública e os judiciários. Os Municípios. cremos. não têm serviços que, pela própria natureza, possam ser considerados de necessidade pública e. como tal. em tese. de execução exclusiva da Administração municipal. mas têm o serviço de transporte coletivo, que. nos termos do art. 30. V. da Constituição da República, é de caráter essencial. São não essenciais os assim considerados por lei ou os que, pela própria natureza. são havidos de utilidade pública, cuja execução é facultada aos particulares. Se preferir. são os que não são de execução privativa da Administração Pública, por exemplo, os serviços funerários. Os essenciais. em princípio, não podem ser executados por terceiros. O mesmo não ocorre com os não essenciais. cuja execução não só pode como. em alguns casos. é até permitida e desejada.

Essenciais, por fim. diga-se. são os serviços que não podem faltar. A natureza do serviço os indica e a lei os considera como indispensáveis à vida e à convivência dos administrados na sociedade, como são os serviços de segurança externa. de segurança pública e os judiciários. Para fins do exercício do direito de greve, outros serviços e atividades são considerados essenciais. consoante estabelece o art. 10 da Lei federal n. 7.783. de 28 de junho de 1989. que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Quanto aos usuários. são gerais e específicos. São gerais os que atendem a toda a população administrada, sem objetivar utentes determinados:

alguns os chamam de serviços indivisíveis. São dessa natureza os serviços de segurança pública e os de segurança nacional. Específicos são os que satisfazem os usuários certos. que os fruem individualmente, designados. por alguns autores, de serviços divisíveis. Como exemplos temos os serviços de telefonia, postal e de distribuição domiciliar de água.

Em razão da obrigatoriedade da utilização, são compulsórios e facultativos. Compulsórios são os impostos aos administrados, nas condições estabelecidas em lei, a exemplo dos serviços de coleta de lixo, de esgoto. de vacinação obrigatória, de internação de doentes portadores de doenças de caráter infecto-contagioso. Facultativos são os colocados à disposição dos usuários sem lhes impor a utilização, a exemplo do serviço de transporte coletivo. Os compulsórios, quando remunerados, o são por taxa. enquanto os facultativos o são por tarifa ou preço. O fornecimento dos compulsórios não pode ser interrompido, mesmo que não ocorra o oportuno pagamento. enquanto o fornecimento dos serviços facultativos, ante a falta do pagamento correspondente, pode ser interrompido.

271

Tomando-se por base a forma de execução. os serviços públicos são de execução direta e de execução indireta. São de execução direta os oferecidos pela Administração Pública por seus órgãos e agentes: são de execução indireta os prestados por terceiros. Assim, se prestados pelo Poder Público. são de execução direta: se oferecidos por estranhos (concessionários. permissionários) aos administrados, são de execução indireta. Qualquer serviço. salvo, em tese. os essenciais, pode ser objeto de execução indireta. Sobre os essenciais ou indisponíveis, assegurou José Cretelia Júnior que: “A declaração do direito. a manutenção da ordem interna, a defesa do Estado contra o

inimigo externo e a distribuição de justiça são serviços públicos que a nenhum particular podem ser outorgados” (Tratado. cit.. v. 1, p. 31). A escolha do prestador (concessionário ou permissionário) será sempre por licitação, conforme exigência consignada no art. 175 da Constituição Federal.

VI— PRINCÍPIOS

Na prestação dos serviços públicos pela Administração Pública, sua titular. ou por terceiros. seus concessionários ou permissionários. devem ser observados os princípios da continuidade, da igualdade e da mutabilidade do regime jurídico. Os princípios da continuidade, da igualdade e da eficiência já foram tratados no Capítulo 1, para onde remetemos o leitor. evitando. assim, repeti-los. Nesta oportunidade, por esse motivo, só cuidaremos lo princípio da mutabilidade do regime jurídico.

1. Princípio da mutabilidade do regime jurídico da prestação

Por esse princípio a Administração Pública competente está autorizada a promover mudanças no regime de prestação do serviço público, visando conformá-lo ao interesse da coletividade. Em razão disso. os usuários e s servidores não podem opor-se a ditas modificações. Não há em favor desses interessados direito adquirido ao regime jurídico de prestação do ;erviço público vigente no momento em que, respectivamente, ajustaram contratação ou foram envolvidos na sua execução. Ainda, em relação ao ervidor. seu estatuto pode ser alterado. e em relação ao usuário, a tarifa pode ser majorada sem sua participação e cobrada imediatamente, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Quando prestado por concessionário ou permissionário. o contrato celebrado pode ser alterado unilateralmente pela Administração Pública concedente-permitente.

272

VII— REQUISITOS

Os serviços públicos devem ser prestados aos usuários com a observância dos requisitos da permanência. da generalidade, da eficiência. da modicidade e da cortesia. de acordo como magistério da maioria dos especialistas. De qualquer maneira. os serviços públicos deverão ser prestados. não importando a forma (direta ou indireta) dessa prestação. de modo adequado. como quer a Lei Maior (art. 175, parágrafo único. IV). Nos termos da Lei paulista n. 7.835/92, que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas. de concessão e permissão de serviços públicos, “serviço adequado é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências de qualidade. continuidade. regularidade. eficiência. atualidade, generalidade, modicidade. cortesia e segurança”

(art. 17). enquanto a Lei carioca n. 1.481/89 entende que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade e generalidade na sua prestação” (art. 4º)

Para a Lei federal n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Maior, “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. A inobservância desses requisitos ensancha à Administração Pública competente a oportunidade de exigir seu total cumprimento, de aplicar, depois do devido processo legal, as penas cabíveis e de intervir na prestação, quando executado por concessionários ou permissionários. Todas as medidas, administrativas e judiciais, que a situação exigir para restabelecer, de pronto, o regular funcionamento do serviço devem ser tomadas pela Administração Pública titular dos serviços trespasados, que nesse particular não tem qualquer disponibilidade. Por outro lado, o prestador do serviço público, como fornecedor que é, responde objetivamente, ou seja, independentemente de ter agido com culpa ou dolo, pelos danos causados ao consumidor por defeitos relacionados com a prestação, consoante estabelece o art. 14 do Código do Consumidor. Comentemos, ainda que sumuladamente, esses requisitos.

1. Regularidade

A regularidade exige que os serviços sejam prestados segundo padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública tendo em vista o número e as exigências dos usuários, observando-se, ainda, as condições técnicas exigidas pela própria natureza do serviço público e as condições de sua prestação.

273

2. Continuidade

A continuidade impõe ao serviço público o caráter de ser Contínuo, sucessivo. O serviço público não pode sofrer solução de continuidade. Vale dizer: uma vez instituído há de ser prestado normalmente, salvo por motivo de greve, nos termos da lei regulamentadora. Não caracteriza descontinuidade da prestação do serviço público quando interrompido em face de uma situação de emergência ou quando sua paralisação se der, após competente aviso, por motivo de ordem técnica ou de segurança das instalações, ou, ainda, por falta de pagamento dos usuários, conforme estabelece o § 32 do art. 62 da Lei federal das Concessões e Permissões.

3. Eficiência

A eficiência exige que o responsável pelo serviço público se preocupe sobremaneira com o bom resultado prático da prestação que cabe oferecer aos usuários. Ademais, os serviços, por força dessa exigência, devem ser prestados sem desperdício de qualquer natureza, evitando-se. Assim, onerar os usuários por falta de método ou racionalização no seu desempenho. Deve-se, ainda, buscar o máximo de resultado com um mínimo de investimento, barateando a sua prestação e, por conseguinte, o custo para os usuários.

4. Segurança

O serviço público deve ser prestado aos usuários com segurança, tendo em vista a natureza do serviço. Nada deve ser menosprezado se puder, por qualquer modo, colocar em risco os usuários do serviço público ou terceiros ou, ainda, bens públicos e particulares. Não deve haver qualquer descuido ou omissão, por menor que seja, na execução dos serviços de manutenção dos equipamentos utilizados na prestação dos serviços públicos. As falhas devem ser imediatamente corrigidas, substituindo-se as peças impróprias ou promovendo a renovação do próprio equipamento.

5. Atualidade

A atualidade significa que a prestação dos serviços públicos deve acompanhar as modernas técnicas de oferecimento aos usuários. Ademais, a atualidade exige a utilização de equipamentos modernos, cuidando-se bem das instalações e de sua conservação, visando, sempre, a melhoria e

274

expansão dos serviços públicos. Esse requisito obriga a uma constante atualização tecnológica dos serviços públicos. O prestador, em razão disso, vê-se obrigado a oferecer à coletividade de usuários o que há de melhor, dentro das possibilidades da outorga.

6. Generalidade

A generalidade significa que o oferecimento do serviço público deve ser igual para todos. Satisfeitas as condições para sua obtenção, deve ser prestado sem qualquer discriminação a quem o solicita. Essa generalidade é decorrente do princípio da igualdade, tracejado no art. 52 da Constituição Federal. Perante os serviços públicos, os administrados devem ser tratados igualmente, isto é, de forma impessoal, como quer a Lei Maior (art. 37).

7. Cortesia

Pelo princípio da cortesia, obriga-se a Administração Pública a oferecer aos usuários de seus serviços um bom tratamento. Exige-se de quem presta serviço público um tratamento urbano, sem o desdém daquele que o oferece. A prestação, em tais condições, não é favor do agente ou da Administração Pública, mas dever de um e de outro e, sobretudo, um direito do cidadão.

8. Modicidade

A modicidade impõe sejam os serviços públicos prestados mediante taxas ou tarifas justas, pagas pelos usuários para remunerar os benefícios recebidos e permitir o seu melhoramento e expansão. Assim, os serviços públicos não devem ser prestados com lucros ou prejuízos, mas mediante retribuição que viabilize esses interesses. Em situações excepcionais, o Poder Público pode subsidiar seu custo ou consentir na utilização de outras fontes de receitas, conforme facultado pelo art. 11 da Lei federal das Concessões e Permissões de Serviço Público. Cabe à lei, nos termos do art. 175 da Constituição da República, instituir para essa remuneração a competente política tarifária.

Não obstante essas sejam as regras, a Constituição Federal impõe a gratuidade a certos serviços públicos. Com efeito, foi assegurado por essa Lei Maior a gratuidade do ensino fundamental, inclusive para os que não tiveram acesso a ele na idade própria (art. 208, 1), e do transporte coletivo urbano (art. 230) aos maiores de 65 anos.

275

VIII— REMUNERAÇÃO

Os serviços públicos são remunerados por taxa ou tarifa. São remunerados por taxa sempre que sua utilização pelo administrado for obrigatória, não importando, neste caso, se há, ou não, efetiva utilização. Basta, portanto, que sejam postos à sua disposição (art. 145, II, da CF). Assim, os serviços de coleta de esgoto sanitário e os de distribuição de água domiciliar, ambos de fruição compulsória, se postos à disposição dos usuários, são custeados por taxa, sejam ou não efetivamente utilizados. Por tarifa ou preço público² são remunerados os serviços públicos facultativos, ou seja, os oferecidos aos utentes para que estes os utilizem se e quando desejarem. Mediante tarifa são custeados os serviços de telefonia, os de distribuição de energia elétrica domiciliar e tantos mais. De sorte que não pode a entidade estatal titular do serviço, escolher para correspondente remuneração a taxa ou a tarifa. Aquela está adstrita aos serviços compulsórios; esta, aos facultativos (RF, 280:137).

Observe-se que a taxa ou a tarifa deve compensar adequadamente a prestação dos serviços. O usuário deve custear o capital, o melhoramento, a expansão dos serviços e a obtenção de um lucro, quando prestado por terceiros (art. 175, parágrafo único, III). Essa compensação não é rigorosamente observada quando o serviço é prestado diretamente pelo Poder Público. Este, algumas vezes, presta os serviços de forma subsidiada, de modo tal que nem a taxa nem a tarifa atendem ao princípio da compensação. A taxa deve ser estabelecida por lei, já que é espécie de tributo, e obedecer ao princípio da anualidade, ou seja, ser instituída e estar vigente em um ano, para ser exigida no ano seguinte. A tarifa deve ser instituída por decreto, embora alguns entendam que deve ser por lei. O normal é a instituição por ato do Executivo, observado o que estiver estabelecido em lei. Nesse sentido é a regra do art. 120 da Constituição paulista. Pode ser cobrada de imediato. Para essa forma de compensação não vigora o princípio da anualidade.

Esse mecanismo que concretiza a política tarifária e permite o equilíbrio entre o custo pela prestação do serviço e a remuneração percebida não se inviabiliza pelo sistema da tarifa zero. Com efeito, quando se adota a tarifa zero, a satisfação do custo da execução do serviço faz-se de outro

2. Os autores ainda mencionam o preço privado (o que é estabelecido em livre concorrência) e o semiprivado o que é estabelecido pelo mercado, com a interferência da Administração Pública).

276

modo, já que o usuário nada paga ao prestador pelos serviços que recebe. A remuneração a que faz jus o prestador do serviço é satisfeita pelo Poder Público titular do serviço. Este, por exemplo, no caso de serviço de transporte de passageiros, pode pagar o serviço por quilômetro rodado. O sistema da tarifa zero não significa absoluta gratuidade dos serviços. De fato, estes são gratuitos só para os usuários, cabendo a remuneração ao Poder Público, seu titular. Isso equivale a dizer que todos pagam pelo serviço prestado a alguns. É o que em certos Municípios chama-se “serviço gratuito”. Em Paulínia, até pouco tempo, o serviço de transporte de passageiros por meio de ônibus não era pago pelos usuários. Era gratuito.

IX — DIREITOS DOS USUÁRIOS

O direito ao serviço público é, hoje, reconhecido em favor dos usuários pela doutrina (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo*, cit., p. 299) e pela jurisprudência (RDA, 25:263 e 55:144, e RT, 232:196, 290:425).

302:506 e 304:764). É direito público subjetivo de exercício pessoal se específico for o serviço, e o utente, estando na área da respectiva prestação, tiver atendido às condições previstas para a sua obtenção. O desatendimento desse direito pode dar oportunidade a medidas judiciais garantidoras das prerrogativas que são consagradas no ordenamento jurídico. Com base no art. 287 do Código de Processo Civil, o usuário pode exigir do executor do serviço, isto é, da Administração Pública ou de um terceiro que lhe faça as vezes, a prestação a que se propôs. Para alcançar esse resultado, é primordial que a prestação seja de fruição específica ou individual, que o usuário esteja na área da abrangência do serviço e tenha satisfeito às exigências técnicas, administrativas e pecuniárias previstas na legislação pertinente. Viáveis são assim os preceitos cominatórios para obtenção dos serviços de distribuição domiciliar de água encanada ou os de telefonia. Nesse sentido são as decisões de nossos pretórios, estampadas nas revistas especializadas já citadas. A contrario sensu dessa doutrina e jurisprudência esse direito não é reconhecido ao usuário quando o serviço é caracterizado como de fruição geral, isto é, de utilização coletiva. Dessa natureza são os serviços de iluminação pública. Afirma essa inexigibilidade acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo publicado a fis. 492 da RT. v. 235.

Além do direito ao serviço, também é reconhecido ao usuário o direito a uma prestação regular, que outra coisa não é senão um corolário daquele. De fato, de nada valeria o reconhecimento do direito ao serviço se, ao mesmo

277

tempo, fosse desconhecido o direito a uma prestação regular. Isso parece óbvio, pois, pela execução irregular, pode-se chegar à negação da prestação. Destarte, se instalado e em funcionamento o serviço, o prestador assume a responsabilidade pela normalidade da sua execução e pelos prejuízos que a suspensão ou o mau funcionamento causar aos usuários. O usuário tem direito a um serviço adequado, em face do que dispõe o art. 175 da Constituição Federal, podendo, quando isso não acontecer, reclamar uma indenização, consoante estabelece o art. 14 do Código do Consumidor.

Além desses, outros direitos (art. 175 da Lei Maior) estão consignados na Lei federal n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, quando os serviços públicos são prestados por concessionários-permissionários. Com efeito, são, nos termos do art. 72 dessa lei e sem prejuízo dos consignados no Código do Consumidor, direitos do usuário:

I receber serviço adequado:

II — receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos:

III — obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso. observadas as normas do poder concedente”.

X — DEVERES DOS USUÁRIOS

Alguns serviços públicos são prestados aos usuários independentemente do atendimento de qualquer exigência prévia: são dessa espécie os serviços de iluminação pública e os de segurança pública. Outros, no entanto, para serem fruídos, exigem dos usuários o cumprimento de certas obrigações, como é exemplo o serviço de distribuição domiciliar de água encanada. Nessa hipótese, a Administração Pública não tem de cumprir a sua parte se o usuário não observou o que lhe competia. Essas obrigações, em número de três, são de natureza administrativa, técnica e pecuniária. Alerta-se que nem sempre são impostas todas essas exigências. O maior ou menor número delas dependerá da natureza e da estrutura dos serviços oferecidos.

As primeiras são as que iniciam o procedimento de fruição e se consubstanciam no pedido. As segundas dizem respeito à própria prestação dos serviços solicitados, a exemplo da extensão dos canos de água até o limite do imóvel a ser beneficiado pelo serviço. As últimas relacionam-se com a remuneração dos serviços, que pode ser exigida antes, durante ou depois da prestação, conforme for a espécie dos serviços ou seu regulamento. Satisfeitas essas exigências, que podem ser simultâneas ou não, o

278

usuário é investido no direito de fruir os serviços públicos. Admitidos a fruir os serviços públicos, os utentes poderão, periodicamente, ter de atender a outras exigências ou obrigações. Assim, deverão prestar declarações, efetuar pagamentos, obedecer aos regulamentos técnicos dos serviços e comunicar qualquer falha no fornecimento ou nos equipamentos, o descumprimento dessas e de outras obrigações pode acarretar a suspensão dos serviços, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

A par desses, diga-se que os usuários têm outros deveres quando o serviço público é prestado mediante concessão ou permissão e no regime da Lei federal n. 8.987/95. que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Com efeito, estabelece o art. 72 dessa lei que são obrigações dos usuários:

IV - levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento, referentes ao serviço prestado:

V — comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço:

VI — contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços”.

XI— SUSPENSÃO DA PRESTAÇÃO

O usuário dos serviços remunerados por taxa ou tarifa deve satisfazer as obrigações concernentes ao pagamento e, ainda, observar as normas administrativas e técnicas da prestação, sob pena de sanções que podem chegar à suspensão do fornecimento. Se o não-atendimento, pelos usuários, das normas administrativas e técnicas a que se obrigaram para obter a prestação do serviço impuser a suspensão, esta é aceita com naturalidade. Assim deve ser, pois essas desatenções podem colocar em risco a própria prestação do serviço. O mesmo se pode assegurar quando há, por parte do usuário, mau uso do serviço recebido (uso de água para regar jardim ou lavar calçada e carro durante período de racionamento) e prejuízo para os demais usuários. Não divergem a doutrina e a jurisprudência, mesmo que os serviços sejam de fruição compulsória. O oferecimento do serviço suspenso Será reativado se e quando o utente voltar a atender as suas obrigações e satisfizer outras exigências legais ou técnicas que tenham cabimento.

O mesmo não ocorre se a suspensão da prestação for imposta pelo não-pagamento. A suspensão, nessa hipótese, não é aceita com a mesma naturalidade pela doutrina e pela jurisprudência. Para uns, é sempre viável, e a partir do momento em que o usuário não satisfaz, a tempo e nas condições estabelecidas, as obrigações pecuniárias assumidas. Para estes são irrelevantes a natureza essencial ou não dos serviços e o fato de serem ou não

279

remunerados por taxa ou por tarifa. Nesse sentido já decidiu o STF ao julgar o Mandado de Segurança n. 16.526, em que foi Relator o Ministro Victor Nunes Leal. No mesmo sentido, mais recente, veja a decisão do TJESP, que entendeu legal o corte de energia elétrica em prédio da Prefeitura por atraso no pagamento de suas contas (RT. 654:92). No mesmo sentido é a decisão da 12ª Câmara do 12 TACivSP (RT. 787:274). Para outros, hão de ser distinguidos os serviços essenciais ou compulsórios dos

facultativos ou não essenciais. A suspensão dos primeiros é ilegal. Com efeito, se a Administração Pública os considera essenciais e os impõe, coercitivamente, aos usuários situados no interior da área da prestação, como ocorre com os serviços de coleta de esgoto sanitário, não os pode suprimir ante a falta de pagamento. Ademais, sendo o serviço compulsório remunerado por taxa, espécie do gênero tributo, e tendo a Administração Pública ao seu dispor meio eficaz e próprio (ação de execução) para obter o valor devido e os acréscimos legais, não lhe cabe impor outras sanções. Já em relação aos facultativos, caracterizados por serem de fruição livre, entendem ser legítima a suspensão da prestação sempre que não ocorrer nas condições estabelecidas. o pronto pagamento. Em decisão recente da 10ª Câmara do TACivSP, entendeu que os serviços prestados em próprios municipais (museu, banheiro público, ginásio esportivo) caracterizam-se como essenciais, e impediu que o fornecimento da energia elétrica fosse cortado pela concessionária (RT. 762:277).

XII — GREVE

A greve é assegurada aos trabalhadores em geral pela Lei Maior (art. 92), e sobre ela podem decidir, livremente, no que concerne à sua oportunidade e aos interesses que devem por seu intermédio ser defendidos. Esse direito, no entanto, não é absoluto. Com efeito, caberá à lei definir os serviços ou atividades essenciais e dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 92, § 12. da CF). Essa disciplina já foi instituída pela Lei federal n. 7.783 de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Com essa mesma cautela a Constituição Federal, no inciso VII do art. 37, garantiu ao servidor público o direito de greve e também o circunscreveu nos termos e limites definidos em lei específica³. Esta ainda não existe

280

e nada há no momento, regulado em lei, que possa ser utilizado em caso de uma greve nos serviços públicos. O Decreto-Lei federal n. 1.632, de 4 de agosto de 1978, que dispunha sobre essa matéria, foi revogado pela referida Lei federal n. 7.783/89, que não se aplica aos servidores públicos. Com efeito, essa lei, no seu art. 16, estabelece que, para os fins do art. 37. VII, da Constituição Federal, lei complementar⁴ definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido. Se assim é resta evidente que, sobre a greve no serviço público, nada regulou. Hoje a greve nos serviços públicos é ampla, salvo no que concerne aos essenciais, pois se aos trabalhadores em

geral a greve nesses serviços é condicionada, com muito mais razão há de ser relativamente aos serviços públicos (RDA. 193:154).

3. Sobre greve do servidor público e do servidor público militar, veja, respectivamente, os n. 5.5.5 e 5.7.6. item VIII. do Capítulo V.

4. A exigência de lei complementar foi extinta. A Constituição Federal exige, atualmente, lei específica inciso VII do art. 37) para a regulamentação do direito de greve no Serviço público.

A regulamentação do direito de greve nos serviços públicos em geral tem sua razão de ser na própria continuidade da prestação desses serviços afetos ao Estado ou a terceiros que atuam em seu nome. Se as exigências da coletividade são contínuas e permanentes, assim hão de ser os serviços que visam satisfazê-las. Desse modo, resta mais que justificada a preocupação do legislador em disciplinar o exercício de greve para que o servidor possa reivindicar seu direito, sem a paralisação dos serviços públicos ou atividades essenciais. As pendências, nesses casos, hão de ser solucionadas por outros meios, não com a paralisação dos serviços. Se assim é em relação aos servidores públicos, não há por que contestar a proibição no que concerne aos militares, consoante a aplicação do art. 142, § 32, determinada pelo § 12 do art. 42 da Constituição Federal. A proibição para estes é plenamente justificável. Ademais, a Constituição Federal, nesse mesmo dispositivo, também veda sua sindicalização.

XIII — SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

O art. 32 do Código do Consumidor (Lei federal n. 8.078. de 11-9- 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor) estabelece que fornecedor é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira. bem como os entes despersonalizados. que desenvolvem atividades de produção. montagem. criação. construção. transformação. importação,

281

exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Vê-se que a Administração Pública, em qualquer de suas manifestações (federal. estadual. distrital. municipal), sempre que. em razão de seu comportamento. puder ser havida como fornecedor. subsume-se integralmente às disposições desse Código. Assim é se o Município, por exemplo. for o prestador dos serviços de transporte de passageiros ou o executor dos serviços de captação. tratamento e distribuição de água domiciliar ou o explorador dos serviços funerários. Nesse aspecto. a Administração Pública equipara-se ao fornecedor particular.

Os direitos do consumidor em relação aos serviços prestados pela Administração Pública, consoante estabelece o art. 62 do Código do Consumidor, guardadas as peculiaridades dessas atividades, são os seguintes:

I a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos:

II — a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações:

III — a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem:

IV — a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços:

V — a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas:

VI — a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica administrativa e técnica aos necessitados:

VIII — a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência:

IX — (vetado):

X — a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Na cobrança de créditos, a Administração Pública não pode valer-se de prática que exponha o consumidor ao ridículo ou o submeta a constrangimento ou ameaça, conforme estabelece o art. 42 do Código do Consumidor. Assim, a prática de divulgar os nomes dos devedores está banida, e sua utilização pode configurar infração a esse diploma legal.

282

CAPÍTULO VIII

EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

1— ASPECTOS GERAIS

1. Introdução

A demanda, cada vez maior de comodidades e utilidades públicas por parte dos administrados e a constante assunção do Estado a atividades antes da responsabilidade dos particulares, aliadas à falta de recursos públicos têm tornado menos operantes os esforços diretos da Administração Pública para propiciar à coletividade bons serviços ou serviços adequados, como quer a Lei federal n. 8.987/95, chamada de Leis das Concessões e Permissões de Serviços Públicos. Embora seja assim, essa é a regra.

Tal realidade, de outro lado, vem acentuando a prática do trespasse da titularidade e da execução desses serviços a terceiros, estranhos, ou não, à Administração Pública, que se incumbem de prestá-los à comunidade, conforme disciplinado pelo Estado. Destarte, ao lado da prestação direta pela qual se responsabiliza tradicionalmente a Administração Pública outra como acabamos de ver, pode existir, Duas, portanto, são as formas de oferecimento dos serviços públicos: a centralizada e a descentralizada, que, por conveniência e oportunidade, podem, em princípio, ser utilizadas pela Administração Pública. Aliás, não é outra coisa o que está facultado, no art. 175 da Constituição Federal, ao Poder Público, Portanto à União, a cada um dos Estados-Membros, ao Distrito Federal e a cada um dos Municípios, à União, em específico, essa faculdade está mencionada no art. 21. XI e XII. da Lei Magna. Nesse dispositivo está prevista a execução e exploração de alguns serviços de competência federal mediante administração direta ou indireta.

283

2. Execução centralizada

Diz-se que a prestação ou a execução dos serviços públicos é centralizada quando a atividade, sobre integrar o aparelho administrativo do Estado. é realizada por meio dos órgãos que o compõem. em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade. O serviço vai da Administração Pública, que o executa e explora, ao administrado, seu beneficiário último. sem passar por interposta pessoa. É o que se depreende do inciso I do art. 4 do Decreto-Lei federal n. 200/67. Nessa modalidade de execução a Administração Pública é. a um só tempo. a titular e a executora do serviço público. Este. em tal hipótese. permanece integrado em sua estrutura. É o que comumente se chama de administração direta.

Na administração centralizada ou direta os serviços e a competência para prestá-los estão distribuídos pelos diversos órgãos que compõem a entidade política por eles responsável. Entre nós na esfera federal os mais amplos órgãos são os Ministérios: na

estadual, distrital e municipal são as Secretarias. Assim, são os Ministérios da Agricultura e do Abastecimento, da Ciência e Tecnologia, das Comunicações, da Cultura, da Defesa, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Educação, do Esporte e Turismo, da Fazenda, da Integração Nacional da Justiça, do Meio Ambiente, de Minas e Energia, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Previdência e assistência Social das Relações Exteriores da Saúde do Trabalho e Emprego e dos Transportes, no âmbito da União, e as Secretarias da Saúde e Educação, da Cultura e Esportes e da Fazenda no campo dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, os órgãos que ao lado de outros com menor amplitude de ação estão encarregados da prestação dos serviços liga-los a essas áreas de atuação da Administração Pública. Tal distribuição íntera de competência e de serviço denomina-se desconcentração, não se confundindo com a descentralização, como se verá no tópico seguinte. Ainda se ‘fiz de administração direta os serviços administrativos que estão a cargo do legislativo do Judiciário e dos Tribunais de Contas.

No Brasil, são exemplos de entidades da Administração direta a União, o âmbito federal cada um dos Estados-Membros no campo estadual, e cada um dos Municípios na esfera municipal além é claro, do Distrito Federal.

3. . Execução descentralizada

A prestação dos serviços públicos é descentralizada na medida em que a atividade administrativa (titularidade e execução) ou a sua mera execução

284

é atribuída a outra entidade distinta da Administração Pública, para que a realize. Desloca-se a atividade, ou tão-só o seu exercício da Administração Pública central para outra pessoa jurídica esta privada, pública ou governamental. O serviço vai da Administração Pública, sua titular ao administrado, seu beneficiário último através de uma interposta pessoa jurídica esta privada, pública ou governamental, que o executa e explora. Da descentralização também pode participar uma pessoa física. Ademais para se ter configurada essa forma de prestação de serviço público, exige-se que:

I — a atividade descentralizada seja administrativa, isto é serviço público:

II — a transferência recaia sobre a titularidade e a execução da atividade ou somente sobre a execução. E a administração indireta. Em cada esfera de governo (federal, estadual, distrital e municipal) podem ser encontradas entidades públicas (autarquias e fundações públicas), governamentais (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas) e privadas (empresas mercantis e industriais),

atuando como autorizatórias permissionárias e concessionárias de serviços públicos . Se as entidades governamentais forem exploradoras de atividade econômica, nos moldes do art. 173 da Constituição Federal, elas não integram a Administração Pública indireta.

A vista disso, a descentralização administrativa ou administração indireta pode ocorrer:

1 — Com a transferência da titularidade e da execução do serviço público da Administração Pública competente para uma pessoa jurídica de direito público, especialmente criada pelo Estado para esse fim como são a autarquia e a fundação pública. Estas o desempenharão em nome próprio executando-o por sua conta e risco, mas sob controle da Administração Pública, a qual nessa hipótese desfaz-se da titularidade e da execução do serviço.

II — Com o trespasse do simples desempenho ou da mera execução do serviço público da Administração Pública competente para uma pessoa jurídica de direito privado, criada por particular (sociedade civil, comercial industrial), que assumirá a posição de concessionária ou permissionária ou instituída pelo Estado (empresa pública, sociedade de economia mista) que assumirá a posição de delegatária². Tanto as pessoas jurídicas criadas

1. Quanto à outorga em favor de uma pessoa física, veja o n. 1 do item III.

2. Para aprofundar, veja Ceraldo Ataliba. Empresas estatais e regime administrativo (RTDP. 4:55). e Adilson Abreu Dailari. Empresa estatal prestadora de serviços públicos (RDP. 94:94).

285

pelos particulares como as instituídas pela Administração Pública desempenharão o serviço público, cuja execução lhes foi transferida, em nome próprio e por sua conta e risco. Nesses casos a Administração Pública desfaz-se da execução, mas não da titularidade do serviço.

Diga-se, a par disso, que a descentralização administrativa não se confunde com a desconcentração. Na descentralização têm-se duas pessoas: a entidade central e a descentralizada: a que outorga e a que é outorgada. Na desconcentração só há uma: a central. Na descentralização a atividade transferida ou a sua simples execução está fora da Administração Pública, ao passo que a atividade desconcentrada está no seu interior. Lá não há hierarquia: aqui há.

A descentralização de que vimos cuidando tampouco se confunde com a descentralização política. Esta ocorre quando há uma pluralidade de pessoas jurídicas públicas com competências políticas, isto é, investidas no poder de fixar os altos interesses da coletividade. De forma mais simples, quando existem pessoas com poderes para legislar ou para dispor, originariamente, sobre os superiores e fundamentais interesses da coletividade e o modo pelo qual serão atingidos. Exemplo dessa descentralização tem-se no Estado Federal, composto de Estados-Membros. Entre nós, a descentralização política inclui, além dos Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal, consoante definido no art. P da Constituição da República.

Feitas essas observações, conheçamos a autarquia, pessoa pública, responsável pelo oferecimento de serviços públicos colocados à sua cura, e, num segundo momento, as pessoas privadas, isto é, as permissionárias e as concessionárias, também responsáveis pela prestação de serviços públicos. No primeiro caso tem-se descentralização para uma pessoa pública; no segundo tem-se descentralização para uma pessoa privada.

II—DESCENTRALIZAÇÃO PARA PESSOA PÚBLICA

1. Introdução

A Administração Pública, sempre que desejar descentralizar uma dada atividade cuja cura lhe foi atribuída pelo ordenamento jurídico ou quando assume um serviço que não é próprio mas de execução permitida a qualquer um, inclusive ao particular, como ocorre com o de ensino superior, observado, naturalmente, o interesse público, cria, por lei, uma pessoa

pública de natureza administrativa e para ela transfere a titularidade da atividade ou serviço e, obviamente, sua execução. A entidade criada para esse fim é a autarquia. A ela se outorga, como própria, a atividade, ou serviço, que se pretende ver descentralizada e, como não podia deixar de ser, a correspondente execução. O trespasse da atividade à autarquia significa a transferência da titularidade e, por conseguinte, da execução que Lhe corresponda. Essa, como vimos, a desempenhará em seu próprio nome, prestando-a por sua conta e risco, embora sob o controle da Administração Pública que a criou. Por todas essas razões cabe conhecer melhor essa entidade de direito público.

Com as devidas adaptações, o mesmo pode-se dizer em relação à fundação pública, que outra coisa não é senão uma autarquia.

2. Autarquia: conceito

Etimologicamente, o vocábulo “autarquia”, de origem helênica, significa comando próprio, direção própria, autogoverno. Com esse sentido a palavra em apreço ingressou no mundo jurídico e passou a representar “toda pessoa jurídica de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação*, cit., p. 62). O Decreto-Lei federal n. 200/67, no inciso I do art. 52, define autarquia federal’ como sendo “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Embora esse diploma legal não tenha explicitado, a autarquia é uma pessoa jurídica de direito público. Essa característica, já indicada pelo Decreto-Lei federal n. 6.016/43, orienta todo seu regime jurídico. A par disso, vê-se, de ambos os conceitos, que não se lhe atribui qualquer competência política. Por via de consequência, diz-se que sua capacidade é unicamente administrativa.

As autarquias são detentoras, em nome próprio, de direitos e obrigações, poderes e deveres, prerrogativas e responsabilidades. Ademais, em razão de sua personalidade, as atividades que lhes são trespassadas, os fins e interesses que perseguem são próprios, assim como são próprios os bens que possuem ou que venham a possuir. Tudo isso porque, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (*Prestação*, cit., p. 61), “a autarquia tem administração própria, órgãos próprios, patrimônio próprio, recursos próprios, negócios

3 Essa definição não vale para as autarquias estaduais, distritais e municipais.

e interesses próprios. direitos. poderes e responsabilidades próprias. Com tais características. é notório que não se subordinam hierarquicamente à Administração Pública que as criou, embora coloquem-se, naturalmente. sob seu planejamento geral, conforme se infere do disposto no parágrafo único do art. 42 do Decreto-Lei federal n. 200/67.

3. Classificação

Vários são os critérios que podem ser tomados para se classificar as autarquias. Pelo critério da pessoa jurídica criadora, as autarquias são: I — federais (descentralizações da União); II — estaduais (descentralizações do Estado-Membro); III — distritais (descentralizações do Distrito Federal); IV municipais (descentralizações do Município). São exemplos de autarquias federais: o Colégio Pedro II e o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF. São exemplos de autarquias paulistas: o Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE). o Departamento de Estradas de Rodagem (DER) e o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (IPESP). São autarquias do Município de São Paulo: o Hospital do Servidor Público e o Instituto de Previdência do Município de São Paulo.

Em razão do critério da estrutura jurídica. as autarquias são: I — fundações públicas (patrimônio afetado a um fim); II — corporações públicas (associações de pessoas voltadas para o alcance de um fim). São exemplos das primeiras, na esfera federal. o DNER. e. na esfera estadual de São Paulo. o Hospital das Clínicas. São exemplos das segundas a OAB e o Conselho Nacional de Engenharia.

Em face da maior ou menor soma de poderes. as autarquias podem ser: I — simples; II — de regime especial. Essas terão seu regime jurídico dissertado mais adiante.

4. Criação, instituição, funcionamento e extinção

As autarquias são criadas por lei específica (CF. art. 37. XIX). e. mesmo que a Constituição assim não dispusesse. a criação dessas entidades sempre dependeria de lei. De fato. por ser uma nova pessoa. sujeito de direitos e obrigações, e por se tratar de um desdobramento do próprio Estado. exige-se lei para a sua criação. A transformação de uma entidade em autarquia também deve ser entendida como criação. Assim, seu nascimento há de ser por lei. cuja execução se opera por decreto. Destarte, cria-se por lei e institui-se por decreto. Tal instituição não significa criação, dado que esta já

ocorreu por lei. Com a instituição são tomadas medidas administrativas em atendimento (execução) da lei criadora. Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação, cit., p. 67) a esse respeito esclarece que, freqüentemente, para dar cumprimento ao mandamento da lei, o Executivo expede decreto instituindo a autarquia, sem que isso signifique criação. “mas determinação administrativa de afetar os meios necessários ao efetivo funcionamento de um ser que juridicamente ganhou existência com a lei criadora”.

Não obstante estar criada em razão da lei e instituída em decorrência do decreto seu funcionamento depende do atendimento de outras formalidades. Deve, conforme o caso ser inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) do Ministério da Fazenda no Estado (inscrição estadual) e no Município (inscrição municipal) em que vai atuar. O Instituto de Previdência do Município de São Bernardo do Campo, autarquia municipal está inscrito no CNPJM no Estado e no próprio Município e a Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo em razão dos serviços que presta só tem a inscrição no CNPJM. Por fim, o que se cria por lei só por lei pode ser destruído. Desse modo, a extinção da autarquia somente pode ocorrer por lei. A iniciativa dessa lei é da exclusiva competência do Chefe do Executivo consoante estabelecido pela alínea e do § 1º do art. 61 da Constituição Federal. Ademais, a extinção desses entes envolve o desempenho de funções inerentes ao Executivo. Assim, a criação ou a supressão dessas pessoas por lei de iniciativa parlamentar, sobre usurpar o exercício de competência privativa do Executivo (art. 61, § 1º, a, da CF) afronta o princípio da harmonia e independência dos Poderes previsto no art. 22 da Constituição da República. Ainda que sancionada, a sanção não retira dessa lei a pecha de inconstitucional, conforme têm decidido os nossos tribunais.

Também depende de lei a criação de subsidiária de autarquia ou a participação desta em empresa privada, consoante estabelece o inciso XX do art. 37 da Constituição Federal. Essas leis também são de iniciativa exclusiva do Executivo.

5. Controle ou tutela

Embora pessoa autônoma, a autarquia não escapa à tutela ou controle ordinário da Administração Pública a que pertence, nos termos em que foi

previsto em lei. Esse controle ou tutela constitui-se, nos termos da lei, na prática de atos e medidas da Administração Pública visando conformar a atuação da autarquia à lei e ao cumprimento dos seus fins. Não se trata, atente-se, do exercício do poder hierárquico, pois não há hierarquia entre a autarquia e a entidade a que se vincula. A hierarquia só é compatível entre órgãos e agentes da mesma entidade. Ademais, a hierarquia é permanente, contínua e total em relação aos órgãos e agentes inferiores, enquanto a tutela não só é esporádica, como somente ocorre nas hipóteses e condições previstas em lei.

A tutela ordinária pode ser preventiva e repressiva. É preventiva se exercida antes do ato autárquico, ou depois dele, mas previamente à ocorrência de seus efeitos ou de sua eficácia. Por ela se previne uma atuação ilegal da autarquia (controle de legalidade) ou contrária aos interesses da Administração Pública (controle de mérito). A tutela preventiva pode ser de legalidade e de mérito. Expressa-se pela autorização, aprovação ou homologação. É repressiva sempre que exercida após a prática do ato autárquico, cuja produção de efeitos ou eficácia independe do prévio pronunciamento da Administração Pública. Por ela se obsta ou se reprime a atuação da autarquia tida pela Administração Pública como contrária a seus interesses (controle de mérito) ou como afrontosa da legalidade (controle da legalidade). A tutela repressiva, pois, pode ser de legalidade e de mérito. Expressa-se pela revogação, modificação ou invalidação.

Ao lado dessa há a tutela ou controle extraordinário, exercitável, mesmo sem lei que a preveja, em circunstância grave em que se vê envolvida a autarquia (adoção de outro fim, descalabro administrativo). São de tutela extraordinária, por exemplo, os atos de intervenção e de destituição dos dirigentes autárquicos. Desse controle ou tutela não se infira que dos atos ou decisões finais da autarquia cabe recurso à Administração Pública a que ela pertence. A tutela é imposta no interesse da Administração Pública, não no interesse dos que se relacionam com a autarquia. Por não se tratar de exercício do poder hierárquico, resta evidente que a Administração Pública criadora da autarquia não é instância administrativa recursal. Os recursos para os insatisfeitos são os previstos em lei e que se exaurem no próprio interior da autarquia: fora disso, devem recorrer, os que se sentirem lesados em seus direitos, ao Poder Judiciário. A par desse controle, a autarquia está sujeita ao controle do Poder Legislativo competente auxiliado pelo respectivo Tribunal de Contas, consistente na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 70 da CF) de seus atos e comportamentos.

Esses controles não vedam nem inibem, por parte da autarquia, a propositura de medidas judiciais contra os atos abusivos da Administração pública a que pertence. A autarquia é pessoa jurídica de direito público e como pessoa é sujeito de direitos e obrigações. Pode, ademais, não se conformar com os atos de tutela, por entendê-los ilegais, e tomar, em juízo, as medidas cabíveis com o fito de anulá-los.

6. Responsabilidade

A Administração Pública a que pertence a autarquia não responde pelas suas obrigações. Também não responde pelos danos causados pela autarquia a terceiros, decorrentes de sua atuação ou do comportamento lesivo de seus servidores. A autarquia é pessoa de direito, e como tal deve responder pelas obrigações assumidas e pelos danos que causar a alguém. É o que vêm decidindo os nossos Tribunais (RT. 151:301 e RDA. 59:333). De fato, como sujeito de direitos e obrigações que é, cabe-lhe satisfazer as responsabilidades compromissadas e responder pelas conseqüências de seus atos e das ações de seus servidores quando causarem danos a terceiros. Assim, não se há de falar em responsabilidade solidária da Administração Pública por atos ou negócios da autarquia por ela criada. Responde, no entanto, nos casos de extinção, mas somente até o montante do patrimônio recebido, pois esse era o único garantidor de suas obrigações, salvo em relação a dano decorrente da prestação do serviço público a seu cargo ou de danos causados pelos seus servidores. Nesta hipótese, a responsabilidade é total.

Pode haver, isto sim, responsabilidade subsidiária, nos casos de danos causados a terceiros em razão dos serviços que explora ou decorrentes de atos de seus servidores. Assim, esgotadas as forças da autarquia, cabe à Administração Pública suportar o remanescente do prejuízo decorrente desses comportamentos. Destarte, enquanto existir e não exauridas suas forças, responderá pelos seus atos e pelos de seus servidores, sempre que causarem danos a outrem, e pelas obrigações assumidas. Ademais, no caso de dano causado a terceiros, responde objetivamente (art. 37, § 6. da CF). Satisfeita a indenização, cabe-lhe o direito de regresso contra o seu servidor causador direto do dano se esse agiu com dolo ou culpa (art. 37, § 6. da CF).

5. Sobre responsabilidade civil do Estado, veja o Capítulo XVI.

7. Estrutura e servidores da autarquia

A estrutura da autarquia é semelhante à da Administração Pública. Seus órgãos escalonam-se, hierarquicamente, sob a forma de pirâmide, em cujo ápice está o de mais

alta hierarquia. Nas grandes linhas, essa estrutura e as competências dos respectivos órgãos são fixadas mediante lei. A exigência de lei decorre do art. 84. VI. da Lei Maior, que atribui ao Presidente da República, e por simetria aos Governadores e Prefeitos, competência para “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal. na forma da lei”. A par disso. há desconcentração ou distribuição de competências pelos seus vários órgãos. A criação de cargos. empregos e funções na autarquia só é possível por lei, conforme se infere do art. 61, § 12. II. a. da Constituição Federal. A lei que criar os cargos na autarquia também fixará a correspondente remuneração. atualizável mediante lei.

Seus servidores, só admissíveis por concurso, submetem-se, necessariamente. ao regime jurídico que lhes for imposto por lei. Tal regime pode ser o estatutário ou o celetista. Sujeitam-se. desse modo. a todas as obrigações constitucionais e legais. ao mesmo tempo em que fruem dos direitos, vantagens e prerrogativas que um ou outro regime de pessoal lhes concede. De sorte que a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. no âmbito de suas competências. deverão instituir os respectivos regimes jurídicos e os correspondentes planos de carreira para os servidores de suas autarquias. Observe-se que a Reforma Administrativa efetivada pela EC n. 19/98 não obriga a mudança de regime de pessoal existente na autarquia. Os servidores autárquicos federais ligam-se às autarquias federais por um liame estatutário por força da Lei federal n. 8.112/90. que “dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”. Não há necessidade que o regime de pessoal da autarquia seja unicamente estatutário ou celetista. pois pode-se ter um regime misto. As atividades mais simples. de natureza braçal. serão desempenhadas por empregados sob o regime de empregos (celetista). enquanto as demais o serão por servidores sob o regime de cargo (estatutário).

Os servidores autárquicos são admitidos, qualquer que seja o regime de pessoal adotado. mediante concurso público de provas ou de provas e títulos. salvo os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37.11. da CF). Ademais, desde que previsto em lei da entidade a que se vincula, a autarquia pode admitir servidores por tempo determinado. sem prévio concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37. IX. da CF). para atender a necessidade temporária de excepcional interesse

público 6. Assim há de entender-se dado que as autarquias integram a administração indireta, a quem a regra do art. 37 da Constituição Federal se dirige. Desse modo, não há por que lhes negar essa prerrogativa. Por outro lado, referidos servidores submetem-se ao regime de acumulação de cargo, emprego ou função instituído pelos incisos XVI e XVII desse dispositivo constitucional.

Os dissídios, individual singular (conflito entre um empregado e um empregador), individual plúrimo (conflito entre vários empregados e um empregador) e coletivo (conflito entre sindicatos e associações de classes representantes dos empregados e empregadores), entre a autarquia, qualquer que seja ela (federal, estadual, distrital e municipal), e seus servidores são da competência da Justiça do Trabalho⁶, se a relação existente entre essas partes é trabalhista, ou seja, regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho, conforme determina o art. 114 da Constituição da República. Se o regime for estatutário, os conflitos surgidos entre os servidores assim vinculados e as entidades a que se ligam são, de acordo com o caso, da competência da Justiça Federal ou da Justiça Comum⁹.

Referidos servidores respondem pelos danos que causarem à autarquia sempre que atuarem com culpa ou dolo. Ademais, respondem regressivamente quando na condição de servidores causarem, por culpa ou dolo, danos a terceiros, se a autarquia respondeu nos termos do § 62 do art. 37 da Lei Maior. A ação de ressarcimento é imprescritível, consoante determinado pelo § 52 do art. 37 da Constituição Federal. Para fins penais, os servidores autárquicos são alcançados pelo art. 327, parágrafo único, do Código Penal. Para esses fins são, pois, considerados funcionários públicos.

Quanto ao direito de greve, será ele exercido pelos servidores da autarquia nos termos e nas condições definidas em lei específica, conforme prevê o art. 37, VII, da Constituição Federal. Enquanto essa lei não for decretada, é válido o exercício do direito de greve na autarquia, respeitada a essencialidade dos serviços. Com efeito, se essa condição é imposta ao trabalhador em geral (art. 92, § 12, da CF), com mais razão se impõe ao servidor autárquico. A sindicalização é permitida a esses servidores, conforme autorizado no inciso VI do art. 37 da Lei Maior.

6. Na esfera federal, a Lei n. 8.745/93, com suas ulteriores modificações, dispõe sobre essas contratações.

7. Ivan Barbosa Rigolin (O servidor público, cit., p. 1h entende do mesmo modo.

8. Nesse sentido, veja STJ. CComp 638. DJU. 20 no. 1989. e STJ. CComp 1.336-SP. DJL 24 set. 1990.

9. Com esse mesmo entendimento, veja STJ. CComp 1.050. DJU. 14 maio 1990.

293

8. Privilégios da autarquia

Os privilégios reconhecidos em favor da Administração Pública acabam por estender-se à autarquia, salvo os que lhe são inteiramente estranhos. Dentre outros, cabe arrolar: 12) imunidade de impostos sobre seu patrimônio, renda e serviços (CF. art. 150, § 22): 22) prescrição quinquenal de suas dívidas (Dec.-Lei federal n. 4.597/42: RT. 750:38 1). salvo disposição diversa constante de lei especial: 3 execução fiscal de seus créditos (CPC. art. 578): 42) direito de regresso contra seus servidores (CF. art. 37. § 6): 52) impenhorabilidade de seus bens e rendas (CF. art. 100 e parágrafos: RT. 568:107): 6) prazo em quádruplo para responder e em dobro para recorrer (CPC. art. 188. e Dec.-Lei federal n. 7.659/45)10: 72) presunção de legalidade dos atos administrativos, além dos privilégios estabelecidos, em relação aos acordos trabalhistas. no Dec.-Lei federal n. 779/69 (presunção de legitimidade dos ajustes para extinção de contrato laboral): 82) dispensa da juntada em juízo. pelo seu procurador. do competente mandato: 92) pagamento de custas. se vencida, a final (CPC. art. 27). salvo os honorários de perito' 1: 102) proteção de seus bens contra a usucapião (arts. 183. § 32, e 191. parágrafo único. da CF).

9. Atos e contratos da autarquia

Os atos da autarquia são administrativos e como tal devem observar o mesmo regime jurídico desses atos praticados pela Administração Pública. Os contratos de seu interesse (obra, serviço, fornecimento) também são administrativos e só podem ser validamente realizados se, em tese, forem precedidos de licitação e se atendidas as demais exigências legais, a exemplo da nota de empenho. A utilização do juízo arbitral é-lhe vedada, salvo se previamente autorizada por lei'.

10. Patrimônio da autarquia

O patrimônio dessa entidade é formado, de início, com a transferência, por exemplo, de bens (móveis e imóveis) e de direitos da Administração

10. Nesse particular, veja decisão do STJ na RT. 718:28 1.

11. Assim vêm decidindo os nossos Tribunais, conforme se vê no REsp 143.07 1-SP, julgado pelo STJ e publicado no DJU. 4 jun. 1998. No mesmo sentido, veja RT. 716:316 e 718:281.

12. Assim já decidiu o TCU (RDA. 193:341). embora a decisão pareça-nos temerária.

294

Pública sua criadora. O trespasse desses bens há de observar o que prescreve a legislação específica para cada espécie, salvo se se tratar de autarquia federal. cuja lei. em princípio, já é auto-suficiente para o trespasse dominial. Assim, para ser válida, a transferência do bem imóvel há de decorrer de contrato veiculado por instrumento público (escritura), salvo as exceções. e levado ao correspondente registro no cartório imobiliário competente.

Esse patrimônio é inalienável. impenhorável e imprescritível. Qualquer execução de seus débitos há de observar o art. 100 e parágrafos da Constituição Federal e o art. 730 do Código de Processo Civil. Os bens que o compõe. não consagrados à prestação dos serviços públicos a cargo da autarquia. podem ser utilizados, onerados e alienados na forma da lei e atos de sua constituição. desde que para alcançar os fins a que se preordena essa instituição. A alienação desses bens depende. nos termos do art. 17 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, de interesse público. avaliação, autorização legislativa e concorrência, dispensada essa nos casos alinhados nas várias alíneas do inciso I desse artigo. a exemplo da dação em pagamento, doação e permuta. Os bens vinculados à execução dos serviços públicos são inalienáveis. impenhoráveis. imprescritíveis e não oneráveis.

11. Autarquia de regime especial

Não é inusitado deparar-se em lei com a locução “autarquia de regime especial”. sem que a lei que a contenha ofereça seu conceito ou seu regime jurídico. Assim ocorre com a Lei federal n. 4.595/64. que criou o Banco Central do Brasil. A doutrina tem procurado conceituá-la e delineá-la. prescrevendo seu regime jurídico³. De maneira bem simples e prática. é a autarquia que possui maiores privilégios que as autarquias comuns.

12. Execução contra a autarquia

Como as autarquias são pessoas jurídicas de direito público, a execução contra elas faz-se nos moldes da que se faz contra as pessoas públicas (União. Estado. Distrito Federal. Município). Observa-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal. exceto no que respeita ao pagamento das

13 Sobre essa espécie de autarquia confira os estudos de Ana Cândida da Cunha Ferraz (RDPGSF. 17:201) e de Eunpedes Carvalho Pimenta (RDPGSP. 16:475).

295

prestações alimentícias Os débitos autárquicos de natureza alimentícia submetem-se. em face da exceção consignada nesse artigo da Lei Maior. à execução conforme regulada pelo Código de Processo Civil, não obstante a discordância do Supremo Tribunal Federal, que exige o competente precatório, mas o retira da ordem cronológica dos demais (RE 0156111/93. DJU. 26 mar. 1993). Esse entendimento leva a duas listas de precatórios. como foi bem observado por Lúcia Valie Figueiredo (Curso. cit.. p. 82). Também não observa o regime de precatório do art. 100 da Lei Maior o pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, que a Fazenda Pública deva fazer em virtude de sentença transitada em julgado, consoante prescrito pelo § 32 do art. 100. introduzido no texto constitucional pela EC n. 19/98. Cremos que essa lei é federal mas de caráter nacional.

13. A autarquia em juízo

A autarquia e a Administração Pública atuam em juízo de modo praticamente igual¹⁴. Assim, mudado o que deve ser mudado. vale para a autarquia o que dissemos a respeito da Administração Pública em juízo. Destarte, para não repetir. remetemos o leitor ao item V do Capítulo XIV.

III — DESCENTRALIZAÇÃO PARA PESSOA PRIVADA

1. Concessão de serviço público

1.1. introdução

A Administração Pública, sempre que deseja transferir a execução de certa atividade ou serviço público que lhe foi outorgado pelo ordenamento jurídico, utiliza-se de pessoas jurídicas. Tais pessoas são criadas, nos moldes do Direito Privado, pelos particulares (sociedade civil, comercial ou industrial) ou pela Administração Pública (empresa pública, sociedade de econorrila mista). Aquelas. as criadas pelos particulares. são permissionárias ou concessionárias de serviço público, conforme os termos e condições do

14. Salvo quanto ao duplo grau necessário de jurisdição, que só o tem nos casos de sucumbência em ação de cobrança da dívida ativa (Súmula 620 do STF.

296

respectivo contrato. O inciso XII do art. 21 da Lei Maior prevê a participação dessas pessoas na prestação dos serviços públicos, ao estabelecer que poderão ser executados diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão⁵. Estas. as criadas pela Administração Pública, quando colocadas na posição de prestadoras de

serviços públicos são delegatárias de serviço público, assim não o são. nem integram a Administração Pública indireta, se forem exploradoras de atividade econômica. As concessionárias e as delegatárias, mediante a exigência de tarifas dos usuários e condições fixadas pela Administração Pública, executam e exploram o serviço público que por conveniência ou oportunidade Lhes foi trespassado. Sendo Assim, cabe ver, desde logo, o instituto da concessão de serviço público e no que lhe for diverso o da permissão de serviço público, grandemente utilizados em todo o mundo. e. em seguida, analisar as entidades que atuam como delegados de serviço público. A autorização será examinada no n. 3 deste Capítulo. Atente-se que não cuidaremos da pessoa do concessionário (sociedade anônima, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, firma individual). visto que matéria pertinente a outro ramo do Direito. ou, mais precisamente, do Direito Comercial. mas analisaremos as pessoas governamentais, isto é, a fundação, a empresa pública e a sociedade de economia mista. pois diversas das entidades privadas, ainda que constituídas segundo o modelo da empresa privada. Também não trataremos da concessão, nem da permissão de uso de bens públicos, que serão estudadas em outra parte. Veremos, entretanto, a concessão de serviço público precedida de obra pública.

Antes da Constituição Federal de 1988 era possível a outorga de concessão de serviço público a pessoas físicas, a exemplo do que permitia o Decreto-Lei federal n. 2.300/86 (Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos): hoje essa transferência parece-nos vedada, ante os termos do art. 175, parágrafo único. 1. da Lei Maior. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins' a esse respeito asseguram que a Constituição Federal exige, inquestionavelmente, que as concessões e permissões de serviço público sejam outorgadas em favor de empresas, não em benefício de pessoa física. Essa restrição não alcança as autorizações.

15. Em São Paulo, a outorga de concessão e permissão de serviço público está regulada pela Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992, enquanto no Rio de Janeiro está disciplinada pela Lei n. 1.481, de 21 de julho de 1989. No âmbito federal está regulada pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

16. Sobre concessão, permissão e autorização de uso de bem público, veja os subitens

4.1 e 4.2 do n. 4 do item IV do Capítulo XIII.

17. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo, Saraiva, 1990. . 7. p. 134.

1.2. Conceito

Do exame dos trabalhos doutrinários que, entre nós, vieram a lume, ressalta, sem grande esforço, que os autores especializados não estão acordes no que se refere ao conceito, à natureza, aos efeitos, objeto e domínio de aplicação dos institutos da concessão e da permissão. Do mesmo modo, discutem a precariedade da permissão, os direitos do permissionário e sua proteção em relação ao permitente e a terceiros. Enfim, grassam, entre os doutrinadores, grandes divergências sobre quase todos os aspectos que procuram marcar a concessão e a permissão.

Ademais, o acolhimento e a aplicação de institutos, regras, princípios e conceitos existentes em outros sistemas, em quase tudo dessemelhantes dos vigentes entre nós, repercutem nas decisões de nossos Tribunais, e a absorção de certos entendimentos alienígenas, desgarrados de nosso Direito, tem ensejado à Administração Pública a prática de arbitrariedades ao revogar atos de outorga sem considerar os direitos do permissionário e, o que é pior, em muitos casos com o placet do Judiciário. Essas dúvidas não mais existem desde o advento da Lei federal n. 8.987/95, que igualou a permissão à concessão de serviço público. Continuam, no entanto, em relação à concessão e à permissão de uso de bens públicos.

Assim, sem mais delongas, concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço, que lhe é privativo, a terceiro que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada. Essa lei considera a concessão de serviço público como a “delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado” (art. 2. II). O conceito que ofertamos para a concessão de serviço público vale para a permissão de serviço público, com uma só alteração: em lugar de contrato administrativo coloca-se contrato de adesão, conforme exigido pelo art. 40 dessa lei. Permissão de serviço público para a Lei federal n. 8.987/95 é “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (art. 2. IV). A expressão sob condição, colocada no texto da definição que acima ofertamos, significa substancialmente execução e exploração em nome do concessionário e por sua conta e risco, como, aliás, conta do conceito legal.

1.3. Prazo e prorrogação da concessão de serviço público

Na definição legal de concessão de serviço público (art. 2. II) está prescrito que o respectivo contrato será celebrado por prazo determinado. Prazo determinado é lapso certo. Tal espaço de tempo há de ser expressamente indicado no edital (art. 18. 1) e no contrato de concessão de serviço público (art. 23. 1). Assim, esses atos devem trazer um prazo, portanto, não pode ser celebrado contrato de concessão de serviço público sem prazo ou por prazo indeterminado. A Lei federal n. 8.987/95, no entanto, não fixa qual é esse prazo, nem menciona qual seria o prazo máximo de duração da concessão de serviço público: apenas exige um prazo. A duração máxima dos contratos de concessão de serviço público poderá ser fixada pelas leis dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios que vierem a instituir o regime da execução e exploração de serviço público por particulares, na qualidade de concessionários e permissionários. Já o prazo específico de cada outorga será determinado pela Administração Pública concedente, tendo em vista, especialmente, a demora do retorno do investimento a ser realizado na execução do serviço público e a tarifa a ser praticada. Esse prazo, depois de devidamente justificado no processo licitatório, deverá constar do edital e do contrato de concessão de serviço público que vier a ser assinado com o vencedor da licitação. Tais regras, no que couber, aplicam-se à União.

A Lei federal n. 8.987/95, ao exigir que do contrato de concessão de serviço público constem, como cláusulas essenciais, as condições para a prorrogação do contrato, acabou por dar guarida à ampliação do prazo contratual originariamente estabelecido. Nessas hipóteses o prazo da prorrogação poderá ser menor, igual ou maior que o inicialmente fixado. Em algumas situações, mesmo sem as previsões editalícias e contratuais, a prorrogação será legítima, como ocorre quando dentro do prazo estabelecido não se completou a amortização dos bens reversíveis. Aqui se a Administração Pública concedente não indenizar o concessionário por esse valor faltante, deve, por certo, prorrogar o contrato de concessão de serviço público existente. A prorrogação neste caso há de ser por tempo suficiente a que essa amortização aconteça por completo. Tal contrato deve, portanto, disciplinar dita matéria, estabelecendo sua possibilidade, o prazo de prorrogação, o número máximo de prorrogações e as hipóteses em que poderá ocorrer. Por caber essa disciplina ao contrato de concessão de serviço público, ela deve constar de sua minuta e acompanhar, como anexo, o edital licitatório. Se assim não acontecer, a prorrogação estará vedada.

1.4. Natureza jurídica

Discrepam os autores quanto à natureza da concessão. Para uns, é contrato administrativo: para outros, não. Estes a consideram ato-união ou ato unilateral. Para nós é contrato administrativo. Com efeito, a Constituição Federal no inciso I do parágrafo único do art. 175 usa a palavra “contrato”, enquanto a Lei federal n. 8.666/93, que regula as licitações e os contratos administrativos, menciona a locução “contrato administrativo” (art. 12). a Lei paulista n. 7.835/92, que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviço público, também atribui à concessão de serviço público a natureza contratual⁹, e a Lei federal n. 8.987/95 em mais de uma vez refere-se à concessão como contrato (arts. 12 e 42). Assim, o vínculo que investe certa pessoa jurídica no direito de executar e explorar determinado serviço público, como concessionário, é de natureza contratual e da espécie dos contratos administrativos (RSTJ. 52:305). Atende, portanto, ao conceito indicado pela maior parte da doutrina para esse instituto do Direito Administrativo. Também tem natureza contratual a permissão de serviço público, conforme se depreende do disposto no inciso I do parágrafo único do art. 175 e do art. 40 da Lei federal n. 8.987/95, que exige para a sua formalização contrato de adesão. Esse entendimento é preconizado, entre outros, por Lúcia Valle Figueiredo ⁴.

Esses atos e contratos são, ademais, constitutivos de direito. De fato, o interessado não tem, em tese, qualquer direito subjetivo à execução e exploração de serviços da alçada da Administração Pública. Os pretendentes participam, perante a Administração Pública, dos procedimentos licitatórios que visam transferir a execução e exploração de um serviço público, embora saibam que a essas atividades não têm direito. Assim, se investidos no privilégio desejado, resta óbvio que tiveram sua esfera de direitos aumentada. Antes da manifestação da Administração Pública, tinham apenas uma expectativa de direito, e, após, passam a ter direito e a desfrutar de novas prerrogativas. Por força dessa investidura têm direito a ver a outorga e os direitos dela decorrentes respeitados pela Administração Pública titular dos serviços trespassados, cabendo contra medidas arbitrárias os competentes processos judiciais e administrativos.

18. Sobre ato administrativo e contrato administrativo, veja, respectivamente, os Capítulos III e X.

19. Curso. cit., p. 70.

1.5. Objeto da concessão de serviço público

A Lei federal n. 8.987/95 não indica expressamente o que pode ser objeto da concessão de serviço público, nem conceitua serviço público. Seu texto, no entanto, autoriza afirmar que o objeto da concessão de serviço público, como o nome já está determinando, há de ser um serviço público, conforme já conceituado². Destarte, não se caracteriza como concessão de serviço público a prestação de serviço não privativo da Administração Pública por terceiros, ainda que dependente de prévio licenciamento estatal, como são os serviços de bar e lanchonete, de borracheiro, de informática e de restaurante. Também não é definido como concessão de serviço público o licenciamento da execução de serviço que somente é público quando prestado pela Administração Pública, a exemplo dos serviços de saúde (CF, art. 199) e educação (CF, art. 209). Ao particular é lícito o desempenho desses e daqueles serviços independentemente de concessão de serviço público, embora seja exigido alvará de funcionamento. Esse alvará de funcionamento, e outras eventuais exigências para a prestação desses serviços, não pode ser confundido com a concessão de serviço público. As mesmas considerações são válidas para a permissão de serviço público.

1.6. As partes envolvidas na concessão

O procedimento que visa outorgar a um interessado a execução e exploração de certo serviço público exige a manifestação de duas pessoas:

uma, a Administração Pública que outorga a concessão, outra, o particular que a recebe. De fato, de um lado acha-se a Administração Pública, numa de suas manifestações (União, Estado, Distrito Federal, Município), chamada após a outorga de concedente. E a titular do serviço público cuja execução e exploração foi outorgada ao concessionário. O concessionário e a Administração Pública concedente são as partes da concessão de serviço público. De outro lado, encontra-se o interessado, desejoso de obter a execução e exploração do serviço público, que, se outorgadas, chamar-se-á concessionário. O concessionário é uma pessoa jurídica privada, ou seja, uma empresa comercial, industrial ou de prestação de serviços, criada segundo o figurino do Direito brasileiro por nacionais

20. Sobre serviço público, veja o Capítulo VII.

301

ou estrangeiros ou por ambos. Ditas empresas, quando investidas na prestação de serviço público, a exemplo do serviço público de transporte de passageiros por trem, ônibus ou avião, serão uma das partes do contrato de concessão de serviço público e,

portanto, concessionárias. independentemente da nacionalidade de seus sócios. da distribuição de seu capital e da direção por nacionais ou estrangeiros. Apesar de ser essa a regra geral, por vezes a lei centra suas atenções em certas pessoas jurídicas e só a elas confere a execução dos serviços públicos. São exemplos as permissões e concessões que só podem ser outorgadas a empresas de propriedade de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, para a execução de serviços públicos, a exemplo dos de radiodifusão (CF. art. 222). Também pode ser concessionário, como se infere do disposto no inciso VI do art. 35 da Lei federal n. 8.987/95. a empresa individual. Essas considerações. mudado o que for necessário, valem para a permissão de serviço público.

1.7. Os interesses envolvidos na concessão

A doutrina tem afirmado que com a concessão de serviço público só se atende aos interesses do concessionário. A afirmação não nos parece de todo procedente. embora, em princípio, impressione. A se admitir esse entendimento. ter-se-ia de reconhecer, em favor da Administração Pública, a possibilidade de praticar atos administrativos sem que estivesse fundada numa razão de interesse público, quando se sabe que a finalidade pública é o norte de toda a atividade administrativa. De revés, não havendo interesse público não podem ser trespassadas a execução e exploração do serviço público e, se mesmo assim for celebrado o correspondente contrato de concessão de serviço público, há de se reputá-lo nulo por desvio de finalidade. O interesse público está consubstanciado na transferência da execução e exploração do serviço público a terceiro, livrando-se a Administração Pública dos custos decorrentes de sua execução. mantendo, no entanto, a titulandade do serviço público transferido e o controle da prestação aos usuários. Há. isto sim. uma coincidência de interesses. Destarte, os interesses envolvidos nessas outorgas são tanto do concessionário como do concedente, o que ocorre na execução do serviço de transporte coletivo de passageiros por meio ônibus. em que o particular quer o lucro e a Administração Pública concedente deseja o serviço de transporte de passageiros prestado adequadamente aos usuários. Iguais são os interesses envolvidos na permissão de serviço público.

302

1.8. Os fundamentos da concessão de serviço público

A celebração de um contrato de concessão de serviço público para a execução e exploração de certo serviço público há de ter um fundamento. Esse fundamento biparte-se em político e jurídico.

O fundamento político reside na conveniência e oportunidade de ser descentralizado o serviço público, aproveitando-se o potencial econômico, financeiro e tecnológico de particulares, transformados após firmado o contrato em concessionários. Estes, por não atuarem vinculados aos rígidos princípios que regulam as atividades administrativas, podem realizar os serviços que Lhes foram transferidos com mais presteza e segundo as mais modernas técnicas existentes para o oferecimento de comodidades e utilidades à coletividade. Ademais, com a participação dos concessionários a Administração Pública concedente evita investimentos em atividades que não lhe são primordiais e, mediante vigilância constante, torna compatível a atuação desses executores com os interesses que persegue. E, por fim, com tal expediente pode a Administração Pública concedente obter uma significativa receita, dado que a concessão de serviço público pode ser remunerada.

Além desse fundamento, a concessão de serviço público deve ter um supedâneo jurídico, que pode estar na Constituição ou na lei. No nosso Direito Positivo, o fundamento jurídico-constitucional está, em relação à União, no art. 21, XII, que lhe atribui a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os vários serviços públicos mencionados nas diversas alíneas desse inciso, e no art. 175, que diz incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviço público. Esses dois dispositivos fundam a celebração do contrato de concessão de serviço público da competência da União, enquanto o último confere aos entes federados competência para legislar sobre concessão e permissão de serviço público e para a execução direta ou indireta dos respectivos serviços públicos. No exercício dessa competência legislativa a União editou a Lei n. 8.987/95 e, por exemplo, os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro editaram, respectivamente, as Leis n. 7.835/92 e 1.481/89.

1.9. Competência para celebrar contrato de concessão de serviço público

É competente para outorgar concessão de serviço público a entidade estatal cujos serviços foram cometidos a sua cura pelo ordenamento jurídico.

303

Entre nós, são competentes a União, os Estados-Membros o Distrito Federal e os Municípios, na medida em que tenham a titularidade dos serviços cuja execução e exploração desejam trespassar a terceiros. Assim, cabe à União outorgar concessão de serviço público para a execução dos serviços de transporte de passageiros por meio de avião: aos Estados-Membros reconhece-se a competência para trespassar, através de

concessão de serviço público, a execução e exploração dos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros por meio de ônibus: aos Municípios cabe outorgar concessão de serviço público para a execução dos serviços funerários, de táxi e de captação, tratamento e distribuição de água. Ao Distrito Federal cabe outorgar concessão de serviço público dos serviços que caberiam ao Estado-Membro e ao Município.

Mas isso não é tudo. De fato, se a competência está genericamente sediada numa dessas pessoas políticas, em razão da partição constitucional de competências, cabe determinar, dentro de cada uma dessas entidades, qual o órgão competente, e, dentro deste, qual o agente com tal atribuição. A solução não comporta teorização. Deve o intérprete, portanto, valer-se da lei ou do regulamento para responder adequadamente a essas preocupações. Este ou aquela indicará o órgão competente (Secretaria) para decidir sobre o trespasse solicitado pelo interessado, ou para iniciar o procedimento visando a transferência dos serviços que a Administração Pública deseja ver descentralizados, e o servidor (Secretário) responsável por essa atribuição. Se, apesar disso, nem um nem outro desses atos indicar qual o órgão e a autoridade competentes para promover a outorga ou para instaurar o processo de transferência da execução e exploração de certo serviço público, há de se entender seja tal atribuição do mais alto órgão da estrutura administrativa e a autoridade competente o Chefe do Poder Executivo federal, estadual, distrital ou municipal conforme pertença à União, ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município o serviço público cuja execução e exploração indiretas estão sendo promovidas. Assim nos parece porque a esses órgãos e agentes está afeta a alta administração dos interesses públicos nacionais, regionais e locais, conforme for o caso. A lei reguladora dos serviços públicos pode explicitar quais os serviços que serão trespasados por permissão e quais o que serão transferidos mediante concessão e em que condições serão celebrados os competentes contratos, respectivamente, de adesão ou de concessão de serviço público. Se nada dispuser, a escolha de uma ou de outra dessas formas de descentralização será discricionária, e as condições serão fixadas caso a caso.

304

1.10. Procedimento, conteúdo e formalização da concessão de serviço público

As outorgas para execução e exploração de um serviço público por terceiros não são decididas de plano pela autoridade competente. A decisão deve ser antecedida de um procedimento que visa analisar a transferência da execução e exploração de certo

serviço público, que só pode ser iniciado pela Administração Pública que detém sua titularidade. O procedimento tem início com a publicação do edital de concorrência, que informará em que condições será outorgada a execução e exploração do serviço público não ou insuficientemente descentralizado. Os interessados habilitados, nos termos desse ato, apresentarão as propostas. Dentre estas, por critérios objetivos indicados no art. 15 da Lei federal n. 8.987/95, a Administração Pública licitante escolherá a mais vantajosa e ao seu proponente adjudicará a execução e exploração do serviço público licitado.

Uma vez adjudicado o objeto da licitação, deve ser notificado o proponente-adjudicatário, não para que concorde com as condições, mas para que saiba que foi o vencedor do certame e que a Administração está disposta a outorgar-lhe a execução e exploração do serviço público, mediante a celebração de um contrato administrativo de concessão de serviço público. O conteúdo desse contrato é basicamente o conjunto de direitos e obrigações das partes, consignado no edital de licitação e seus anexos e na proposta vencedora. Um bom roteiro desse conteúdo está indicado no art. 23 da Lei federal n. 8.987/95. Nesse preceptivo estão arroladas as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público. A concessão de serviço público formaliza-se por contrato administrativo, enquanto a permissão de serviço público, mediante contrato de adesão, ainda que para nós ambas tenham, praticamente, idêntico regime jurídico.

1.11. A precariedade da outorga

O problema da precariedade da outorga que só aparecia em relação à permissão de serviço público hoje não mais existe, ante os termos do art. 175 da Constituição da República e dos arts. 1 e 40 da Lei federal n. 8.987/

95. Esses dispositivos fixaram um novo regime para a permissão, consubstanciado num contrato de adesão e na fixação de um prazo, que lhe retirou a precariedade e a tornou em tal particular igual à concessão. De há muito objetávamos a precariedade como da própria essência do ato de permissão isto é, como requisito que integra o seu íntimo ou a sua natureza.

305

Com efeito, só tem sentido, lógico e jurídico, falar-se em precariedade, ou não, do instituto da permissão à vista de um dado sistema legal, pois fora dele nem mesmo ato jurídico se tem. Afirmar que a permissão é precária porque essa qualidade é da índole do próprio ato não nos parece válido, sobretudo em nosso sistema. O ato, seja de que espécie for, tem a configuração ou o regime legal que lhe é tracejado pelo ordenamento jurídico, independentemente de qualquer construção doutrinária ou orientação fundada

em outros sistemas, ou, ainda, do nome que se lhe atribua, O nosso ordenamento sempre deu à permissão de serviço público outra dimensão. bem maior do que a indicada pela doutrina tradicional, e essa realidade está mais configurada hoje em face do mencionado dispositivo da Constituição Federal e ante os preceptivos da Lei federal que dispõe sobre o regime de concessão e permissão para a prestação de serviços públicos.

Em suma, a permissão de serviço público não é precária, e continuar nominando-a de ato administrativo contraria o nosso Direito Positivo. que, ao contrário do que alguns pensam. caracteriza-a tão estável quanto a concessão de serviço público, portanto, não cabe falar. teórica e abstratamente. em precariedade nessa espécie de ato. A precariedade existirá. ou não, conforme dispuser. nesse ou naquele sentido, o Direito Positivo. Os institutos do Direito não são. nem podem ser. universais, pois recebem as cores mais ou menos carregadas do respectivo ordenamento jurídico. A natureza de cada instituto é a acolhida pelo Direito Positivo, que lhe imprime características próprias. A precariedade de um ato jurídico. se assim se pode dizer. não é construção doutrinária imposta pela necessidade lógica ou prática de se afastar um instituto de outro, mas um elemento extraído do sistema jurídico que o abriga. De sorte que a precariedade da permissão em um dado sistema não pode prevalecer em outro que dá a esse instituto regime jurídico estável.

1.12. O caráter “*intuitupersonae*” da concessão de serviço público e a cessão dos direitos concedidos

Os autores têm sustentado que a concessão de serviço público só pode ser outorgada *intuitu personae*. Esclarecem que, para a segurança dos interesses da Administração Pública concedente. o concessionário há de ser selecionado por procedimento licitatório ou indicado por ela. nos casos de exclusão da obrigatoriedade de licitar, com base em certos requisitos. a exemplo dos que confirmam a capacidade jurídica, a idoneidade técnica, a capacidade econômica e a regularidade fiscal. Em razão disso. vedam a

306

subcontratação parcial ou total do seu objeto. a cessão ou transferência total ou parcial dos direitos e obrigações outorgados. Não obstante essa doutrina. o Direito Positivo tem consentido em tais operações. Com efeito, a contrario sensu do estabelecido no art. 70 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, extrai-se a possibilidade de cada uma dessas operações. se estiverem previstas

no edital licitatório e no contrato de concessão de serviço público e se, prévia e expressamente, sobre essas operações anuir a Administração Pública concedente.

No mesmo sentido dispõe a Lei federal n. 8.987/95. De fato, essa lei admite a subconcessão no art. 26, observados os termos previstos no contrato de concessão de serviço público. Para a legitimidade dessa operação, referido dispositivo exige expressa autorização do Poder Público concedente, enquanto o seu § 1 exige concorrência. A transferência da concessão de serviço público ou do controle societário do concessionário também são possíveis, desde que haja prévia anuência da Administração Pública concedente. Para a obtenção da anuência legitimadora da transferência da concessão de serviço público o pretendente deverá (art. 27, parágrafo único): “1 — atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II — comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor”. Para a transferência a lei não exigiu, como fez com a subconcessão, concorrência. Da possibilidade de realização dessas operações não se deve inferir que a Administração Pública concedente possa prorrogar o prazo, impor ou inexigir obrigações contratuais. Ditas operações não de ser efetivadas sem qualquer acréscimo, quer de direitos, quer de obrigações. A subcontratação e a transferência far-se-ão do que existe, e nada mais.

A Administração Pública, quando chamada a anuir na transferência, pode, se previsto em lei, cobrar um preço. Leis existem que prevêm essa possibilidade. Ainda, diga-se que a Administração Pública concedente não está obrigada a anuir no pedido de subconcessão ou de transferência, mesmo que prevista no edital licitatório e no contrato de concessão de serviço público. Não há, portanto, qualquer direito subjetivo do concessionário ou do pretendente à subconcessão ou à transferência quanto a uma manifestação favorável do Poder Público concedente.

1.13. Exclusividade da concessão de serviço público

Era pacífico o entendimento de que a transferência da execução e exploração de certo serviço público a particular, que a isso se dispusesse.

307

podia acontecer sob o regime da exclusividade. Vale dizer: se celebrado o contrato de concessão de serviço público com esse privilégio, não podia a Administração Pública concedente promover nova outorga com o mesmo objeto. Assim, outorgada uma concessão ou permissão dessa natureza para o transporte de passageiros, por meio de ônibus, na linha São Paulo—Santos, segundo determinado itinerário, não podia a

Administração Pública concedente. para essa mesma linha e itinerário. outorgar nova concessão. Todavia, parecia-nos que a Administração Pública concedente. mesmo assim, podia outorgar nova concessão de serviço público tendo por objeto o da anterior outorga, pois a exclusividade visa, apenas. assegurar um mercado. no caso de passageiros. que garanta certo lucro ao concessionário. Para o concessionário, a exclusividade só interessa nesse sentido. Logo, se garantido esse lucro pela Administração Pública concedente. resta óbvio que a quebra de tal privilégio não só era legítima como a ela não podia opor-se o concessionário. Hoje. como regra. a exclusividade está vedada, pois o usuário tem o direito de obter e utilizar o serviço público com liberdade de escolha. prescreve o inciso III do art. 7 da Lei federal n. 8.987/95. Essa vedação mais se reforça na medida em que o art. 16 dessa lei estatui que a concessão ou a permissão não terão o caráter de exclusividade. Observe-se. no entanto. que o atendimento a tal regra poderá ser dispensado quando a concorrência ou a não-exclusividade entre as concessionárias for inviável por motivos técnicos ou econômicos (art. 16 da Lei federal n. 8.987/95). Nesses casos. deve a Administração Pública concedente demonstrar devidamente a inviabilidade no ato que precederá a licitação, destinado a justificar a conveniência do trespasse da execução e exploração do serviço público a terceiro. Fora daí. acentua esse artigo. a outorga da concessão não terá caráter de exclusividade.

Acrescente-se, por fim, que a exclusividade não é monopólio. No monopólio só a entidade por ele beneficiada pode promover a execução da atividade monopolizada. Até mesmo a execução artesanal ou de mera subsistência é vedada. Na exclusividade, essa vedação absoluta não ocorre. De sorte que o particular pode locomover-se com seu próprio veículo. pelo mesmo itinerário percorrido por concessionário de serviço público de transporte coletivo de passageiro. assim prestigiado. sem que o outorgado possa insurgir-se contra esse comportamento do particular administrado.

21. Nesse sentido, veja-se o nosso parecer naRDP 84:180.

308

1.14. Direitos e encargos do concessionário

Além do direito de executar e explorar os serviços objeto da concessão de serviço público, a Lei federal n. 8.987/95 investe o concessionário em outros direitos. mesmo que alguns não estejam referidos no correspondente contrato. À Administração Pública é atribuído o dever-poder de. ao longo da dilação temporal da concessão de serviço público, alterar. unilateralmente. as cláusulas ou condições segundo as quais o serviço

deve ser prestado. Apesar disso, não pode a Administração Pública concedente exigir o desempenho de atividades incompatíveis com o objeto do contrato de concessão de serviço público. Assim, a pretexto de modificar as cláusulas de serviço, não pode o Poder Público concedente exigir, por exemplo, que o serviço de transporte coletivo executado pelo concessionário por meio de ônibus seja prestado por meio de bondes, em atenção a um programa estatal de economia de petróleo. Nem mesmo com a concordância do concessionário essa mudança seria legítima, já que na verdade estar-se-ia celebrando uma nova concessão, sem se proceder a prévia licitação.

O concessionário tem direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público, visando igualar os encargos da execução à justa remuneração. Essa relação encargo—remuneração, também chamada de equação econômico-financeira, é da natureza da concessão de serviço público. Se não bastasse isso, algumas vezes a lei encarrega-se de explicitá-la, como ocorria com o Regulamento dos Serviços de Telefonia, veiculado pelo Decreto federal n. 57.611, de 7 de janeiro de 1966. Esse diploma estatuiu, em seu art. 66, que na determinação das tarifas seriam levados em conta os seguintes fatores: cobertura das despesas de custeio, justa remuneração de capital, melhoramento e expansão dos serviços. Hoje, a Constituição Federal prestigia esse direito, inclusive nesses termos, ao prescrever, no inciso III do parágrafo único do art. 175, que a lei disporá sobre a política tarifária. Esse direito, no entanto, não se presta para resguardar o concessionário contra os insucessos econômicos ou a má gestão de seus negócios. O concessionário atua como empresário e como tal está sujeito aos azares da atividade desenvolvida, decorrentes de crises econômicas ou de sua própria ineficiência empresarial. Tanto aqui como ali nenhuma responsabilidade cabe à Administração Pública concedente. Pelos seus infortúnios responde tão-só o concessionário.

E direito do outorgado a revisão de tarifas, já que elemento essencial da equação econômico-financeira. Então, sempre que a tarifa vigente, independentemente de data de reajuste, não representar a variável adequada

309

ao desejado equilíbrio, há de ser revisada ou reajustada pela Administração Pública concedente. A Lei federal n. 8.987/95 estabelece que a tarifa do serviço público prestado pelo concessionário será a fixada na proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nessa lei, no edital licitatório e no contrato de concessão de serviço público. O reajustamento tarifário é provocado pelo outorgado

em petição. dirigida ao Poder Público, na qual demonstrará a correção do reajuste pleiteado. Esse reajustamento. se correto. não pode. a qualquer título, ser negado pelo Estado (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município), sob pena de indenização, se pleiteada pelo prestador do serviço. Com efeito, em setembro de 1992. a imprensa noticiou a manutenção, pelo TRF da 1 Região. da sentença de primeira instância que julgara procedente a ação de indenização. proposta contra a União pela TRANSBRASIL, para ser ressarcida dos prejuízos resultantes do controle das tarifas aéreas para combater a inflação. durante o Governo Sarney (Jornal do Brasil. 9 set. 1992). A negativa do Poder Público concedente enseja ao concessionário o direito de pleitear. perante o Judiciário. o desfazimento do contrato de concessão de serviço público e a conseqüente indenização. Perante esse Poder. não lhe é possível pleitear o reajuste da tarifa. e se pedida e concedida teríamos a substituição da Administração Pública concedente pelo Judiciário, em aberta atuação contrária ao princípio da harmonia e independência dos Poderes. Ante o que se afirmou neste tópico. resta claro que. mesmo que a lei preveja certa data ou época para se proceder ao reajuste tarifário, este. em tese, pode ocorrer antes. Anote-se que o princípio da revisibilidade da tarifa ante a Lei do Plano Real é de pouca valia, na medida em que essa lei só permite reajustes tarifários a cada ano, ainda que se possa afirmar que nesse particular ela afronta o inciso XXVII do art. 37 da Constituição Federal.

O edital de licitação para a contratação de concessionário de serviço público pode prever, além da tarifa, outras fontes provenientes de receitas alternativas. complementares. acessórias ou de projetos associados. com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, prescreve o art. 11 da Lei federal n. 8.987/95. Em ditos casos. essas fontes deverão ser consideradas na aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público, reza o parágrafo único do mesmo artigo.

O trespasse da execução e exploração dos serviços públicos traz implícito o direito do concessionário de exigir dos usuários o valor tarifado pelo serviço que presta. Desse modo. não está obrigado a prestar o serviço ao usuário que não satisfaça as obrigações que lhe cabem. O concessionário de modo algum está compelido a prestar serviços gratuitos ou mediante

310

preços reduzidos a quem quer que seja. Nem os agentes da Administração permitente ou concedente têm tal direito. salvo se previsto no contrato de concessão de

serviço público ou em lei. Deve-se ressaltar dessa regra expressa estipulação constante do contrato de concessão de serviço público ou de lei. como ocorre com os carteiros. que podem valer-se do serviço de transporte coletivo de passageiros quando em serviço. segundo prescreve o art. 9, parágrafo único. do Decreto-Lei federal n. 3.263/4 1. cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF ao julgar o RE 99.987-1-MG, conforme ementa publicada no DJU. 21 out. 1983, p. 16305.

A Lei federal n. 8.987/95 arrola no art. 31 os encargos do concessionário, estabelecendo que lhe cabe: “I — prestar serviço adequado. na forma prevista nesta Lei. nas normas técnicas aplicáveis e no contrato: II — manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão: III

— prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários. nos termos definidos no contrato: IV cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão: V — permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso. em qualquer época. às obras. aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis: VI — promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato: VII — zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço. bem como segurá-los adequadamente: e VIII— captar. aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço”.

1.15. Serviço adequado

A Lei federal n. 8.987/95. em seu art. 6º exige a execução de serviço público adequado ao pleno atendimento dos usuários. consoante indicado nas normas pertinentes e no contrato de concessão. O § 1º desse artigo define serviço adequado como o que satisfaz as condições de regularidade. continuidade, eficiência, segurança. atualidade, generalidade. cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Os sete primeiros requisitos referem-se à qualidade do serviço público prestado sob o regime de concessão. enquanto o último diz respeito ao preço pelo qual ele é oferecido aos usuários²².

22. Esses atributos já foram examinados no item VII do Capítulo VII. para onde remetemos o leitor. visando não repetir a matéria.

311

A inobservância desses requisitos ensancha à Administração Pública concedente a oportunidade de exigir seu total cumprimento, de aplicar. deoos do devido processo legal as penas cabíveis e de intervir na prestação. Todas as medidas. administrativas e

judiciais. que a situação exigir para restabelecer. de pronto. o regular funcionamento do serviço devem ser tomadas pela Administração Pública concedente. que nesse particular não tem qualquer disponibilidade.

1.16. Política tarifária

O parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal remeteu para a lei ordinária a obrigação de, em relação ao regime de prestação de serviço público mediante concessão, dispor sobre a política tarifária. Tal política está consubstanciada nos arts. 92 a 13 da Lei federal n. 8.987/95. Consoante o primeiro desses dispositivos, a tarifa do serviço público concedido será fixada com base no preço constante na proposta vencedora da licitação, aberta para a transferência da execução e exploração de serviço público por terceiro. Não é, portanto, o vencedor da licitação quem fixa a tarifa. Essa fixação é sempre da competência da Administração Pública concedente, que pode negociar com o vencedor da licitação sua redução. Após negociação, por ato administrativo, veiculado por decreto, fixará o valor pelo qual o serviço será prestado pelo concessionário de serviço público. Essa é a única oportunidade em que a tarifa é fixada com base em proposta do concessionário. Daí por diante, a fixação da tarifa será sempre ato da Administração Pública concedente, editado segundo regras próprias de revisão tarifária previstas no contrato, conforme faculta o § 22 do art. 92. Tal revisão tem por fim manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviço público, permitindo a amortização do investimento, o lucro, a manutenção e a expansão do serviço. A fixação da tarifa para os serviços concedidos com base nessa lei escapa à legislação específica anteriormente editada, conforme determinado pelo § 12 do mesmo art. 92. Sua cobrança, estatui esse parágrafo, salvo os casos expressamente previstos em lei, não dependerá da existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

Tirante o imposto sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de qualquer tributo ou encargo legal, verificável após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa. Nessas condições, qualquer tributo federal, estadual ou municipal será determinante da revisão tarifária, independentemente de quem seja o titular

312

do serviço público concedido. Mas apenas será desse modo se o impacto, sempre comprovado pelo concessionário, for relevante na quebra da equação econômico-financeira, consoante a dicção do § 32 do art. 92 da Lei federal das Concessões e Permissões. Se não houver impacto com tal grandeza, não cabe a revisão tarifária, para

mais ou para menos. dependendo do caso. Só o prejuízo extraordinário pode fundamentar esse reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Após a apresentação da proposta significa a qualquer momento depois de encerrado o prazo de entrega dos envelopes contendo as propostas comerciais solicitadas no processo licitatório e, portanto, também significa durante a vigência do contrato. Essa revisão, não obstante dita regra, há que ser cautelosa e efetivada mediante prova do impacto, especialmente quando sua ocorrência for logo após a entrega das propostas. já que estas podem ter considerado o acréscimo tributário.

Qualquer ato unilateral da Administração Pública concedente que altere o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato será motivo suficiente para, ao mesmo tempo ou, como quer o § 42 do art. 92 da Lei federal das Concessões e Permissões, concomitantemente, a própria Administração Pública concedente recompor a equação econômico-financeira do ajuste. Vale dizer, observados os procedimentos operacionais e formais, a Administração Pública concedente, ao mesmo tempo em que altera unilateralmente o contrato, promove a restauração da equação econômico-financeira do ajuste. Nesses casos, o reequilíbrio prescinde de qualquer pedido do concessionário. Tudo será realizado pela Administração Pública concedente e por sua iniciativa. O concessionário poderá, por certo, contraditar o novo valor tarifário se este não reequilibrar a relação encargo—remuneração ($E=R$) pelo serviço público prestado. A mencionada lei estabelece, nessa passagem, uma presunção segundo a qual, se atendidas todas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro (art. 10). A presunção, por ser de fato, admite prova em contrário.

A política tarifária instituída pela Lei das Concessões e Permissões prevê, em face das peculiaridades de cada serviço, em favor do concessionário, desde que consignadas no edital licitatório, outras fontes de receitas fruídas com ou sem exclusividade, visando favorecer a modicidade das tarifas. Essas fontes podem ser alternativas, complementares ou acessórias. ou podem ser projetos associados à prestação do serviço público. São alternativas quando uma fonte de receita substitui outra. Assim, pode ser substituída a fonte de receita decorrente da cobrança do pedágio em uma rodovia pela receita originária da implantação e exploração de projetos associados (postos de serviços automotivos, motéis, supermercados). São complementares quando uma fonte de receita, como é a tarifa no serviço de

transporte coletivo de passageiros por meio de ônibus, é acrescida por outra fonte de receita, de que é exemplo a decorrente da exploração da publicidade interna e externa nos ônibus utilizados na prestação desses serviços. Acessórias são as fontes secundárias de receitas. Projetos associados são empreendimentos promovidos pelo próprio concessionário ou por terceiros, sem os quais seria inviável a prestação do serviço público por meio de concessionário. Essas fontes de receitas devem estar bem definidas no edital de licitação e somente devem ser utilizadas, como se disse, para favorecer a modicidade da tarifa a ser cobrada, e obrigatoriamente consideradas para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato (art. 11. parágrafo único). O art. 17 da Lei federal das Concessões e Permissões determina a desclassificação de proposta que, para sua viabilização, lança mão de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os licitantes.

Nos termos do art. 13 da Lei federal das Concessões e Permissões, as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos diferentes segmentos de usuários.

1.17. Procedimento licitatório

O art. 14 da Lei federal n. 8.987/95 exige para a outorga de qualquer concessão de serviço público prévio procedimento licitatório na modalidade concorrência, o qual observará a legislação própria, que no âmbito da União é a Lei federal n. 8.666/93, com as alterações introduzidas pelas Leis também federais n. 8.883/95 e n. 9.648/98. Na esfera dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, essas outorgas obedecerão à legislação de cada um desses entes federados. Tratando-se de concessão, a licitação tomará sempre a modalidade de concorrência. Nos processos licitatórios, consoante fixado por esse artigo, deverão ser observados os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, já estudados no Capítulo 1. e os do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, analisados no Capítulo IX, para os quais remetemos o leitor, evitando, desse modo, sua indesejável repetição.

Estabelece o art. 15 da Lei federal das Concessões e Permissões, não importando a modalidade licitatória, que “no julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I — o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado:

II — a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão:

III — a combinação, dois

314

a dois, dos critérios referidos nos incisos III e VII:

IV — melhor proposta técnica com preço fixado no edital:

V — melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica:

VI — melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica: ou

VII— melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas”. O § 1 desse artigo menciona que o critério previsto no inciso III só será admitido quando previamente estabelecido no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas para a avaliação econômico-financeira, fazendo crer, desse modo, que os demais podem ser adotados ainda que não explicitados no edital. Ledo engano, pois qualquer critério de julgamento somente pode ser utilizado se previamente indicado no edital. Esses são os únicos critérios passíveis de utilização, já que sua enumeração é taxativa. Não se poderia entender de outro modo ante a locução: “um dos seguintes critérios”. Para os fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

Nos termos do § 3º do art. 15 do citado diploma legal, a Administração Pública concedente recusará propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação. Manifestamente inexecutáveis são as propostas que, de forma evidente, por uma ou outra razão, não podem ser executadas. Essas razões, a exemplo de outras, são: prazos impraticáveis e condições irrealizáveis. Com efeito, os prazos propostos podem ser exíguos ou largos em demasia em face dos objetivos do projeto de concessão de serviço. De seu lado, as condições de execução do serviço, ante a realidade do mercado e da efetiva situação do proponente, indicam a inviabilidade da proposta. Financeiramente incompatíveis são as propostas cujas tarifas e outras fontes de receitas apresentadas não conseguem instituir e manter o necessário equilíbrio econômico-financeiro da outorga e, por conseguinte, a execução adequada do serviço trespessado. Dessas tarifas são exemplos as de valor negativo, zero ou irrisório. Das fontes de recursos imprestáveis para essa finalidade são exemplos as de difícil ou onerosa execução e as pouco rentáveis.

Também serão desclassificadas, nos termos do art. 17, caput, as propostas que, para sua viabilização, necessitem de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes. Nesse caso, as

propostas são temerárias, pois nem sequer se sabe se as vantagens ou subsídios serão autorizados. À Administração Pública concedente não é dado conviver com essa incerteza. Por fim e segundo o § único desse artigo, será desclassificada a proposta de entidade estatal

315

alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do Poder Público controlador da referida entidade. Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata esse parágrafo qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes. Nessa hipótese haveria quebra do princípio da igualdade. De sorte que andou bem o legislador federal ao determinar a desclassificação de proponentes que se enquadrem nessas previsões.

Em igualdade de condições, ou seja, no caso de empate, reza o § 49 do art. 15 da Lei federal n. 8.987/95 que será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira. Essa preferência parece-nos inconstitucional, à medida que afronta o princípio da igualdade. Se assim não for, empresa brasileira é a constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil.

O edital licitatório, sempre elaborado pela Administração Pública concedente, observará a legislação pertinente. Esta, no âmbito da União, é a Lei federal das Licitações e Contratos. Nas esferas estadual, distrital e municipal, são as respectivas leis. Não obstante seja Assim, deverá, nos termos do art. 18, conter: 'I — o objeto, metas e prazo da concessão: II

a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço: III

— os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato: IV — prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas: V — os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal: VI — as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados: VII — os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço: VIII — os critérios de reajuste e revisão da tarifa: IX — os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a

serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta: X — a indicação dos bens reversíveis: XI — as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição. nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior: XII — a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública. ou para a instituição de servidão administrativa: XIII — as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio: XIV — nos casos de concessão. a

316

minuta do respectivo contrato, que conterà as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis: XV — nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra. dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam a sua plena caracterização. bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato. adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra:

e XVI — nos casos de permissão. os termos do contrato de adesão a ser firmado”.

Esse elenco não é taxativo, conforme se extrai da expressão especialmente. contida no caput do art. 18. Deverá variar em função da natureza dos serviços concedidos e da espécie de outorga (concessão ou permissão). e. ainda, em razão do titular do serviço transferido (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município). Embora a maioria dos incisos não ofereça dificuldade de entendimento. quanto a alguns cabem certas considerações. O edital deverá indicar os bens reversíveis (inciso X). Estes são os que. finda por qualquer razão a outorga, passam para o patrimônio da Administração Pública concedente. Assim também são chamados. não obstante sem técnica, os bens públicos que integram a concessão e que. com sua extinção, voltam ao patrimônio da Administração Pública concedente A execução de projetos associados pode exigir a promoção de desapropriações. Em todas as desapropriações caberá ao Poder Público concedente a declaração expropriatória e à concessionária. a sua promoção²³, isto é, promover judicialmente a desapropriação e pagar a conespondente indenização. Nos casos de concessão de obra pública, prescreve o inciso XV. o edital deverá conter os dados relativos à obra e. dentre estes. os elementos do projeto básico. que nada mais são senão o projeto básico. Tratando-se de permissão, o edital deve trazer os termos do contrato de adesão a ser firmado (inciso XVI), ou seja, a minuta dessa espécie de contrato. A minuta deve ser um dos anexos do edital.

Seja concessão. seja permissão de serviço público, a outorga não poderá ser celebrada com exclusividade, consoante. ainda que ruim a redação empregada, dispõe o art. 16 da Lei das Concessões e Permissões. Tal vedação, mesmo que implicitamente, acaba por autorizar a Administração Pública competente a outorgar. sempre que entender necessário, mais de Uma outorga para a execução do mesmo serviço. Tais outorgas ampliam, de um lado, o poder do usuário na escolha do prestador de serviço. mas. de

23. Sobre a declaração e a promoção da expropriação. veja o Capítulo XIII.

317

outro. ensejam ao prestador do serviço o pedido de reequilíbrio da equação econômico-financeira sempre que em razão da nova concessão essa igualdade for rompida. Dita vedação e a conseqüente faculdade que dela se retira. serão sempre um elemento de discórdia e muitas vezes de concorrência ruína. Esse dispositivo só permite a exclusividade nas hipóteses de inviabilidade técnica ou econômica. devidamente demonstrada no ato de justificação da conveniência da outorga de concessão de serviço público. previsto no art. 52 dessa lei.

1.18. Subconcessão, transferência dos direitos concedidos e cessão do controle societário

A Lei federal n. 8.987/95 no art. 26 admite a subconcessão. Segundo o regime dessa lei. a subconcessão é o contrato celebrado entre o titular da concessão de serviço público e um terceiro escolhido mediante licitação. com o fito de transferir-lhe parte dos direitos e obrigações que detém nessa espécie de contrato administrativo. A primeira dessas partes é chamada de subconcedente. enquanto a segunda é denominada subconcessionário. A lei exige que a subconcessão. além de estar prevista e regulada no contrato. seja precedida de autorização da Administração Pública concedente e de concorrência. O contrato deve prever e disciplinar como essa operação será realizada, podendo. inclusive. pennitir a subconcessão total. Essa previsão e disciplina deverão constar da minuta do contrato de subconcessão que acompanhará. como anexo obrigatório, o edital licitatório. A concorrência. única modalidade licitatória admitida, é promovida, afirmam os estudiosos, pela Administração Pública concedente. sem que dita lei tenha expressamente disciplinado a respeito. Não é a subconcessão uma nova concessão. ainda que essa lei prescreva a sub-rogação do subconcessionário a todos os direitos e obrigações do subconcedente: é. isto sim. o ajuste. calcado no edital e na proposta vencedora, celebrado entre o subconcedente e o subconcessionário. A anuência

da Administração Pública concedente não a toma responsável perante o subconcessionário, mas reafirma o exercício das competências decorrentes da titularidade do serviço público cuja execução lhe foi trespassada pela via da subconcessão. O subconcessionário responde pelos danos que causar a terceiros, ao subconcedente e à própria Administração Pública concedente. O subconcedente e a Administração Pública concedente respondem subsidiariamente e nessa ordem. Vale afirmar: esgotado o patrimônio do subconcessionário, pela diferença indenizatória restante responderá o subconcedente até o exaurimento de seus bens.

318

daí por diante, havendo indenização a ser completada, responderá a Administração Pública concedente. Ademais, o subconcessionário responderá objetivamente (art. 37, § 62, da CF), dado que prestador de serviço público. A subconcessão extingue-se pelos modos normais de desfazimento dos contratos e pela extinção da concessão de serviço público, e não se confunde com a transferência parcial da concessão de serviço público.

O art. 27 da Lei federal n. 8.987/95 veda a transferência da concessão de serviço público sem prévia anuência da Administração Pública concedente, cominada-lhe a pena de caducidade. Ao dispor, nesses termos sobre tal vedação, a lei acabou por permitir o trespasse dos direitos e obrigações da concessão de serviço público, uma vez atendidas, além da prévia anuência, as exigências legais encontráveis nos incisos do parágrafo único desse artigo. Pela transferência o concessionário cede a terceiro todos os direitos e obrigações que detinha na concessão de serviço público, desvinculando-se da Administração Pública concedente. Nessa operação o concessionário denomina-se concessionário-cedente e o terceiro, cessionário. O pedido de anuência somente será atendido se o futuro cessionário atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal e jurídica necessárias à assunção do serviço, ou seja, aquelas exigidas por ocasião da licitação de outorga da concessão de serviço público que se deseja transferir, e se se comprometer a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. A escolha do futuro cessionário será da responsabilidade do concessionário-cedente, pois não há qualquer exigência de licitação para essa operação.

Por fim, o mesmo art. 27 proíbe, salvo anuência da Administração Pública concedente, a transferência do controle societário da concessionária de serviço público. Para essa operação nada é exigido além da anuência, visto que não há sucessão de empresa. A empresa concessionária é a mesma, apenas o detentor do controle societário

é outro. e ela já demonstrou. cabalmente. sua aptidão na licitação em que foi vencedora. Essa exigência, portanto, é descabida. A escolha do novo controlador societário é do concessionário.

1.19. Responsabilidade do concessionário

O concessionário executa e explora o serviço público que lhe foi trespassado em seu nome e por sua conta e risco, conforme fixado no conceito de concessão de serviço público dado pelo inciso II do art. 22 da Lei federal n. 8.987/95. Dessa condição decorrem as obrigações de responder pelos

319

compromissos assumidos e pelos danos que vier a causar a terceiro ou ao próprio Poder Público concedente. Assim deve ser porque quem assume certas obrigações deve por elas responder a contento. Do mesmo modo. como um particular. deve satisfazer os prejuízos a que der causa. Não se há. pois. que falar em responsabilidade solidária do concedente. Mas se este promover a extinção da outorga e. em razão da continuidade do serviço. apropriar-se dos bens e instalações aplicados na sua execução. responderá até o valor dos bens recebidos. dado que somente estes se destinavam a garantir suas obrigações. A par disso. sua responsabilidade é subsidiária sempre que. esgotadas as forças do concessionário, restar por satisfazer certo montante decorrente de obrigações originadas diretamente da prestação dos serviços (indenizações em razão de acidentes).

Ademais. a responsabilidade do concessionário pelos danos causados a terceiros. em razão dos serviços públicos que executa e explora, é. tal qual a da Administração Pública, objetiva, nos termos do § 62 do art. 37 da Lei Maior, portanto, diante da norma constitucional responde pelos danos que seus empregados. atuando nessa condição. causarem a terceiros. Afinal. não seria justo, nem jurídico. que a mera transferência da execução dos serviços tornasse a recomposição do patrimônio do prejudicado mais lenta e onerosa do que a exigida da Administração Pública, caso fosse a prestadora do serviço público trespassado. O concessionário só se libera dessa responsabilidade se demonstrar que não foi o causador do evento danoso. Contra seus empregados cabe o direito de regresso, conforme consubstanciado nessa mesma regra constitucional. Desse modo. sempre que os seus empregados. com culpa ou dolo, causarem qualquer dano a terceiros. investe-se o permissionário ou o concessionário nesse direito se já tiver satisfeito o prejuízo. O êxito da ação está condicionado à existência desses dois requisitos: o empregado deve ter agido com culpa ou dolo e o seu concessionário-empregador deve ter satisfeito o prejuízo.

1.20. Natureza dos atos do concessionário

O concessionário comumente pratica atos regidos pelo Direito Privado. destituídos, portanto, de qualquer prerrogativa estatal. Por esse motivo, em regra, não cabe a tal pessoa impor limitações aos direitos dos administrados, em geral, ou aos usuários do serviço trespassado, em particular. Se, de regra, é Assim, em algumas hipóteses não o é. De fato, em razão da concessão de serviço público, pode praticar atos revestidos de poder, como é a promoção expropriatória, caso em que esses atos se tornam passíveis de

320

obstrução por mandado de segurança se lesivos a direito individual líquido e certo. Nesse sentido é a decisão do extinto TFR, ao julgar agravo em mandado de segurança interposto contra ato de permissionário de serviço público, conforme acórdão estampado na RF. 219:1 1424.

1.21. Direitos e encargos do concedente

Dentre os inúmeros direitos reconhecidos pela doutrina e pela legislação ao Poder Público concedente destacamos os mais importantes. Assim, cabe-lhe o direito de: I — fiscalizar o exercício da concessão: II — proceder a alterações nas condições da concessão, se relacionadas com a execução dos serviços: III — exigir uma remuneração do concessionário quando previsto em lei: IV — tributar: V — exigir garantia de execução da concessão: VI — promover novas concessões com o mesmo objeto das já outorgadas: VII — intervir: VIII — aplicar sanções: IX — extinguir a concessão. Alguns desses direitos podem ser exercidos mesmo que inexpressos no edital ou no contrato de concessão de serviço público:

outros, ao contrário, só podem prevalecer se expressamente previstos nesses atos ou em lei. Alguns são anteriores, enquanto outros são posteriores à outorga. Vejamos em que consistem.

O direito de fiscalizar o exercício da concessão ou acompanhar a prestação do serviço concedido pode ser exercido mesmo que não expresso no ato de outorga. Dele se vale a Administração Pública enquanto vigente a concessão de serviço público. Ademais, é atribuição que não se exaure a cada utilização: é direito que a qualquer instante pode ser exercitado. Por ele, o concedente mantém-se permanentemente informado sobre o comportamento do concessionário. Só é cabível se com a concessão tiver um mínimo de relação. Fora da concessão não cabe qualquer espécie de inspeção e fiscalização. Não tem sentido o concedente, a pretexto de exercitar qualquer desses

poderes. fiscalizar as atividades industriais desempenhadas pelos sócios da concessionária. Está previsto como encargo da Administração Pública concedente no inciso I do art. 29 da Lei federal n. 8.987/ 95. No exercício do direito de fiscalizar, prescreve o art. 30 dessa lei. a Administração Pública concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros do concessionário. Essa fiscalização é exercida por órgão técnico da Adm 24 Veja, ainda. RDA. 105:215 e nosso parecer na RDP. 84:180.

321

nistração Pública concedente ou por entidade com ela conveniada e, periodicamente, por comissão de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários, conforme prevê o parágrafo único desse artigo.

As condições de funcionamento podem e devem ser alteradas unilateralmente pela Administração Pública concedente sempre que o exigir o interesse público. E direito que se lhe reconhece para proceder a modificações nas condições da outorga, se intimamente relacionadas com a execução dos serviços, conforme previsto no art. 58. 1. da Lei federal n. 8.666/93, para os contratos regulados por essa lei. Embora não previsto na Lei federal n. 8.987/ 95 como direito da Administração Pública concedente, deve esse poder-dever constar do edital, dado que cláusula essencial (art. 18. VII). Ainda que assim não fosse, seu exercício seria sempre possível, pois decorrente do princípio da mutabilidade dos contratos administrativos, e a concessão de serviço público é um desses contratos. Qualquer alteração promovida unilateralmente pela Administração Pública concedente, que afete o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato de concessão de serviço público, só pode ser promovida concomitantemente com a restauração dessa equação, consoante estatui o § 42 do art. 92 dessa lei de 1995.

No edital e posteriormente no contrato de concessão de serviço público a ser celebrado com o concessionário, a Administração Pública concedente pode condicionar o traspasse da execução e exploração do serviço público a uma retribuição mensal, semestral ou anual, a ser cumprida pelo concessionário. Esse direito deve ser estabelecido no edital licitatório ou, quando for o caso, no ato que dispensa a licitação, sob pena de se tornar inexistente a posteriori. A Lei federal n. 8.987/95 não confere esse direito à Administração Pública concedente, embora seja dele extraído do inciso II do seu art. 15. Com efeito, se a maior oferta, nos casos de pagamento à Administração Pública concedente pela outorga de concessão, pode ser utilizada como critério de julgamento da licitação, é evidente que sua exigência está consentida.

O privilégio conferido ao concessionário de serviço público para a execução e exploração de um serviço público não o torna, de regra, isento ou imune ao direito de tributar da Administração Pública concedente. Destarte, se, pela lei, não estiver inibida a sua competência tributária, a ela se subsume o concessionário, que pelos mesmos motivos está obrigado a atender às imposições tributárias das demais pessoas estatais. Nenhum direito, nesse campo, se lhe reconhece senão os explicitados na lei. Os concessionários de serviço público não são alcançados pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal, conforme inteligência em sentido contrário extraída do § 22 desse artigo. Por esse parágrafo

322

o constituinte estendeu essa imunidade às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, sem estendê-la aos concessionários de serviços públicos. Ora, se podia estendê-la a essas entidades e não o fez, há de se imaginar que essa foi a sua intenção, isto é, não estender aos concessionários de serviços públicos a chamada imunidade recíproca. Ademais, esses concessionários são pessoas de direito privado, e a imunidade recíproca só prestigia as entidades públicas (art. 150 da CF)²⁵.

No edital de licitação ou no ato de liberação dos obrigados a tal comportamento, a Administração Pública concedente pode exigir para a celebração do contrato de concessão de serviço público a formalização de uma garantia de execução desse ajuste. É exigência que pode ser feita independentemente de autorização legislativa, em face do princípio da indisponibilidade dos bens, interesses e direitos da Administração Pública. As principais garantias que podem ensejar bons resultados são a real (garantia em dinheiro, títulos da dívida pública) e a pessoal ou fidejussória (fiança por terceiro ou bancária) e o seguro-garantia (garantia oferecida por companhia de seguro).

A Administração Pública concedente pode celebrar outros contratos de concessão de serviço público, com o mesmo objeto dos já formalizados e em vigor. Esse poder-dever é inferido do inciso III do art. 72 da Lei federal n. 8.987/95, que atribui ao usuário o direito de obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha. Sendo Assim, é notório que mais de uma concessão do mesmo serviço público deve ser formalizada, sob pena de não ser atendido o comando dessa norma. Tal possibilidade também é inferida do art. 16 dessa lei, que veda, como regra, a exclusividade da concessão de serviço público. Desse modo, tudo deve ser feito pela Administração concedente no sentido da prestação

do serviço público ser levada a efeito por mais de um concessionário. As novas concessões não investem o concessionário em qualquer novo direito. nem contra elas pode insurgir-se ou considerar rescindida a outorga que o coloca na situação de um dos executores do serviço público. Não tem o concedente. nesses casos. de satisfazer qualquer indenização. A exclusividade só será permitida nos casos de inviabilidade técnica ou econômica. demonstrada no ato justificador da con 25 Nesse sentido. veja Zelmo Denan. Curso de direito tributário. 5. ed.. Rio de Janeiro. Forense. 1995.

323

veniência da transferência da execução e exploração, mediante concessão de serviço público. a terceiro.

O serviço público cuja execução e exploração foram trespassadas a terceiro mediante contrato de concessão. deve ser prestado adequadamente ao usuário. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade. continuidade, eficiência. segurança. atualidade. generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Destarte, sempre que o serviço público prestado ao usuário pelo concessionário não satisfizer essas características. surge para a Administração Pública concedente o dever-poder de apurar os fatos em processo administrativo, em que se assegura ao concessionário amplo direito de defesa. e aplicar a pena requerida. Se isto não for suficiente para regularizar dita prestação, poderá a Administração Pública concedente intervir na concessão de serviço público em que esses fatos estão ocorrendo. A intervenção, considerada pelo inciso III do art. 29 da Lei federal n. 8.987/95 como encargo da Administração Pública concedente. só será legítima se promovida para assegurar a adequação na prestação do serviço ou garantir a fiel observância das normas legais e regulamentares pertinentes. prescreve o art. 32 dessa lei. A intervenção será declarada por decreto da Administração Pública concedente. que designará o interventor. e mencionará o prazo. os objetivos e limites dessa medida (art. 32, parágrafo único). Após essa declaração deverá a Administração Pública concedente. no prazo de trinta dias. promover a instauração de procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da intervenção e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa. Se a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares. será declarada nula. devendo a execução e exploração do serviço ser imediatamente devolvidas ao concessionário, sem prejuízo de seu direito à indenização (art. 33. § 1a). A intervenção será inválida se esse procedimento não for concluído no prazo de cento e oitenta dias (art. 33, § 2).

De nada adiantariam esses poderes se à Administração Pública concedente não fosse atribuído o direito, absolutamente correlato, de aplicar sanções ao concessionário. Esse direito, chamado de encargo do poder concedente, está expressamente indicado no inciso II do art. 29 da Lei federal n. 8.987/95, com a seguinte redação: “aplicar as penalidades regulamentares e contratuais”. Cabe-lhe aplicar, por evidente, as penas estabelecidas em lei, não só as referidas nesse inciso. A aplicação de qualquer penalidade exige prévio procedimento administrativo em que seja assegurado ao concessionário amplo direito de defesa.

Pode a Administração Pública extinguir a concessão de serviço público nos casos previstos na Lei federal n. 8.987/95 e na forma estabelecida no

324

contrato (art. 29, IV). Tais casos, nos termos do art. 35 da lei, são: “1 — advento do termo contratual: II encampação: III — caducidade: IV — rescisão: V — anulação: VI — falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual”. Algumas dessas causas poucas dificuldades apresentam para seu entendimento e verificação de suas respectivas consequências. O mesmo não acontece, por exemplo, com a encampação. Em outra passagem examinaremos todas essas causas, procurando fixar o correspondente regime jurídico²⁶.

1.22. Direitos e obrigações dos usuários

Os serviços públicos, quaisquer que sejam, hão de ser adequados. Adequados são os serviços prestados mediante a observância dos requisitos da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade, consoante determina o § 12 do art. 6 da Lei federal n. 8.987/95, desde o início até o fim do contrato de concessão de serviço público. A falta de alguns desses requisitos, em qualquer momento da execução do contrato de concessão de serviço público, enseja à Administração Pública concedente a possibilidade de exigir que o ajuste seja cumprido segundo essas condições, sob pena de rescisão por inadimplemento contratual.

Todo esse ajustamento é feito em prol dos usuários, que são, em última instância, seus destinatários. Com efeito, os usuários têm direito a uma boa prestação dos serviços públicos, conforme lhes garante, em primeiro lugar, o inciso IV do art. 175 da Carta Magna e, em segundo lugar, o inciso I do art. 72 da lei em comentário. Como consequência, o concessionário de serviço público não pode recusar-se a prestar o serviço público cuja execução está a seu cargo, nem interromper a sua prestação ao usuário se este se coloca em sua área de atuação e satisfaz a todas as exigências.

Ademais, o utente não só pode exigir os serviços prestados pelo concessionário nos termos da outorga, como também pode pleitear o ressarcimento dos danos causados pela má atuação do concessionário de serviço público. A par desse mais importante direito, ao usuário a Lei federal n. 8.987/ 95 ainda prevê como direitos seus: receber da Administração Pública concedente e do concessionário informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos e obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha,

26 Veja, nesse sentido, o subitem 1.26. infra.

325

observadas as normas públicas e do próprio concessionário de serviço público (art. 72, II e III).

O usuário, de outro lado, como a compensar esses direitos, tem, nos termos do art. 72 dessa lei, as seguintes obrigações: “IV — levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento, referente ao serviço prestado: V comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço: VI — contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços”. Como referida lei não previu qualquer sanção pelo descumprimento dessas obrigações, devem elas ser entendidas como um incentivo ao pleno exercício da cidadania.

1.23. Extinção da concessão de serviço público

A concessão de serviço público é sempre ajustada por prazo certo ou, quando não, celebrado para vigorar até que atenda aos interesses públicos. Entre nós, no entanto, somente podem ser celebradas por prazo determinado, certo, conforme expressa imposição dos incisos II e III do art. 12, do inciso I do art. 18 e do inciso I do art. 23, todos da Lei federal n. 8.987/95. E, pois, evidente que durante a vigência da concessão de serviço público podem ocorrer certos fatos ou atos jurídicos que levam a extinção à concessão de serviço público. Alguns desses acontecimentos extinguem-na automaticamente, enquanto outros não, mas estes servem de motivo para sua extinção. Esses fatos e atos jurídicos são comumente chamados de causas extintivas da concessão. Várias são as causas que podem levar a concessão de serviço público à extinção: I — um fato jurídico: II — um ato jurídico:

III — um ato administrativo: IV — um ato consensual: V — um ato jurisdicional.

A Lei federal n. 8.987/95, sem qualquer sistematização e de modo incompleto, indicou no art. s. já reproduzido linhas atrás, as causas que extinguem a concessão de serviço público. Tais causas ou extinguem ou servem de motivo para a extinção da

concessão de serviço público, ou seja, para o desfazimento do contrato de direito administrativo existente entre a Administração Pública concedente e o concessionário. Essas causas não precisam estar indicadas no edital licitatório, mas o contrato de concessão de serviço público deve, dado que cláusulas essenciais, contê-las. Algumas, no entanto, podem servir de fundamento da extinção desse contrato, mesmo que nele não estejam arroladas, a exemplo da extinção por ilegalidade

326

e pelo decurso do prazo contratual. A concessionária, empresa privada instituída e dirigida por particulares, não desaparece com a extinção da concessão, embora deixe de ser, na qualidade de concessionária de serviço público, prestadora e exploradora de um dado serviço público. Vejamos essas causas.

1.23.1. Extinção por fato jurídico

Fato é qualquer acontecimento do mundo fenomênico, podendo ser jurídico e ajurídico. Fato jurídico é o que tem relevância para o Direito, como é o decurso do prazo: não sendo assim é fato ajurídico, a exemplo da luz do dia. São fatos jurídicos que levam à extinção da concessão de serviço público: 1) o decurso do prazo; 2) o desaparecimento do concessionário. Assim:

1.23.1.1. Extinção pelo decurso do prazo

A concessão de serviço público, sempre ajustada por prazo certo, extingue-se ao vencer essa dilação. É causa prevista no inciso I do art. 35 da Lei federal n. 8.987/95. O advento do termo estabelecido põe fim ao desfrute do privilégio. A extinção é automática. Não há, por conseguinte, necessidade de qualquer ato que declare extinta a concessão de serviço público, embora seja necessário um termo circunstanciado de recebimento do serviço e dos bens públicos e, quando for o caso, dos bens do concessionário, que passam para o domínio público do concedente, por ter-se operado a reversão². Os efeitos jurídicos da extinção contam-se da data em que se consumou o prazo. São efeitos *ex nunc*, e não há como se pretender sejam de outro modo, pois todas as condições foram cumpridas a contento. Assim, a partir desse momento o prosseguimento da execução e exploração do serviço concedido pelo então concessionário tomam-se irregulares, pois cabe à Administração Pública concedente assumi-las. A assunção, nesse caso, independe de qualquer previsão editalícia ou contratual, vez que expressamente determinada pelo § 2 do art. 35 da mencionada lei federal. Contudo, se a Administração Pública então concedente nada fizer no sentido da retomada do serviço público concedido, não pode o concessionário, em razão do

princípio da continuidade do serviço público, paralisar sua execução. Para tanto deve o concessionário notificar a Administração Pública concedente com o fito de obrigá-la, dentro de certo prazo razoável, a

27. Sobre a reversão de bens na concessão de serviço público. veja o subitem 1.30. infra.

327

retomar o serviço que lhe fora concedido, sob pena de sua consignação em juízo. Assumindo o serviço público cuja execução estivera até então a cargo do concessionário, toca à Administração Pública, ainda nos termos desse parágrafo, proceder aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. Por fim cabe afirmar que a assunção do serviço então concedido autoriza a Administração Pública a ocupar as instalações e utilizar todos os bens reversíveis (art. 35, § 32)

Com a extinção da concessão de serviço público retornam à Administração Pública concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, como previsto no edital e estabelecido no contrato de concessão, portanto, sob pena de nulidade, não pode o edital e o contrato deixar de regular esse particular aspecto da extinção da concessão de serviço público. Não cabe, pois, qualquer discussão quanto às consequências dessa omissão. De nenhuma valia será tal empreitada se sobre essa situação o contrato de concessão de serviço público for silente. já que os bens e as Instalações, porque perpétuo é o direito de propriedade, continuam pertencendo ao concessionário, como continuam a pertencer à Administração Pública concedente os bens por ela colocados à sua disposição e no interesse da execução do serviço público. Esse entendimento mais se reforça na medida em que o § 42 do art. 35 da Lei federal n. 8.987/95 prescreve que na hipótese de extinção em razão do advento do termo contratual, a Administração Pública concedente deverá antecipadamente proceder aos levantamentos e avaliações necessários à determinação da indenização que será devida à concessionária em razão de investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço público concedido. Salvo esta hipótese, a extinção da concessão de serviço público pelo decurso do prazo não investe o então concessionário em qualquer direito indenizatório, pois as partes realizaram plenamente seus interesses.

1.23.1.2. Extinção em razão do desaparecimento do concessionário

A concessão de serviço público extingue-se com a falência da empresa concessionária do serviço público cuja execução e exploração lhe foram trespassadas. Essa causa está prevista no inciso VI do art. 35 da Lei federal n. 8.987/95. Com a decretação da falência ocorre o desaparecimento do concessionário, e isso impede lógica e juridicamente a continuidade da concessão de serviço público, pois não há como manter-se em vigor esse contrato sem uma das partes. o concessionário. A extinção é automática. não

328

necessitando para caracterizá-la qualquer manifestação estatal. embora possa ser necessário algum comportamento da Administração Pública concedente visando a continuidade do serviço público e a defesa do seu interesse patrimonial. Os efeitos jurídicos da extinção contam-se da decretação da falência, isto é, são ex nunc. A falência é causa extintiva da concessão de serviço público que ocorre na vigência desse contrato, portanto antes de seu termo. devendo a Administração Pública concedente indenizar os investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados. Os demais bens serão arrecadados pela massa falida, salvo os pertencentes à então Administração Pública concedente. Por outro lado. a falência, quando fraudulenta. deve ser considerada como descumprimento do contrato de concessão de serviço público, na medida em que o concessionário deveria manter durante toda a duração do ajuste as condições iniciais de sua habilitação, mas não manteve e propiciou a quebra. causando. Assim, prejuízo à Administração Pública concedente. Desse modo. deve a Administração Pública então concedente. depois do devido processo administrativo. apurar o efetivo prejuízo e aplicar a competente sanção. descontando seus valores da eventual indenização a ser paga à massa falida. Se a falência não for qualificada como fraudulenta não cabe qualquer sanção ou ressarcimento de eventuais prejuízos.

A dissolução da concessionária de serviço público por deliberação de seus sócios ou acionistas também extingue a concessão de serviço público, conforme estabelece o inciso VI do art. 35 da Lei federal n. 8.987/ 95, pois não há como ser mantida essa contratação sem uma das partes. Os efeitos jurídicos da extinção contam-se do primeiro ato praticado no sentido da dissolução, a exemplo do termo de dissolução. no caso de sociedade de pessoa. e da aprovação da dissolução pela assembléia geral. no caso de sociedade de capital. São, portanto, de agora em diante ou ex nunc. E extinção automática da concessão de serviço público, não tendo a Administração Pública

concedente que praticar nesse sentido qualquer ato, mas devendo, certamente, tomar algumas medidas visando a continuidade do serviço e o resguardo de seus interesses patrimoniais. A dissolução da empresa concessionária é causa extintiva da concessão de serviço público que ocorre na vigência desse contrato, portanto antes de seu termo, devendo a Administração Pública concedente indenizar os investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados. Os demais bens terão o destino que lhes for determinado pelos sócios ou acionistas, salvo os pertencentes à então Administração Pública concedente. A dissolução há que ser encarada como descumprimento contra-

329

tual, já que o concessionário devia durante todo o prazo da concessão de serviço público manter as condições iniciais de habilitação, que desapareceram com essa medida de seus sócios ou acionistas. A partir daí têm-se as mesmas consequências da falência fraudulenta. A morte de um dos sócios, ainda que participante da diretoria da concessionária de serviço público, não leva à sua extinção, salvo se em razão dela dissolver-se a sociedade. Se esta continuar com os sócios remanescentes e sucessores do de cujus, não cabe falar em dissolução. Tratando-se de empresa individual, a morte ou a incapacidade de seu titular extingue a concessão de serviço público, conforme prevê o inciso VI do art. 35 dessa lei. É extinção automática, não sendo necessário qualquer ato da Administração Pública concedente para tanto, ainda que necessária alguma medida para manter a prestação do serviço público e para preservar seus interesses patrimoniais. Se esses atos não foram causados pelo titular da empresa individual, não cabe qualquer sanção ou apuração e exigência de eventuais prejuízos.

1.23.2. Extinção por ato do concedente

A concessão de serviço público pode ser extinta por ato da Administração Pública concedente. Esse ato pode ter por motivo: 1) o interesse público; 2) a desafetação do serviço; 3) o inadimplemento do concessionário; 4) a ilegalidade da concessão.

1.23.2.1. Interesse público

Com base no interesse público, também denominado mérito, a Administração Pública concedente pode extinguir, antes do prazo, o contrato de concessão de serviço público. O mérito diz respeito à oportunidade ou co conveniência 2' da extinção dessa espécie de contrato administrativo e a retomada do serviço público em que a execução e a exploração foram atribuídas ao particular. Assim, ante a criação de uma empresa pública municipal para executar e explorar o serviço público de transporte coletivo de

passageiros por meio de ônibus. deve a Administração Pública municipal examinar a conveniência e a oportunidade da extinção da concessão desse serviço celebrada com certo particular. Decidida a extinção, por inconveniente a sua manutenção, não pode a Administração Pública concedente deixar de praticar esse ato, pois a prestação do serviço público pelo concessionário tornou-se contrária ao interesse público. Nos termos do inciso II do art. 35

28. Sobre o mérito, veja o item VII do Capítulo III e a nota 19 de pé de página

330

da Lei federal n. 8.987/95 é a encampação. Os autores. também costumam designar a retomada do serviço público concedido por esse motivo de resgate.

Com a extinção antecipada da concessão de serviço público é notório que os investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não foram totalmente amortizados ou depreciados. devendo a Administração Pública concedente proceder à correspondente indenização, que há de ser prévia, isto é, antes da retomada do serviço público, conforme determina o art. 37 da lei. Para a legitimidade da extinção da concessão de serviço público, a Lei n. 8.987/95 exige autorização legislativa específica, ou seja, lei que só prescreva a autorização extintiva e as suas regras. Essa lei não pode tratar de outros assuntos. Ainda que dita lei não o prescreva, cabe à Administração concedente responder pelo lucro cessante e por outros prejuízos que a extinção por interesse público causou ao concessionário (RDA. 95:121 e 137:252). Os efeitos da extinção da concessão de serviço público por interesse público são ex nunc, isto é, de agora em diante. respeitando-se todos os direitos e situações já consolidados. Esses direitos e o de receber a correspondente indenização quando os investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não foram inteiramente amortizados ou depreciados. são os únicos a que faz jus o concessionário. Assim, não lhe assiste o direito de opor-se à extinção da concessão de serviço público que até aquele momento titularizara. salvo se ilegal.

A encampação. sob alguns aspectos. é ato administrativo discricionário da Administração Pública concedente. como é o momento de sua prática. sem que isso signifique praticar ou não praticar o ato de extinção. O ato de extinção da concessão de serviço público por motivo de mérito é ato administrativo. veiculado por decreto.

1.23.2.2. Desafetação

A extinção da concessão de serviço público pode encontrar na desafetação do serviço público, cuja execução e exploração foram transferidas ao concessionário, o

motivo de sua legalidade. Assim, como só por lei um dado serviço toma-se público, isto é, da responsabilidade privativa da Administração Pública, para ser oferecido aos administrados sob um regime de direito público, só por lei ele deixa de ser oferecido mediante esse regime. Nessa hipótese, configura-se, no primeiro caso, a afetação, e, no segundo, a desafetação. A afetação torna o serviço, antes da iniciativa privada, como é o serviço de carro guincho, um serviço público. Assim ocorrendo, só pela Administração Pública ou por seus concessionários e delegatários pode ser prestado aos seus usuários. A operação inversa, isto é,

331

a desafetação, retira o serviço público desse regime de execução. A partir da desafetação o serviço passa a ser próprio dos particulares e a ser executado e explorado como são os demais serviços caracterizados como da iniciativa privada. Os efeitos da desafetação contam-se da data da lei que a determinar e para o futuro. São efeitos, portanto, *ex nunc*.

Simultaneamente com a desafetação ocorre a extinção antecipada da concessão de serviço público, sendo evidente que os investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não totalmente amortizados ou depreciados, não de ser indenizados pela Administração Pública concedente. Diferentemente da razão de interesse público, como causa de extinção da concessão de serviço público, a indenização não precisa ser prévia, tampouco há necessidade de lei autorizadora, ainda que para a desafetação se exija lei. Se com a desafetação outros prejuízos forem causados ao então concessionário, cabe à Administração Pública o dever de indenizá-lo plenamente.

1.23.2.3. Inadimplemento

O inadimplemento de obrigações a cargo do concessionário pode ser causa propiciadora da extinção da concessão de serviço público antes do termo final, previsto contratualmente. Cabe à Administração Pública concedente, de forma discricionária, considerar se o inadimplemento é ou não causa suficiente a levar a extinção à concessão de serviço público. Se for, impõem-se-lhe a extinção. É a caducidade, consoante genericamente previsto no inciso III do art. 35 da Lei federal n. 8.987/95. Não cabendo a extinção, aplica-se ao concessionário de serviço público a devida sanção, conforme disciplinado no art. 38 dessa lei. O inadimplemento, ainda nos termos desse artigo, pode ser total ou parcial, mas suas conseqüências são as mesmas. Ocorre o inadimplemento quando o concessionário descumpre as condições e termos especificados no edital licitatório, no contrato de concessão de serviço público ou na lei. O descumprimento

pode consubstanciar um ato ou fato. comissivo ou omissivo. doloso ou culposos. atribuído ao concessionário e violador de suas obrigações. O ato de caducidade é ato administrativo punitivo. veiculado por decreto editado pela Administração Pública concedente, nos termos do § 42 do art. 38 dessa lei.

Nos termos do § 12 do art. 38 da Lei federal n. 8.987/95. a caducidade poderá ser decretada quando: “1 — o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente. tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço:

II — a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão: III — a concessionária paralisar o servi-

332

ço ou concorrer para tanto. ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior: IV — a concessionária perder as condições econômicas. técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido: V — a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos: VI — a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço: e VII — a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos. inclusive contribuições sociais”. Atente-se que nesse rol não foi prevista, em termos expressos. a decretação da falência como inadimplemento. Ainda que seja Assim, enquadramos a falência como inadimplemento contratual, na medida que é dever da concessionária manter. durante toda a vigência da concessão de serviço público. as mesmas. ou melhores. condições de habilitação. Decretada a falência. resta evidenciado que a concessionária de serviço público deixou de cumprir essa obrigação, perdendo irremediavelmente suas condições econômicas e ensejando, portanto, a extinção da concessão de serviço público, conforme indicado no inciso IV do rol acima. Embora não considerada nesse elenco. a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência da Administração Pública concedente é razão suficiente para a decretação da caducidade, estatui o art. 27 dessa lei.

A legalidade da decretação da caducidade depende de prévio processo administrativo em que restou devidamente comprovada a inadimplência do concessionário de serviço público e se lhe assegurou amplo direito de defesa. prescreve o § 2 do art. 38 desse diploma legal. Tal processo. observe-se. somente pode ser instaurado depois que o concessionário de serviço público tenha sido informado.

detalhadamente. do descumprimento de suas obrigações e se lhe tenha dado um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e enquadrar-se novamente nos termos e condições da concessão de serviço público, ex vi do disposto no § 32, também desse artigo. Vê-se. Assim, que a extinção, no caso. não é automática: exige um pronunciamento solene da Administração Pública concedente, como está indicado no § 42 do art. 38 da Lei federal n. 8.987/95. se a causa estiver explicitada na lei. no regulamento ou no ato de outorga. Se a causa não estiver mencionada em qualquer desses atos. a cassação deve ser requerida ao Judiciário. A entidade competente para decretar a cassação é a titular dos serviços públicos, conforme prescreve dito parágrafo. Esse procedimento e essas exigências somente são necessários para a decretação da caducidade, isto é, da extinção da concessão de serviço público. Mais simples é a aplicação de outras sanções contratuais, que apenas exigem procedimento administrativo em que seja assegurado ao concessionário do serviço público amplo direito de defesa.

333

O ato de caducidade não enseja ao concessionário de serviço público qualquer pedido de indenização ou a satisfação do lucro que viria a auferir durante o restante do tempo. A Administração Pública concedente nenhuma culpa teve pela inadimplência, por isso nada tem a indenizar. É o que prescreve o § 49 do art. 38 da Lei federal n. 8.987/95. ao enunciar que a decretação da caducidade ocorrerá independentemente de indenização. De outro lado. o então concessionário de serviço público, se com sua atitude causou prejuízos à Administração Pública concedente. deve satisfazê-los, indenizando-a plenamente. A indenização, como regra. deve ser deduzida e requerida em juízo. Como a caducidade só pode ocorrer durante o transcurso da concessão de serviço público, resta evidente que se os investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não foram totalmente amortizados ou depreciados, devem os valores correspondentes ser apurados e indenizados. Esses valores, devidamente apurados. serão pagos após a decretação. deduzidos o montante das multas regularmente aplicadas e os prejuízos efetivamente avaliados, conforme disciplinado pelo § 49 do art. 38 da Lei federal n. 8.987/95. Os demais bens continuam de propriedade das partes antes envolvidas na concessão de serviço público. cabendo a cada uma, em relação a tais bens, proceder conforme o respectivo interesse. Nenhuma outra responsabilidade decorrente da caducidade assume a Administração Pública então concedente, Com efeito, estabelece o § 6 desse artigo que. “declarada a caducidade, não resultará para o

poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária”.

A caducidade distingue-se da ilegalidade. Aquela é superveniente, enquanto esta é concomitante (nasce com o contrato de concessão) ou anterior ao contrato de concessão (encontra-se no processo de licitação). Assim, não há como confundir o ato de caducidade com o de invalidação. A caducidade tampouco se confunde com a revogação, embora ambos os fundamentos sejam supervenientes. Naquela, o fundamento é o descumprimento de obrigações a cargo do concessionário: nesta, as razões são de mérito. Ademais, a caducidade é pena ou sanção, enquanto a revogação jamais tem essa natureza.

1.23.2.4. Ilegalidade

O contrato de concessão de serviço público, embora prestigiado pelo princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, pode ter sido celebrado com vícios que o maculam irremediavelmente, podendo ser declarados a qualquer tempo, desde que não prescrito esse direito. Nesses

334

casos, há uma ilegalidade que serve de motivo ao ato de extinção. O ato da Administração Pública concedente que extingue a concessão de serviço público em razão de uma ilegalidade é administrativo, comumente chamado de ato de anulação, tal qual o faz o inciso V do art. 35 da Lei federal n. 8.987/95. A decretação tanto pode ocorrer na esfera administrativa como na judicial. No primeiro caso, o ato é de invalidação; no segundo, é de anulação. A extinção por ilegalidade, é incontroverso, não é automática, exigindo, portanto, um solene pronunciamento da Administração Pública concedente ou do Judiciário. Os efeitos do ato de extinção, seja administrativo, seja jurisdicional, são ex tunc, isto é, retroagem à data da concessão do serviço público ou mesmo antes, quando o vício está na licitação ou no ato de dispensa desse procedimento e contratação direta. Sendo assim, só pode ocorrer, em tese, durante a vigência da concessão de serviço público, pois o que se deseja com esse pronunciamento é a sua extinção. Depois de extinta, por exemplo, pelo decurso do prazo, essa preocupação desaparece, embora ainda se possa buscar sua extinção com a intenção de apurar a responsabilidade de quem tenha dado causa à ilegalidade. Se a extinção por ilegalidade somente pode ocorrer na vigência da concessão, é certo que os investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não foram totalmente amortizados ou depreciados. Nesta

hipótese. cabe à Administração Pública concedente apurar o quanto devido a esse título e indenizar o então concessionário antes da extinção da concessão de serviço público, se esse nada fez para que a ilegalidade se instalasse num ou noutro dos mencionados atos. A indenização será posterior se o concessionário de serviço público contribuiu de algum modo para a ocorrência da ilegalidade. Na primeira hipótese poderá ser-lhe devida uma indenização com fundamento no § 6 do art. 37 da Constituição Federal. Na segunda, nenhuma indenização é-lhe devida. cabendo-lhe, ademais, satisfazer os prejuízos eventualmente causados à Administração Pública concedente. Esta, em assim acontecendo, poderá aplicar a correspondente pena pecuniária. Esses valores serão deduzidos do montante a ser pago em razão dos investimentos vinculados a bens reversíveis não integralmente amortizados ou depreciados. Os demais bens continuam na propriedade das partes então envolvidas na concessão de serviço público, que a eles darão o destino de seus respectivos interesses.

1.24. Extinção por ato conjunto das partes envolvidas na concessão de serviço público

Por já não interessar às partes, estas podem, por ato conjunto, extinguir a concessão de serviço público. E o acordo levado a efeito entre a

335

Administração Pública concedente e o concessionário para pôr fim à concessão de serviço público antes do seu termo final. Nessa hipótese, os interesses das partes envolvidas serão resolvidos por consenso. É a extinção da concessão de serviço público, denominada pela Lei federal n. 8.987/95 rescisão. Para o acordo, cremos, há necessidade de lei autorizadora, que, além da autorização, deverá estabelecer os limites para a realização do ajuste. É lei de iniciativa do Executivo.

1.25. Extinção por sentença

A parte que julgar violado seu direito pode pleitear em juízo a extinção da concessão de serviço público. Nessa sede, mediante a utilização da adequada medida judicial, a parte inconformada expõe os fatos, indica o direito ofendido e promove o pedido de extinção da relação jurídica existente e a competente indenização que entende seja-lhe cabível. Com ou sem a resposta da outra parte, observados os demais trâmites processuais, chega-se ao fim dessa medida com a prolação da sentença que extingue a relação existente e recompõe os interesses das partes. Tal recomposição deve-se ater à indenização do concessionário de serviço público no que respeita aos investimentos relacionados aos bens reversíveis, quando não totalmente amortizados ou depreciados, e

à reversão dos bens e equipamentos para a Administração Pública concedente. Os demais bens continuarão de propriedade das partes envolvidas na concessão de serviço público, que a eles darão o destino que mais convier aos seus respectivos interesses. Mas não é tudo, pois o concessionário ainda fará jus a uma indenização se não deu causa à extinção.

Essa causa não foi arrolada entre as que podem levar a extinção à concessão de serviço público, mas é evidente que nenhum óbice se põe se for utilizada pela Administração Pública concedente, porque todos podem submeter à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 52, XXXV. da CF). O concessionário de serviço público, no entanto, foi, nesse particular, contemplado por regra específica. De fato, estabelece o art. 39 que o “contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”. Observe-se que tal disposição não conferiu ao concessionário de serviço público qualquer competência para extinguir a concessão de serviço público, apenas lhe autorizou a instauração do processo judicial com essa precípua finalidade. Nesse caso, embora considere-

336

mos um absurdo, o concessionário não poderá interromper a execução do contrato de concessão de serviço público até a decisão judicial transitada em julgado. Cremos que seria mais razoável e justo tivesse essa lei facultado ao concessionário pleitear, no juízo competente, que a Administração Pública, depois de ouvida, fosse compelida a assumir o serviço trespassado e liberado desse encargo o concessionário, sob pena de muitas vezes continuar prestando o serviço sem nada receber, especialmente quando esse foi o motivo de sua ida ao Judiciário.

1.26. Quadro sinótico das causas da extinção da outorga

assim:

Num quadro sinótico, as causas que levam à extinção da outorga ficam

1.27. Reversão dos bens vinculados à concessão de serviço público

A reversão é instituto tradicionalmente afeto à concessão de serviço público. Hoje, no entanto, fala-se em reversão de bens vinculados à permissão de serviço público, visto que permissão e concessão de serviço público estão legislativamente equiparadas, conforme se infere do art. 40 e seu parágrafo único da Lei federal n. 8.987/95. Cuidaremos, no entanto, de estudar a reversão tendo presente a concessão de

serviço público. Assim, finda esta, a execução e exploração do serviço que fora seu objeto retornam à

1 — Por fato

I- Extinção II — Por ato do concedente

III — Por ato conjunto IV — Por ato judicial

1. Decurso do prazo

2. Desaparecimento do outorgado

1. Interesse público

2. Desafetação

3. Inadimplemento

4. Ilegalidade

1. Acordo

1. Sentença

337

Administração Pública detentora de sua titularidade e com ela, como é natural, envolvem os bens e equipamentos públicos entregues pela Administração Pública concedente ao concessionário. É o que ocorre, por exemplo, com a execução e exploração do serviço de travessia de um rio por meio de balsa. Essas atividades retornam ao Estado-Membro ou à União, conforme seja o rio público estadual ou federal, por ocasião da extinção da concessão de serviço público, tanto quanto retorna o barco de propriedade pública utilizado nos serviços de apoio ao de travessia e na manutenção dos equipamentos aplicados na prestação desse serviço.

Com essa operação de retorno da execução do serviço e dos bens públicos aplicados na sua execução, a Administração Pública concedente nada adquire, nem lhe cabe promover qualquer pagamento, já que um e outros eram seus. O retorno da prestação do serviço, bens e equipamentos públicos, nessas condições, é mera consequência da extinção da concessão de serviço público, independentemente do motivo que a ensejou. Qualquer que seja a razão da extinção, esse retorno é sempre sem ônus para o concedente. Ademais, nada é exigido para formalizá-lo, salvo eventual procedimento para sua efetivação. Assim, ocorrida a extinção, cabe ao então concessionário promover todas as medidas para que a Administração Pública concedente, sem qualquer ônus e procrastinação, reassuma a execução do serviço e o uso dos bens e equipamentos aplicados na sua prestação. Tecnicamente, não cabe falar em retorno do serviço e dos bens públicos à Administração Pública concedente, pois

aquele nunca fora transferido, apenas a sua execução o fora. e estes somente tiveram seu uso trespassado. Ainda, por ocasião da extinção, ingressam no domínio da Administração Pública titular do serviço público. cuja execução fora transferida, todos os bens do então concessionário, adquiridos antes ou durante a execução da concessão de serviço público, se vinculados à prestação do serviço. No exemplo formulado. a balsa. ancoradouros. instalações. equipamentos e outros bens de propriedade do então concessionário. ligados à prestação, passam ao patrimônio do Estado-Membro ou da União, conforme seja o domínio do rio estadual ou federal em face da continuidade do serviço público. O serviço de travessia não poderia ser prestado. sem interrupção. se esses bens não passassem. na extinção da concessão. à então Administração Pública concedente. Ao retorno dos bens e equipamentos públicos à Administração Pública concedente e à integração dos bens do concessionário vinculados à execução dos serviços públicos ao patrimônio dessa entidade chama-se reversão.

Atente-se que somente passam para a Administração Pública titular do serviço público, os bens do ex-concessionário se efetivamente vincu lado

338

à prestação do serviço (RDP. 15:227. e RDA. 45:218): os demais continuam em seu domínio. A discussão para saber quais os bens reversíveis não oferece preocupação futura a ninguém, pois a Lei federal n. 8.987/ 95 exige que o edital licitatório (art. 18. X) e o contrato de concessão de serviço público (art. 23. X) contenham disposições sobre os bens reversíveis. Nas concessões anteriores a essa lei. a discussão ainda será possível. Não há nessa operação. observe-se, reversão. Esses bens nunca pertenceram ao então concedente: logo, tecnicamente, a ele não poderiam retornar. reverter. Todavia, os autores têm conceituado a reversão como a transferência dominial dos bens, vinculados à prestação do serviço, do então concessionário para a ex-Administração Pública concedente por ocasião da extinção da concessão. Trata-se. mais propriamente, de aquisição da propriedade pelo Poder Público. É a idéia que prevalece, portanto, tem razão Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo. cit., p. 244). ao asseverar que. “na realidade. o que reverte é o serviço, no sentido de que este é que retorna ao Poder Concedente. que tinha através da concessão delegado sua execução. Por uma figura de linguagem. o termo reversão passou a designar o fenômeno da perda dos bens pelo concessionário e de sua aquisição pelo Poder Concedente. Assim sendo. a reversão é uma forma de aquisição da propriedade de bens, pelo Poder Público, aquisição de bens

essa de natureza originária”. Os demais bens continuam pertencendo ao concessionário, que a eles dará a finalidade que melhor expresse seu interesse.

A reversão dos bens do então concessionário, porque aplicados à prestação do serviço cuja execução lhe fora transferida, por ocasião da extinção da concessão, será com ou sem ônus para a então Administração Pública concedente. Assim, se ao findar-se a concessão de serviço público, o concessionário, mediante a cobrança de tarifas durante toda a duração desse contrato, obteve o retorno de seu investimento e o lucro do empreendimento, a reversão desses bens será sem ônus para a Administração Pública concedente²⁹. Observe-se que isso só ocorrerá se as variáveis tarifa e prazo forem adequadas à promoção, por completo, da amortização dos bens revertidos. Se assim não for, a reversão ocorrerá mediante a satisfação, pela então Administração Pública concedente, de uma importância que complete o valor não amortizado. Nesses casos a

rever 29 Confira, nesse sentido, do TRF da 1 Região, o acórdão proferido na AC

89.01.20768-8-MG (DJU, 30 abr. 1992).

339

são será onerosa. Também assim será se o contrato, apesar de fixar tarifa e prazo adequados, for extinto antes de seu termo final. Se o edital e o contrato de Concessão de serviço público forem omissos quanto a esses aspectos da reversão, deve-se aplicar a regra enunciada pelo art. 36 da Lei federal n. 8.987/95. O que não se pode imaginar é a sua simples transferência patrimonial para a Administração Pública concedente, ante o princípio da perpetuidade da propriedade.

A indenização, quando a reversão é onerosa, é calculada, nos termos do contrato, pelo custo histórico (custo da aquisição), pelo custo de reprodução (preço atual do bem) ou pelo custo histórico atualizado (custo de aquisição corrigido), e o seu pagamento deverá ser prévio nos casos de encampação ou resgate, conforme determinação constante do art. 37 dessa lei. Nas demais hipóteses de extinção esse pagamento será posterior à reversão, O pagamento da indenização será sempre de uma só vez, salvo acordo. Apura-se, nesse momento, o quanto da indenização e procede-se ao pagamento correspondente de uma só vez. Durante a vigência da concessão de serviço público, os bens, ressalvados os recebidos da Administração Pública concedente, ainda que aplicados na execução do serviço, são do concessionário, embora esse entendimento não seja uniforme. Sobre esses bens, a Administração Pública concedente tem apenas expectativa de direito de propriedade. Não se trata, pois, de propriedade resolúvel (a que tem condição preestabelecida para sua transferência dominial a terceiro), já que o bem

pode ser desvinculado da execução do serviço, e a transferência de propriedade pode não acontecer ao fim da outorga.

Embora bens do concessionário, sua desvinculação da execução do serviço público depende da prévia e expressa concordância da Administração Pública concedente. que deve reconhecer o acerto dessa medida, conforme ensina Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo. cit., p. 245). ao assegurar que “a desvinculação de bens no curso da concessão exige a aquiescência do Poder Concedente, que tem de reconhecer a desnecessidade da manutenção da afetação. como no caso de uma usina elétrica que deixa de ser operada. substituída que foi por outra mais moderna”. Não fosse assim, seria muito fácil ao concessionário burlar a reversão.

30. Esses bens recebem, no entanto, uma proteção especial. não podendo. por isso. ser alienados, penhorados ou dados em garantia, pois vinculados à execução de certo serviço público. mas daí não se pode concluir que são bens públicos pertencentes à Administração Pública concedente.

340

2. Permissão

Parte dos autores nacionais. ao discorrer sobre a permissão de serviço público, fazem-no de forma abstrata e divorciada do nosso Direito Positivo. Por essa razão e por acolherem ensinamentos alienígenas, têm peremptoriamente afirmado que a permissão para a execução de um serviço público consubstancia-se em um ato administrativo precário. Para esses autores tal atributo é da natureza da permissão. De há muito objetamos a precariedade como da essência da permissão. Com efeito, só tem sentido. lógico e jurídico, falar-se em precariedade ou não de um dado instituto, como é a permissão de serviço público, à vista de certo sistema legal, pois fora do Direito Positivo nem instituto jurídico se tem. Afirmar que a permissão de serviço público é precária porque essa qualidade é da índole do próprio ato não nos parece válido, sobretudo em nosso ordenamento jurídico. O ato. seja da espécie que for. tem sua configuração ou o regime legal que lhe é tracejado pelo Direito Positivo, independentemente de qualquer construção doutrinária ou orientação fundada em outros sistemas normativos ou. ainda, do nome que se lhe atribua. O nosso ordenamento jurídico sempre deu à permissão de serviço público outra dimensão. que não a indicada por essa doutrina.

Essa realidade hoje mais se confirma. na medida em que a Constituição Federal. ao tratar da prestação dos serviços públicos mediante concessão ou permissão. impõe à

lei dispor sobre o caráter especial de seu contrato³. Se a lei deverá dispor sobre o contrato pelo qual o concessionário e o permissionário vincular-se-ão ao Poder Público para a prestação dos serviços públicos que lhes foram trespassados. é certo afirmar que a permissão de serviço público não é mais precária que a concessão de serviço público, pois ambas são formalizadas por contrato. instrumento que dá estabilidade jurídica ao negócio contratado. Ademais. a Lei federal n. 8.987/95. que regulamentou essa matéria. exige que a permissão seja regida por essa lei e pelas cláusulas de seus indispensáveis contratos³². e seu art. 5 prescreve-lhe um prazo obrigatório. E indubitoso que ao ser caracterizada como contrato que somente pode ser celebrado mediante prazo certo, a permissão de serviço público teve sua confirmação como instituto que não mais se identifica pela precariedade. Se não bastassem tais razões para espancar qualquer dúvida, diga-se que a mesma lei. no art. 40, prescreve que “a permissão será formalizada mediante contrato de adesão.

31. Confira o art. 175. parágrafo único. 1

32. Confira. dessa lei. o art. 1.

341

que observará os termos desta Lei”, e, ainda que redundante, o parágrafo único desse dispositivo estabelece: “Aplica-se às permissões o disposto nesta lei”. E certo que esse regime é só da permissão de serviço público. continuando a permissão de uso de bens públicos com seu figurino tradicional de ato administrativo precário.

3. Autorização

É o ato administrativo discricionário ou vinculado através do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material, como a de portar arma e a de derivar água de rio público. Muitas vezes é utilizada com o sentido e o regime da permissão de uso de bens públicos, conforme consignam, entre outras, as Leis Orgânicas municipais de Petrópolis — RJ (art. 125, § 42), de Campinas — SP (art. 127) e de São Paulo — Capital (art. 114).

A Constituição da República, no inciso XII do art. 21, utiliza essa expressão com o sentido de investir alguém na qualidade de prestador de serviço público, na medida em que prescreve caber à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços que enumera, sem contudo precisar seu regime jurídico. A Lei federal das Concessões e Permissões não previu esse instrumento de transferência de serviço público a terceiro.

A vista dessas considerações cremos ser possível assegurar que a autorização de serviço público é o ato administrativo discricionário e precário mediante o qual a Administração Pública competente investe, por prazo indeterminado, alguém, que para isso tenha demonstrado interesse, na execução e exploração de certo serviço público. A autorização de serviço público é formalizada por ato administrativo, veiculado por portaria ou decreto, precedido de licitação³³.

4. Delegação

A prestação dos serviços públicos era, até há pouco tempo, realizada pela Administração Pública, por suas autarquias e por pessoas de direito privado investidas na qualidade de permissionárias ou concessionárias.

342

Estas últimas estranhas, pois, ao organismo estatal. Com o passar do tempo, esse tradicional sistema de prestação de serviço público aos administrados sofreu importantes alterações, em razão dos mais diversos motivos. O serviço público passou a ser prestado por pessoas, ainda que de direito privado, não totalmente estranhas à Administração Pública, dado que, além da respectiva criação, o Estado assegura-lhes recursos públicos. As autarquias e as pessoas privadas (concessionárias e permissionárias) cedem seus espaços às novas entidades criadas pela Administração Pública, que lhes impõe, nos moldes das pessoas particulares, um desempenho mais desenvolvido, expedito e eficiente na execução dos serviços públicos. A isso, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação, cit., p. 88), em lições que vimos seguindo, o Estado a tanto foi compelido com o fito de ganhar mais eficiência ou, em certos casos, pela natureza peculiar da atividade que não se compatibilizava com outro meio de ação.

São tais criações do Estado as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, genericamente chamadas de pessoas governamentais. São pessoas privadas, criadas pelo Estado, com recursos essencialmente públicos, para a execução e exploração de serviços públicos. Tais entidades, quando prestadoras de serviços públicos, são delegatárias, mesmo que para isso não haja uma outorga específica. Com efeito, se criadas para a prestação de determinado serviço público, a exemplo do serviço postal e telegráfico, é natural que a essa execução sejam levadas independentemente de qualquer outorga particular. Quando são assim criadas, vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade, consoante estabelece o § 12 do art. 42 do Decreto-Lei federal n. 200/67. Se forem criadas para esse fim, a exigência de outorga individualizada seria redundante. Tais entidades

integram, por conseguinte, a chamada Administração indireta, mas ilãO a integram se destinadas a intervir na atividade econômica. Atente-se que a fundação privada. nos termos desse decreto-lei, não participa da Administração indireta, e isso toma nossa sistematização descoincidente, nesse particular, com a instituída por esse diploma legal, pois, para nós, integra. As fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista mereceram estudos autônomos. Nos tópicos seguintes analisaremos cada uma, oferecendo o correspondente regime jurídico ou suas notas marcantes.

4.1. Fundação pública

33. Para conhecer melhor o instituto da autorização, veja de José Cretelia Júnior o estudo Definição da autorização administrativa. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. v. 8. julho de 1976, p. 7.

Muito embora a fundação pública tenha o mesmo regime jurídico das autarquias, bastando para compreendê-la que isso fosse mencionado, entendemos, por medida didática, conveniente tratá-la com algum detalhe nesta oportu-

343

tumidade. A par disso. mostraremos as principais diferenças entre essa entidade e a fundação privada, também instituída pela Administração Pública.

4.1.1. Conceito

O conceito de fundação. gênero do qual a fundação privada e afundação pública são espécies. é encontrado na doutrina. Segundo esta. é um patrimônio personalizado, afetado a um fim. O patrimônio. substrato econômico da fundação. é o complexo de relações jurídicas pertencentes a determinado sujeito. Personalizado, porque sobre ele incidem normas jurídicas. tomando-o sujeito de direito e obrigações. Afetado a um fim significa destinado ou consagrado a perseguir um objetivo, quase sempre de natureza educacional. cultural ou científica de interesse público. Não pode haver fundação. ainda que instituída sob o figurino do Direito Privado, que legalmente possa buscar uma finalidade de interesse privado, quando instituída pela Administração Pública. Diante de tal súmula, pode-se conceituar a fundação pública como sendo o patrimônio público personalizado segundo regras de Direito Público, destinado à persecução de finalidades de interesse da coletividade. Já a fundação privada criada pela Administração Pública pode ser assim definida: é o patrimônio público personalizado segundo as regras de Direito Privado, destinado à persecução de finalidades de interesse da coletividade. Destarte, o que as distingue é o regime jurídico que se lhes atribui.

4.1.2. Natureza

É inegável que as fundações nasceram sob inspiração do Direito Privado e que essa circunstância tem sido a principal causa da dissensão entre os estudiosos, no que respeita à existência de fundações de Direito Público. Para uns (Hely Lopes Meirelles, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho), só pode haver fundação de Direito Privado, isto é, a criada e instituída segundo as regras do Código Civil (arts. 62 a 69). Para esses autores o Estado não pode criar fundações de Direito Público. Para outros (José Cretelia Júnior, Miguel Reale, Geraldo Ataliba, Maria Sylvia Zanelia Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello), as fundações tanto podem ser de Direito Privado como de Direito Público. A Administração Pública, portanto, pode criar e instituir, de acordo com esse entendimento, tanto uma como outra. Cremos que a razão está com os últimos. Com efeito, o Estado pode criar pessoas de Direito Público, bem como pessoas de Direito Privado para oferecerem aos administrados os serviços que entender sejam-lhes úteis. E a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação, cit., p. 147), ao dizer que da vontade do Estado podem nascer entidades públicas e privadas. Qualquer que seja essa natureza, a fundação criada será uma entidade com autonomia

344

administrativa e financeira, vinculada ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade, consoante estabelece o § 1º do art. 4º do Decreto-Lei federal n. 200/67.

Daí as duas espécies de fundações instituídas pela Administração Pública: fundação pública, também chamada de fundação de Direito Público, e fundação privada, também denominada fundação de Direito Privado. Na primeira hipótese tem-se uma pessoa jurídica de Direito Público, enquanto na segunda tem-se uma pessoa jurídica de Direito Privado. Pública é a fundação que responde a um regime de Direito Público; privada é a fundação que atende a um regime de Direito Privado. O regime de Direito Público é estatuído na lei que cria a fundação, enquanto o regime de Direito Privado é prescrito na lei que autoriza a sua criação.

Esse regime é marcado, em relação à fundação privada, pelas seguintes notas: “a) origem na vontade dos particulares; b) fins geralmente lucrativos; c) finalidade geralmente de interesse particular; d) liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir os próprios fins; e) liberdade de se extinguir; f) sujeição a controle negativo do Estado ou a simples fiscalização; g) ausência de prerrogativas autoritárias”. No que concerne à fundação pública, é caracterizado pelos seguintes traços: “a) origem na vontade do Poder Público; b) fins não lucrativos; c) finalidade de interesse coletivo;

d) ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos; e) impossibilidade de se extinguir pela vontade própria; f) sujeição e controle positivo do Estado (tutela e vigilância); g) geralmente, disposição de prerrogativas autoritárias”, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (RDP. 1:115).

Não bastasse isso, diga-se que o nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de a Administração Pública ter em sua estrutura organizacional fundações de Direito Público, consoante prevê o art. 42 do Decreto-Lei federal n. 200/67. Essa espécie de entidade foi prevista pela Lei federal n. 5.540/68 para as universidades e estabelecimentos de ensino superior. Além disso, o Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, no art. 19, menciona a locução “fundações públicas”. A EC n. 19 alterou a redação do inciso XIX do art. 37 e a do art. 39. Esses dispositivos não mais mencionam a expressão “fundação pública”, o que não significa que a Administração Pública não possa mais criar essa espécie de fundação. É verdade que nesses casos são verdadeiras autarquias, consoante vêm decidindo nossos pretórios, e disso é exemplo o STF, que, ao julgar o Conflito de Jurisdição n. 6.728-3, considerou a Fundação Centro de Formação do Servidor Público — FUNCER fundação federal, como de natureza autárquica. Por esse motivo são chamadas de fundações autárquicas e submetidas ao regime jurídico das autarquias. São dessa natureza a Fundação da Casa Popular

345

a Fundação Brasil Central e a Fundação Nacional do Índio, no âmbito da União: a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo e a Fundação Padre Anchieta Rádio e TV Educativas, no campo do Estado de São Paulo. De tudo o que se afirmou, resta evidente que a fundação pública é uma pessoa jurídica de Direito Público. Essa a sua natureza jurídica.

Por fim, diga-se que essa discussão não se põe em relação às pessoas governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública), pois essas só podem criar fundações segundo as regras do Código Civil.

4.1.3. Fins

As fundações instituídas pela Administração Pública destinam-se essencialmente à realização de atividades não lucrativas e de interesse público, a exemplo da educação, da cultura e da pesquisa. É o que estabelece o art. 2.º, c, do Decreto-Lei federal n. 900/69, que alterou o Decreto-Lei, também federal, n. 200/67. Essa orientação, hoje expressa, era inferida do art. 21 da Lei federal n. 4.204/61, que fixou as Diretrizes e Bases da

Educação Nacional. e do art. 4º da Lei, também federal, n. 5.540/68, que organizou o funcionamento do ensino superior. Assim, qualquer que seja a natureza. pública ou privada, da fundação instituída pela Administração Pública, sua finalidade há de ser. sempre. de interesse público.

4.1.4. Criação, instituição, funcionamento e extinção

A criação da fundação pública não observa o mesmo procedimento exigido para a instituição da autarquia. embora também seja uma pessoa jurídica de Direito Público. Com efeito, em relação à autarquia sua criação se dá por lei, já em relação à fundação pública sua criação se dá mediante lei autorizadora. Vale dizer: com a publicação da lei, a autarquia está criada, mas a criação da fundação pública com a publicação da lei está apenas autorizada (art. 37. XIX. da CF). Destarte, com a lei autorizadora publicada. o Executivo promoverá, nos termos da legislação privada, a lavratura da escritura pública de instituição e o competente registro no cartório de títulos e documentos, igualando-se nesse particular à criação da fundação de Direito Privado. Tal modo de criação, instituído pela EC/19. não impede que a Administração Pública continue criando fundação de Direito Público, dado que outros dispositivos constitucionais são levados em conta para fundamentar sua instituição. Essa exigência é pouca para que se possa extrair tal conclusão, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello. Qualquer modificação que deva ocorrer na estrutura da Fundação Pública, nas suas finalidades, nos seus direi-

346

tos e obrigações, bem como a sua transformação em outra entidade. exige prévia lei autorizadora.

Depois de criadas, são instituídas mediante a adoção de medidas administrativas que levam à expedição do estatuto e à afetação dos recursos. por exemplo. Criadas e instituídas, deve-se regularizá-las para fins de funcionamento nos órgãos e entidades competentes federais, estaduais, distritais e municipais, conforme o caso e se ditos registros forem necessários ao seu funcionamento, tais como: inscrição municipal, inscrição estadual, INSS e Receita Federal.

A extinção da fundação pública há de ser previamente autorizada por lei. Observa-se aqui o paralelismo de forma e hierarquia dos atos jurídicos. O que foi entronizado no meio jurídico mediante autorização de lei ou ato equivalente, dele somente pode ser retirado, no mínimo, por autorização consignada em ato de igual natureza e hierarquia. Obtida essa lei autorizadora. à Administração Pública competente cabe, como que

fazendo o caminho de volta, promover o cancelamento dos registros feitos para fins de funcionamento, nas diversas entidades e órgãos públicos, e dispor sobre as demais determinações legais e estatutárias, especialmente no que respeita ao patrimônio, que poderá ser destinado a outra fundação pública ou retornar para a Administração Pública sua criadora.

A criação da fundação de Direito Privado obedece às disposições do Código Civil (arts. 62 a 69) se a Administração Pública estiver fundada em lei que lhes dê tal prerrogativa, isto é, esteja autorizada a criar dita pessoa. A criação de fundações privadas, se livre para os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, não o é para a União. De fato, na esfera federal, a criação de fundações há de atender ao que prescreve o art. 2 do Decreto-Lei federal n. 900/69. De posse da lei autorizadora, são praticados os atos instituidores da entidade: escritura pública de instituição e registro no órgão competente. Só assim a fundação privada adquire existência e personalidade jurídica. Esta, obviamente, de direito privado. Após, serão promovidos os demais registros para fins de funcionamento, a exemplo das inscrições municipal e estadual, do INSS e da Receita Federal. A extinção dessa entidade exige lei autorizadora e obediência ao que foi previsto no estatuto e ao que está disciplinado na lei civil, especialmente em relação ao patrimônio.

4.1.5. Patrimônio

O patrimônio inicial da fundação pública, ou privada, é formado com a transferência de bens de qualquer espécie da Administração Pública que a

347

deseja como auxiliar no desempenho de atividades de sua competência. A transferência há de observar o que dispuser a legislação específica para cada espécie de bem, salvo se se tratar de fundação pública federal, cuja lei instituidora é auto-suficiente para determinar o trespasse dominial por qualquer modo, pois se assim for estará, nesse particular, alterando a legislação vigente: daí a sua auto-suficiência. Destarte, a transferência, para ser válida, quando se tratar, por exemplo, de bem imóvel, há de decorrer de contrato, veiculado por instrumento público ressalvadas as exceções, e registro em nome da fundação. Por cuidar-se de fundação pública, todos os bens que integram seu patrimônio são públicos, independentemente dos seus objetivos. Tal patrimônio, em tese, é inalienável, impenhorável e imprescritível, dado que pertencente a uma fundação pública. Pode, no entanto, ser utilizado, onerado e alienado, nos termos do estatuto ou da lei, desde que para alcançar os objetivos ou as finalidades a que se

propõe dita entidade. A alienação depende de prévia autorização legislativa, conforme determina o art. 17 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, e de licitação, salvo as exceções legais.

Diferentemente ocorre com o patrimônio da fundação privada. Com efeito, ainda que constituído com a transferência de bens de qualquer espécie da Administração Pública, que deseja constituí-la como ente auxiliar no desempenho de atividades de sua responsabilidade, os bens integrantes desse patrimônio são particulares ou privados. E patrimônio, em princípio, alienável, penhorável e onerável. observado o disposto nos atos constitutivos, visto reger-se essa entidade pelas normas da lei civil (arts. 24 a 30 do CC). Para a prática desses atos está liberada de autorização legislativa, embora não esteja dispensada de eventual e prévia autorização do Conselho de Curadores ou de outro órgão, conforme dispuserem seus atos constitutivos. A licitação é indispensável para as alienações, ressalvadas as hipóteses legais. consoante a lei a que está submetida a fundação. Ademais. os bens podem ser penhorados. devendo a execução observar as regras do Direito Comum. salvo se sua credora for a Fazenda Pública. Neste caso. observará a Lei da Execução Fiscal (Lei federal n. 6.830/80). Se for prestadora de serviço público. os bens vinculados a essa finalidade são públicos e prestigiados pelo regime jurídico próprio dessa categoria de bens. tendo em vista a incompatibilidade desses comportamentos (alienação. oneração. penhora) com o princípio da continuidade do serviço público. Essa também é a inteligência de Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação. cli., p. 142). ditada em relação às empresas públicas, mas que aqui tem. a nosso ver, absoluta pertinência.

Nos termos do § 22 do art. 150 da Constituição Federal. o patrimônio das fundações instituídas ou mantidas pela Administração Pública. vincu lada

348

às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. está imune a qualquer imposto. Isto não significa que essas instituições não estejam sujeitas a outra espécie de tributo, como é o caso da taxa. O privilégio fiscal da imunidade só prestigia o patrimônio, além da renda e dos serviços, dessas entidades contra a incidência de impostos.

Com a extinção da fundação pública ou particular. seu patrimônio terá o destino que lhe foi reservado pela lei instituidora, depois de resolvidas suas obrigações. Exemplo disso é a Lei federal n. 3.998/61. que estabelece que o patrimônio da Fundação Universidade de Brasília. em caso de extinção, será incorporado ao patrimônio da União

(art. 42, § 22). Silente a lei. será incorporado a outra fundação de fins iguais ou semelhantes. sempre que se tratar de patrimônio de fundação privada (art. 69 do CC). e ao patrimônio da entidade política que a criou, se for fundação pública, já que os bens que o compõem. em última instância, são bens públicos.

4.1.6. Controle

Embora pessoa com autonomia administrativa e financeira, a fundação pública subsume-se ao controle ordinário da Administração Pública a que pertence. nos termos em que foi previsto em seus atos constitutivos (lei e estatuto). Esse controle ordinário, também chamado tutela. constitui-se. consoante essa legislação. na prática de atos e medidas da Administração Pública visando conformar a atuação fundacional à lei e ao cumprimento dos seus fins. Não se trata. atente-se. do exercício do poder hierárquico. pois não há hierarquia entre a fundação, pública ou privada, e a entidade a que se vincula. A hierarquia só é compatível entre órgãos e agentes da mesma entidade. Ademais. a hierarquia é permanente. contínua e total em relação aos órgãos e agentes inferiores, enquanto a tutela não só é esporádica como somente ocorre nas hipóteses e condições previstas em lei. A tutela ordinária pode ser preventiva e repressiva. E preventiva se exercida antes do ato fundacional. ou depois dele. mas previamente à ocorrência de seus efeitos ou de sua eficácia. Por ela se previne uma atuação ilegal da fundação (controle de legalidade) ou contrária aos interesses da Administração Pública (controle de mérito).

Como colocado, vê-se que a tutela preventiva pode ser de legalidade e de mérito. Expressa-se pela autorização, aprovação ou homologação do ato fundacional. E repressiva sempre que exercida após a prática do ato fundacional. cuja produção de efeitos ou eficácia independe do prévio pronunciamento da Administração Pública. Por ela. posteriormente. se obsta ou se reprime a atuação da fundação tida pela Administração Pública como

349

contrária a seus interesses (controle de mérito) ou como afrontosa à lei (controle da legalidade). A tutela repressiva pode ser, então. de legalidade e de mérito. Expressa-se pela revogação. modificação ou invalidação do ato fundacional. A par do controle ordinário há o extraordinário, também chamado de tutela extraordinária. exercitável. mesmo sem lei que a preveja. em circunstância grave em que se vê envolvida a fundação (adoção de outro fim. descalabro administrativo). São de tutela extraordinária, por exemplo. os atos de intervenção e de destituição dos dirigentes autárquicos.

Desse controle ou tutela não se infira que dos atos ou decisões finais da fundação cabe recurso à Administração Pública a que ela pertence. A tutela é imposta no interesse da Administração Pública, não no interesse dos que se relacionam com a fundação. Por não se tratar de exercício do poder hierárquico, resta óbvio que a Administração Pública a que a fundação, pública ou privada, pertence não é instância administrativa recursal. Os recursos para os insatisfeitos são os previstos em lei e que se perfazem no próprio interior da autarquia: fora disso, devem recorrer, os que se sentirem contrariados em seus direitos, ao Poder Judiciário. A par desse controle, a fundação, tanto pública como privada, está sujeita ao controle do Poder Legislativo competente auxiliado pelo respectivo Tribunal de Contas, consistente na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 70 da CF). Ademais, tratando-se de fundação privada, incide sobre ela o controle da competência do Ministério Público.

Esses controles não vedam nem inibem, por parte da fundação, pública ou privada, a propositura de medidas administrativas e judiciais contra os atos abusivos da Administração Pública a que pertencem. A fundação é pessoa jurídica, e, como tal, sujeito de direitos e obrigações. Pode, ademais, não se conformar com os atos de tutela, por entendê-los ilegais, e tomar, em juízo, as medidas cabíveis com o fito de anulá-los.

4.1.7. Regime tributário

A fundação pública, porque idêntica, em termos de regime jurídico, à autarquia, está imune a impostos relativos ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (CF, art. 150, § 22), salvo se cobrarem tarifa ou taxa dos usuários dos serviços que presta (CF, art. 150, § 39). Tal imunidade não alcança as taxas e a contribuição de melhoria, dado que não são impostos. Ademais, por tratar-se de exceção à regra de tributar, a imunidade concedida pela Constituição Federal deve ser interpretada restritivamente. Cremos que também é beneficiada por essa regra a fundação privada, pois esse parágrafo refere-se a

350

fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, e isto é o quanto basta para parificá-las em relação a essa imunidade tributária. Ademais, não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu. Os demais impostos são exigíveis, salvo se há legislação que a isente.

4.1.8. Estrutura e servidores

A estrutura da fundação pública é semelhante à da autarquia, o que a torna de estrutura análoga à da Administração Pública. Seus órgãos escalonam-se, hierarquicamente, sob a forma de pirâmide, em cujo vértice está o de mais alta hierarquia. Nas grandes linhas, dita estrutura e competências dos respectivos órgãos são fixadas por lei. A exigência de lei decorre do art. 84, VL da Constituição Federal, que atribui ao Presidente da República, e por simetria aos Governadores e Prefeitos, competência para “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”. A par disso, há desconcentração ou distribuição de competências pelos seus vários órgãos. A criação de cargos, empregos e funções na fundação pública só é possível por lei, conforme se infere do art. 61, § 1. II. a. da Constituição Federal. De fato, se a iniciativa de lei que cria cargo, emprego ou função na autarquia é privativa do Presidente da República, há de se deduzir que assim também deverá ser no pertinente à fundação pública, dada a identidade de regime jurídico que ambas ostentam. A lei que cria os cargos na fundação pública também fixará a correspondente remuneração, atualizável mediante lei.

Seus servidores, só admissíveis por concurso, submetem-se, necessariamente, ao regime jurídico que lhes foi imposto por lei. Pode ser o regime estatutário ou o celetista. Sujeitam-se, desse modo, a todas as obrigações constitucionais e legais, ao mesmo tempo em que fruem dos direitos, vantagens e prerrogativas que tal ou qual regime de pessoal lhes concede. De sorte que a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, deverão instituir os respectivos regimes jurídicos e os correspondentes planos de carreira para os servidores de suas fundações públicas. Observe-se que a Reforma Administrativa efetivada pela EC n. 19/98 não obriga a mudança de regime de pessoal existente na fundação pública. O regime atual, portanto, poderá permanecer ou outro, por lei, poderá substituí-lo. Os servidores fundacionais públicos federais ligam-se às fundações públicas da União por um liame estatutário por força da Lei federal n. 8.112/90, que “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”. No concernente à fundação privada, diga-se que o regime de pessoal será sempre o celetista.

351

Os servidores fundacionais públicos são admitidos, qualquer que seja o regime de pessoal adotado, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37. II. da

CF). Ademais, desde que previsto em lei da entidade a que se vincula, as fundações públicas podem admitir servidores por tempo determinado, sem prévio concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37. IX. da CF), para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público³⁴. Assim há de entender-se visto que a fundação pública integra a administração indireta, a quem a regra do art. 37 da Constituição Federal se dirige. Por outro lado, esses servidores submetem-se ao regime de acumulação de cargos instituído pelos incisos XVI e XVII desse dispositivo constitucional.

Os dissídios, individual singular (conflito entre um empregado e um empregador), individual plúrimo (conflito entre vários empregados e um empregador) e coletivo (conflito entre sindicatos e associações de classes representantes dos empregados e empregadores), entre a fundação pública, qualquer que seja ela (federal, estadual, distrital ou municipal), e seus servidores são da competência da Justiça do Trabalho³⁵ se a relação existente entre essas partes é trabalhista, ou seja, regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho, conforme determina o art. 114 da Constituição da República. Se o regime for o estatutário, os conflitos surgidos entre os servidores assim vinculados e as entidades a que se ligam são, conforme o caso, da competência da Justiça Federal ou da Justiça Comum³⁶.

Esses servidores respondem pelos danos que causarem à fundação sempre que atuarem com culpa ou dolo. Ademais, respondem regressivamente quando na qualidade de servidores dessas entidades causarem, por culpa ou dolo, danos a terceiros, se a fundação pública por eles respondeu nos termos do § 62 do art. 37 da Lei Maior. A ação de ressarcimento a que se sujeitam tais servidores é imprescritível, consoante determinado pelo § 52 do art. 37 da Constituição Federal. Para fins penais, tanto os servidores das fundações públicas como os das privadas, criadas ou mantidas pela Administração Pública, são alcançados pelo art. 327, parágrafo único, do Código Penal. Para esses fins são, pois, considerados funcionários públicos.

34. Na esfera federal, a Lei n. 8.745/93, com suas ulteriores modificações, dispõe sobre essas contratações.

35. Nesse sentido, veja STJ. CComp 638. DJU. 20 nov. 1989. e STJ. CComp 1.336- SP. DJU. 24 set. 1990.

36. Com esse mesmo entendimento, veja STJ. CComp 1.050. DJU. 14 maio 1990.

No que respeita ao direito de greve, será ele exercido pelos servidores das fundações públicas, nos termos e nas condições definidas em lei específica, conforme prevê o art. 37. VII. da Constituição Federal. Enquanto essa lei não for decretada, é válido o exercício do direito de greve nas fundações públicas, respeitada a essencialidade dos serviços. Com efeito, se essa condição é imposta ao trabalhador em geral (art. 92, § 12. da CF). com mais razão impõe-se ao servidor da fundação pública. Quanto à fundação privada, o regime de greve é o mesmo se prestadora de serviço público. A sindicalização é permitida a esses servidores, conforme expresso no inciso VI do art. 37 da Lei Maior. e com maior razão é autorizada aos servidores das fundações privadas.

4.1.9. Licitação

As fundações de direito público e as de direito privado, por força da Lei federal n. 8.666/93. estão obrigadas a licitar sempre que desejarem celebrar ato ou contrato de seu interesse, salvo hipótese em que, legalmente, estão liberadas desse procedimento. Como se não bastasse isso, a Constituição Federal, ao atribuir exclusivamente à União a competência para editar normas gerais de licitação e contratos, inclui entre os que estão obrigados a observá-las as administrações fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 22. XXVII). Destarte, a obrigatoriedade de licitar dessas entidades é inquestionável. Obedecerão, para tanto, à legislação da entidade a que se ligam e, se essa não existir, à Lei federal n. 8.666/93. Podem editar regulamentos próprios, consoante permitido pelo art. 119 da Lei citada, mas tais regulamentos são de pouca valia, já que essas entidades ficam vinculadas a essa lei. Seriam, então, apenas regulamentos de serviços ou normas operacionais, consoante previsto no art. 115 da Lei n. 8.666/93.

4.1.10. Prerrogativas

As fundações públicas, porque autarquias, desfrutam de prerrogativas ou privilégios estatais, e seus atos, na maioria das vezes, são administrativos. Dentre as prerrogativas, destacam-se: a) execução fiscal de seus créditos inscritos na dívida ativa; b) ação regressiva contra seus servidores; c) prescrição quinquenal de suas dívidas passivas; d) impenhorabilidade de seus bens e rendas (STJ. MC 633-SP. DJU. 31 mar. 1997, p. 9641); e) imprescritibilidade de seus bens; J) prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer:

g) duplo grau de jurisdição sempre que for condenada; h) imunidade tributária sobre seus bens, rendas e serviços; i) pagamento de custas a final. A Par

dessas. devem ser contadas as que lhes são atribuídas em relação aos processos que tramitam pela Justiça do Trabalho. nos termos do Decreto-Lei federal a. 779/69. Nenhum privilégio ou prerrogativa, a exemplo do prazo em dobro para contestar³⁷. tem a fundação de direito privado, ainda que criada pela Administração Pública, salvo os que a lei especial prescrever.

4.1.11. Responsabilidade

As fundações instituídas pela Administração Pública. sejam públicas. sejam privadas. respondem. enquanto existirem, pelas obrigações assumidas e pelos danos que causarem a terceiros ou à própria Administração Pública sua instituidora, pois são pessoas. são sujeitos de direitos e obrigações, e por isso mesmo respondem pelos seus atos. Sendo Assim, a Administração Pública da qual fazem parte não é responsável, solidária ou subsidiariamente, por essas obrigações. Responsável será se por ato seu vier a extingui-las e absorver seus respectivos patrimônios. Nessas hipóteses. a responsabilidade assumida pela Administração Pública não vai além dos valores patnmoniais absorvidos. dado que unicamente estes se destinavam a garantir suas obrigações.

Por danos que seus servidores causarem a terceiros. ou à própria Administração Pública, responderão objetivamente (CF. art. 37, § 6), se públicas ou se privadas prestadoras de serviço público, e até o exaurimento de seus patrimônios. Após o esgotamento patrimonial. responderá a Administração Pública, de cuja Administração indireta participam. até a total satisfação do dano. Assim é porque prestadoras de serviço público. Com efeito, não seria justo, nem jurídico, que o simples trespasse do serviço público para a responsabilidade de uma fundação pudesse tornar mais difícil o recebimento da indenização e. o que é pior. impedir. em alguns casos. o completo ressarcimento do dano sofrido pela vítima. Daí a responsabilidade subsidiária da entidade criadora da fundação prestadora de serviços públicos ³⁹. Não há, pois. entre elas e a Administração Pública que as criou qualquer responsabilidade solidária³⁹. A contrario sensu do disposto no § 6 do art. 37 da Lei Maior. as fundações privadas, ainda que criadas pela Administração Pública, não prestadoras de serviços públicos, responderão por esses danos subjetivamente. a contrario sensu, pois. do que estabelece o art. 43 do Código Civil, ou. de outro modo. se tiverem agido com dolo ou culpa. e.

37. Veja RT. 716:259.

38. RT. 680: 166.

39.RT. 680:166.

354

como dissemos antes, única e exclusivamente com seu patrimônio, sem, portanto qualquer responsabilidade subsidiária da entidade que a criou. O servidor da fundação, causador direto do dano, responderá se tiver agido com dolo ou culpa consoante prescreve o art. 927 do Código Civil.

4.1.12. Fundações estaduais e municipais

Os Estados e os Municípios podem instituir, sem óbice algum, fundações públicas ou privadas para prestarem serviços das respectivas alçadas, consoante indicado no art. 37 da Constituição Federal, ou para assumirem, nos termos do art. 173, atividades econômicas desde que de interesse coletivo, O mesmo se pode dizer em relação ao Distrito Federal.

Em São Paulo, são exemplos de fundações públicas ou autarquias, na órbita do Estado, a Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, a Fundação para o Remédio Popular e a Fundação Padre Anchieta — Centro Paulista de Rádio e TV Educativas; e, na área do Município, a Fundação Bienal de São Paulo e a Fundação Museu de Tecnologia de São Paulo.

4.2. Agências executivas

De uns tempos para cá tem-se, a pretexto da implantação da reforma administrativa, falado muito, pelo menos por parte dos representantes do Governo Federal, em alguns institutos jurídicos novos, por certo, em relação ao nosso país. São o contrato de gestão, disciplinado pelo art. 5 da Lei federal n. 9.637/98 e no art. 37, § 8, da Constituição Federal, conforme redação que lhe atribuiu a EC n. 19/98, as agências reguladoras, criadas pelas Leis federais n. 9.427/96 (ANEEL), 9.472/97 (ANATEL), 9.478/97 (ANP) e 9.782/99 (ANVS), as organizações sociais, tratadas pela Lei federal n. 9.637/98, e as agências executivas, criadas e reguladas pela Lei federal n. 9.649/98. Desses institutos, nesta oportunidade, somente versaremos sobre as agências executivas.

4.2.1. Legislação

O art. 51 da Lei federal n. 9.649/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, estabelece que o Poder Executivo poderá qualificar como agência executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: “I — ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento: II — ter celebrado Contrato de Gestão

com o respectivo Ministério supervisor”. Essa qualificação de agência executiva é outorgada à autarquia ou à funda-

355

ção governamental mediante ato do Presidente da República veiculado por decreto, consoante prescrito no § 1 desse artigo. No § 2. também desse artigo. está prescrito que o Poder Executivo editará as medidas de organi. zação administrativa específicas para as agências executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão. bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento das metas e objetivos definidos no contrato de gestão⁴.

O art. 52 estabelece que os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho. o desenvolvimento dos recursos humanos e fortalecimento da entidade institucional da agência executiva. Os contratos de gestão celebrados com as agências executivas, nos termos do § 1 desse artigo. terão a periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos. metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento. O § 22. também desse artigo. diz que o Poder Executivo definirá os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos contratos de gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e do desenvolvimento institucional das agências executivas.

Antes dessa lei. foram editados os Decretos federais n. 2.487/98 e 2.488/98. ambos de 2 de fevereiro. O primeiro dispõe sobre a qualificação de autarquias e fundações como agências executivas, estabelece critérios e procedimentos para a elaboração. acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão e dos planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das entidades qualificadas. O segundo define medidas de organização administrativa, específicas para as autarquias e fundações qualificadas como agências executivas.

4.2.2. Conceito

Com base nessa legislação pode-se conceituar a agência executiva como sendo a autarquia ou a fundação governamental assim qualificada por ato do Executivo, responsável pela execução de certo seri’iço pública. livre de alguns controles e dotada de maiores privilégios que as assim não qualificadas, desde que celebre com a

Administração Pública a que se vincula um contrato de gestão. A qualificação não cria uma nova pessoa.

40. Sobre contrato de gestão. veja o n. 1.7 do item VIII do Capítulo X.

356

4.2.3. Natureza

A agência executiva é uma autarquia ou uma fundação pública que se distingue das demais por estar dotada de alguns privilégios. Sua natureza portanto é de autarquia de regime especial. ainda que instituída como fundação pública. É entidade que integra a Administração Pública indireta.

4.2.4. Qualificação

A qualificação de certa autarquia ou fundação governamental é o ato administrativo que a reconhece como portadora de atributos que lhe dão a natureza de agência executiva. Assim, ainda que tenha esses atributos não será agência executiva antes desse reconhecimento. O reconhecimento é ato. na esfera federal. do Presidente da República. veiculado mediante decreto. É editado por indicação do Ministério supervisor.

4.2.5. Criação

Não há criação de qualquer entidade nova. Utiliza-se a autarquia ou a fundação pública já existente. Apenas se lhe atribui, atendidas as exigências legais. a qualificação de agência executiva. Nada impede que seja criada uma autarquia e. observadas as exigências legais. a ela seja atribuída a qualificação de agência executiva. Ainda aqui não se criou com a qualificação qualquer nova entidade autárquica.

4.2.6. Desqualificação

A desqualificação, definida como a perda do atributo de agência executiva, por força do princípio do paralelismo de atos e formas. é feita por ato do Executivo veiculado por decreto. Pela desqualificação a autarquia ou a fundação perde a natureza de agência executiva. A desqualificação está instituída e regulada no § 42 do art. 1 do Decreto federal n. 2.487/98. enquanto os motivos estão indicados no § 32 desse mesmo dispositivo, conforme prescrito no § 42, Tanto a qualificação como a desqualificação são medidas de iniciativa do Ministério supervisor com a anuência do órgão que faz as vezes do antigo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Este órgão. por ter sido extinto, não pode, por evidente, anuir. mas seu sucessor pode. A desqualificação não leva a extinção à autarquia ou à fundação, apenas a desveste do

qualificativo de agência executiva. Daí por diante voltará a ser uma autarquia ou fundação comum.

357

4.2.7. Privilégios

As agências executivas gozarão dos privilégios que às autarquias são reconhecidos⁴¹, mais os que lhe forem outorgados por leis especiais. Esses privilégios especiais estão mencionados no art. 2 do Decreto federal n. 2.488/98. Com efeito, não se aplicarão às agências executivas os limites anuais estabelecidos pelo Decreto n. 948/93, referentes à realização de serviços extraordinários, desde que sejam previamente atestadas a existência de recursos orçamentários disponíveis e a necessidade dos serviços para cumprimento dos objetivos e metas do contrato de gestão. Demais privilégios estão prescritos no arts. 32, 52, 62 e 72, entre outros dispositivos dessa lei.

O privilégio mais significativo está previsto no parágrafo único do art.

24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, com a redação que lhe atribuiu a Lei federal n. 9.648/98. Com efeito, estabelece esse parágrafo que “Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo serão de 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas”.

4.2.8. Servidores

Os servidores da agência executiva são os servidores da autarquia ou da fundação assim qualificada. Seu regime é o estatutário ou o celetista. Sua admissão, seja qual for o regime de pessoal, depende de prévio concurso público de prova ou de provas e títulos. Assim é não porque servidores de uma agência executiva, mas porque agentes de uma autarquia ou fundação governamental.

4.2.9. Atos e contratos

Seja a agência executiva uma autarquia ou uma fundação pública, seus atos são atos administrativos e observam na sua prática o regime desses provimentos. Os contratos são administrativos e como tal estão regulados pela Lei federal n. 8.666/93, chamada de Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Como regra sua celebração depende de licitação. São assim não porque são atos e contratos de agência executiva, mas porque são atos e contratos de autarquia ou fundação governamental.

41. Sobre esses privilégios, veja o n. 8 do item II deste Capítulo.

358

4.2.10. Agências executivas estaduais-distritais e municipais

Os serviços públicos podem estar, por força constitucional, a cargo do Estado, do Distrito Federal ou sob a responsabilidade do Município. Podem ser prestados direta ou indiretamente. Indiretamente podem ser executados por autarquia ou fundação pública. Desse modo, nada impede que autarquias e fundações prestadoras de serviços públicos sejam, mediante legislação estadual-distrital e municipal, conforme o caso, dispostas a executá-los num regime de privilégios. Em assim ocorrendo estão instituídas as agências executivas de natureza estadual-distrital ou municipal.

4.3. Agências reguladoras

VerRT, 791:739 e 786:11.

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as agências reguladoras⁴². São criadas por lei como autarquias de regime especial. Essa sua natureza jurídica. Como autarquias de regime especial recebem os privilégios que a lei lhes outorga, indispensáveis ao atingimento de seus fins. São entidades, portanto, que integram a Administração Pública indireta.

Os servidores são vinculados à agência reguladora pelo regime estatutário ou celetista, conforme for prescrito na sua lei de criação ou em outra. Sua admissão, seja qual for o regime de pessoal, depende de prévio concurso público de prova ou de provas e títulos. Os atos da agência reguladora são atos administrativos e observam na sua prática o regime desses provimentos. Os contratos são administrativos e como tal estão regulados pela Lei federal n. 8.666/93 — Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Como regra sua celebração depende de licitação.

42. Para aprofundar veja: Leila Cuéllar (As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo. Dialética. 2001). Alexandre Santos de Aragão (As agências reguladoras independentes e a separação de poderes — uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. RT. 786:11) e Alexandre de Moraes (Agências reguladoras. RT. 791:739).

Até agora foram criadas: a Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL. pela Lei federal n. 9.427/96. a Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL. pela Lei federal n. 9.472/97. a Agência Nacional de Petróleo — ANP. pela Lei federal n. 9.478/97. a Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVS. pela Lei federal n. 9.782/99. a Agência Nacional de Saúde Complementar — ANS. pela Lei federal n. 9.961/2000. e a Agência Nacional de Águas — ANA. pela Lei federal n. 9.984/2000.

4.4. Empresa pública

4.4.1. Conceito

O art. 173 da Constituição da República, com a redação que lhe atribuiu a EC n. 19/98. estatui que. ressalvados os casos por ela previstos, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. De outro lado. o inciso II do § 12 desse dispositivo estabelece que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividades econômicas sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais. trabalhistas e tributários. Por sua vez o § 22 desse mesmo preceptivo constitucional estatui que essas entidades não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Assim, a Administração Pública (federal. estadual. distrital e municipal) só poderá desempenhar atividades econômicas (mercantis-industriais) através, essencialmente. das empresas públicas e das sociedades de economia mista e. ainda Assim, nos termos e condições do que será estabelecido em lei, conforme a redação do § 32 desse artigo. Dizemos essencialmente porque o Estado. mediante outras entidades. a exemplo das subsidiárias das sociedades de economia mista e das empresas públicas, pode explorar a atividade econômica.

A empresa pública, a única que ora nos interessa, pode ser conceituada como a sociedade mercantil, industrial ou de serviço, constituída mediante autorização de lei e essencialmente sob a égide do Direito Privado, com capital exclusivamente da Administração Pública ou composto. em sua maior parte. de recursos dela advindos e de entidades governamentais. destinada a realizar imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, O Decreto-Lei federal n. 200/67. modificado pelo Decreto-Lei, também federal n. 900/69. define empresa pública como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União. criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja

levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer

360

das formas admitidas em direito”. Essas empresas só serão legitimamente constituídas se observarem esse figurino, cabendo, obrigatoriamente, ao Estado (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município) reexaminar se as atuais empresas públicas destinam-se a realizar imperativos de segurança nacional ou relevantes interesses coletivos, mantendo as assim consideradas e privatizando as desgarradas dessa destinação. A manutenção das empresas que não cumprem imperativos da segurança nacional ou que não realizam relevantes interesses coletivos afronta o disposto no art. 173 da Lei Maior.

A esse conceito responde, na esfera federal, entre outras, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES. E exemplo de entidade que atende a esse regime na área das atribuições do Município da Capital de São Paulo a Empresa Municipal de Urbanização EMURB.

Distingue-se a empresa pública da sociedade de economia mista por não admitir que o seu capital seja composto de recursos particulares. Das autarquias, difere por ser pessoa jurídica de Direito Privado.

4.4.2. Natureza

As empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado. Essa submissão ao regime das empresas privadas é imposta pela Constituição da República. Com efeito, prescreve o inciso II do § 1º do art. 173 dessa Carta que as empresas públicas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Sua natureza é, pois, de empresa privada mercantil, industrial ou de serviço (art. 173, § 12, da CF). A par disso, estabelece o parágrafo único do art. 27 do Decreto-Lei federal n. 200/67 que se assegurarão às empresas públicas condições idênticas às do setor privado. Embora seja Assim, é óbvio que sobre elas incidem regras de Direito Administrativo, sob pena de não constituírem outra coisa senão empresas privadas. Isso, no entanto, não as desnatura em relação ao regime privado que devem observar, embora lhes atribua natureza diversa da trivial empresa privada.

4.4.3. Fins

Por força do Texto Constitucional (art. 173) e da legislação ordinária (Dec.-Lei federal n. 200/67), as empresas públicas destinam-se à organização e exploração de

atividades econômicas que a Administração Pública Seja levada a desempenhar em face de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Preordenam-se à organização e exploração de atividade que não se caracteriza como serviço público ou, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação. cit.. p. 137). deferida à iniciativa dos particulares. Quando assim atuam, por certo, não integram a Ad-

361

ministração indireta do Estado. daí por que foram reguladas, na Constituição Federal, no Título VII, que trata “Da Ordem Econômica e Financeira”.

Isso não significa que só possam ser criadas para intervir na atividade econômica. Ao contrário, podem ser criadas para a execução e exploração de serviços públicos. Aliás, essa possibilidade infere-se do disposto no § 6 do art. 37 da Constituição Federal. Com efeito, se só respondem objetivamente se prestadoras de serviço público, é natural que possam ser instituídas para o desempenho dessa atividade. Nessa hipótese integram a Administração indireta do Estado. Para esse fim foram criadas, no âmbito de cada uma das três pessoas políticas (União, Estado-Membro/Distrito Federal e Município), as mais expressivas empresas públicas. São exemplos a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, e a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária — INFRAERO, ambas na esfera federal. Repita-se que com essa destinação caracterizam-se como entes da Administração indireta da União. A análise dessas empresas, criadas para a execução e exploração de serviço público é o que nos interessa.

4.4.4. Criação, forma, registro, funcionamento e extinção

A criação de empresas públicas para qualquer fim (prestação de serviços públicos, intervenção no domínio econômico) depende de lei autorizadora específica, como exige o disposto no inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, nos termos da redação que lhe atribuiu a EC n. 19/98, que nesse particular não faz qualquer distinção. Essa lei tanto pode autorizar a criação de empresa pública como a transformação de entidade governamental (autarquia, sociedade de economia mista) em empresa pública. A expressão em apreço deve, portanto, ser tomada em sentido amplo, pois essas transformações não são cerebrinas. Exemplo disso ocorreu com a Caixa Econômica Federal: era autarquia federal; hoje é empresa pública. No caso, a lei não autorizou a criar, apenas autorizou a transformação. Atente-se que a necessidade de lei para a transformação, fusão, cisão, incorporação e privatização de empresas públicas é exigência expressa do inciso XXI do art. 115 da Constituição de São Paulo. Por fim,

diga-se que a lei, sempre específica, também é necessária para a criação de subsidiárias das empresas públicas, bem como para a sua participação em empresas privadas (art. 37. XX. da CF).

A lei não só autoriza a criação, como faculta a escolha da modalidade societária a que deverá amoldar-se. De fato, prescreve a parte final do inciso II do art. 5 do Decreto-Lei federal n. 200/67 que a empresa pública poderá revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Essa faculdade de escolha deve ser entendida em princípio. Poderá, pois, ser organizada sob a forma de sociedade anônima, de sociedade por cotas de responsabilidade limitada

362

ou outra compatível com o interesse público, acolhida pelo nosso Direito, que não se contenta com a criação e exige a inscrição de seus atos constitutivos nos competentes registros, portanto, esses atos devem ser arquivados no Registro do Comércio, se a empresa pública tiver sido constituída sob o regime de uma das sociedades mercantis, e no Registro de Títulos e Documentos, se instituída como sociedade civil. Após esses arquivamentos, devem ser promovidas as competentes inscrições e registros nos órgãos públicos federais, estaduais e municipais. Só após o atendimento dessas exigências a empresa pública estará em condições de funcionar, isto é, de desempenhar suas atividades.

A extinção de empresa pública, independentemente de seu fim, também requer autorização legislativa. De fato, o que foi criado mediante essa prévia autorização, somente por outra igual autorização pode ser extinto, ou o que foi criado por lei só por lei pode ser desfeito. O ato de desfazimento há de guardar a mesma hierarquia do de constituição. Vigora, no caso, o paralelismo de forma e hierarquia. Embora seja assim, o art. 178 do Decreto-Lei federal n. 200/67, violando a Constituição da República, autoriza a incorporação ou liquidação, por ato do Executivo, das empresas públicas que venham acusando um prejuízo continuado. A lei autorizadora da extinção só pode ser de iniciativa do Executivo, dado tratar-se de desfazimento de um instrumento de realização de seus desígnios. A aceitar-se pudesse ser essa lei de iniciativa parlamentar, estar-se-ia admitindo a intervenção do Legislativo no Executivo e a correspondente quebra do princípio da independência dos Poderes (CF, art. 2). Não bastasse isso, o art. 61, § 1, II, e, da Lei Maior da República prescreve que é privativa do Presidente da República a iniciativa de lei para criação de órgãos da Administração Pública. Por órgãos deve-se entender as entidades da Administração indireta (autarquia, sociedade de economia

mista, empresa pública). Se não for dessa forma, ficará sem sentido a locução “Ministério”, que não teria qualquer razão para estar aí consignada. Eles poderiam ser criados, estruturados e ter suas atribuições, visto que são órgãos públicos.

4.4.5. Patrimônio

O patrimônio da empresa pública é formado, quase sempre, com a transferência de bens da entidade política a que se vincula. Essa transferência, salvo na esfera federal, há de obedecer ao que dispuser a respeito a legislação pertinente. Dito patrimônio pode ser utilizado, onerado e alienado nos termos de seus atos constitutivos, independentemente de prévia autORIZAÇÃO legislativa, desde que para alcançar seu objetivo, observada, no

363

que couber, a lei ou o regulamento licitatório a que se submete. Aos bens que o compõem não se assegura qualquer privilégio. Nesses termos, são eles que garantem as obrigações assumidas pela empresa pública, já que no plano obrigacional essa entidade se equipara às entidades privadas (art. 173, § 1.º II, da CF). Podem, por conseguinte, ser penhorados e executados (RT. 743:296). A execução observa as regras do Direito Comum, salvo se sua credora for a Fazenda Pública. Nesta hipótese, a execução submete-se à Lei federal n. 6.830/80, chamada Lei de Execução Fiscal. Com efeito, se a sociedade de economia mista, que está protegida contra a falência pelo art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, pode ter seus bens penhorados e executados, com mais razão os bens da empresa pública, que se sujeita à falência, podem ser penhorados e executados.

Se prestadoras de serviços públicos, terão uma proteção especial para os serviços e bens a eles afetados, como qualquer concessionário de serviço público tem, em razão do princípio de continuidade do serviço público³. A esse respeito ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação, cit., p. 142) que: “Dando-se o caso de serem prestadoras de serviço público, terão, como qualquer outra concessionária, proteção especial para o serviço e para os bens a ele aplicados. Se falida a empresa, reverterão para o Poder Público. O Estado, nesta hipótese, garantirá os créditos de origem contratual dos concorrentes à massa, até o limite do valor dos bens revertidos, e responderá integralmente apenas pelos danos que a empresa falida haja causado a terceiros no próprio exercício do serviço público”.

4.4.6. Servidores

O pessoal da empresa pública a ela se vincula, por força do que dispõe o art. 173, § 12.º II, da Lei Maior, por um vínculo celetista. Estão, seus empregados, submetidos ao

regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Ingressam nos quadros da entidade via concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37. II. da CF). Para esse fim é irrelevante saber se são prestadoras de serviço público ou interventoras na atividade econômica. Observe-se que o concurso, não obstante sua necessidade para legitimar o ingresso do servidor nessas empresas, em princípio, não atribui ao admitido qualquer direito que não esteja previsto no regime celetista. De sorte que, ainda que permaneçam vinculados à empresa por muito tempo, não adquirem estabilidade, assim como não adquirem efetividade mesmo

364

que ocupantes de cargo, emprego ou função integrante de plano de carreira. Não obstante o regime celetista que os vincula a essas empresas, seu desligamento não é livre. Essa também é a inteligência de Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. São Paulo. Revistas dos Tribunais. 1990, p. 53), ao acentuar que “não podem ser desligados ao bel-prazer dos dirigentes destas entidades”. Sua desvinculação, quando determinada por essas empresas, exige interesse público e motivação⁴⁴. Por outro lado, o comportamento do servidor deverá ser inadequado, incompatível com as finalidades da empresa pública e apurável em processo em que se lhe permitiu o exercício da ampla defesa.

Tais servidores, apesar de regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, não podem acumular empregos ou funções. Com efeito, o inciso XVII do art. 37 da Constituição Federal estabelece que a proibição de acumular estende-se a funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, salvo, é evidente, as hipóteses que a Constituição, no inciso XVI, encarrega-se de excepcionar. A par dessa vedação, outra alcança, em relação aos cargos de direção, os Deputados e Senadores. Com efeito, nos termos do art. 54 dessa Carta, referidos parlamentares não podem aceitar, desde a diplomação, cargo, função ou emprego nessas empresas, e, desde a posse, não podem ser titulares de cargo ou função do qual possam ser exonerados ad nutum da Administração Pública a que se vinculam tais empresas. De outra parte, o direito à greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei. Hoje esse direito está regulado pela Lei federal n. 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Quando prestadoras de serviços públicos, a greve de seus servidores será exercida nos termos e limites da lei específica prevista no art. 37, VII, da Lei Magna, que ainda não foi editada. São

remunerados segundo as regras do mercado, mas atente-se que essas sociedades, quando federais, conforme o art. 26, parágrafo único. f. do Decreto-Lei federal n. 200/67, não podem, em termos de despesas com pessoal. exceder o teto fixado pela União. A isso não estão obrigados os Estados e os Municípios.

Diga-se ainda que o julgamento de litígios entre as empresas públicas de qualquer nível (federal, estadual, distrital, municipal) e seus empregados

43. Veja RTJ. 113:783. e RT. 738:317.

44. Nesse sentido. veja o Parecer n. GQ-64. de 10 de abril de 1995. da Advocacia-Geral da União (RDA. 200:249).

365

cabe, nos termos do art. 114 da Lei Magna, à Justiça do Trabalho. É irrelevante para a determinação da competência da Justiça do Trabalho saber se a empresa pública é prestadora de serviço público ou interventora no domínio econômico.

Por fim note-se que seus servidores se submetem, para fins penais, ao disposto no parágrafo único do art. 327 do Código Penal, que equipara ao servidor público todas as pessoas que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou, como preferimos, entidade governamental, grupo que, sem dúvida, compreende a empresa pública.

4.4.7. Prerrogativas

Não possuem as empresas públicas, em razão de sua natureza privada, privilégios de qualquer espécie. Assim, não gozam de foro ou juízo privilegiado (RT, 733:250), salvo se prestadoras de serviço público. Nesses casos, o serviço público que prestam e os bens a ele vinculados gozam de especial proteção (inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não-oneração) em razão do princípio da continuidade do serviço público (RT, 738:317). Isso não significa que não possam ter os que a lei autorizadora de sua instituição, ou outra, outorgar-lhes, desde que não se trate de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado (art. 173, § 2). A restrição não se põe se forem prestadoras de serviços públicos. Nessa hipótese, pode-se-lhes outorgar qualquer prerrogativa, pois escapam da restrição do dispositivo constitucional.

4.4.8. Atos e contratos

Os atos e contratos das empresas públicas são de Direito Privado. Quando prestadoras de serviço público, seus atos, em algumas hipóteses (promoção expropriatória), são atos administrativos, podendo, por esse motivo, ser atacados por

mandado de segurança (Lei federal n. 1.533/51, art. 12, § 12). Em qualquer hipótese, se lesivos aos interesses da empresa, podem ser hostilizados mediante ação popular (Lei federal n. 4.717/65, art. 12). Se causarem danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, podem ser atacados por ação civil pública (Lei federal n. 7.347/85, art. 12).

Se prestadoras de serviço público, suas contratações, nos termos da Lei federal n. 8.666/93 (art. 1, parágrafo único), necessitam, em princípio, de prévia licitação para serem legítimas. Dos arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição Federal, também se pode extrair a obrigatoriedade da licitação. Quando interventoras da atividade econômica de produção e comercialização

366

de bens ou de prestação de serviços, em termos de licitações e contratos, devem observar os princípios da administração pública, conforme será estabelecido no Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas Subsidiárias (art. 173, § 12 e inciso III). Algumas leis federais, antecipando-se a esse Estatuto, têm autorizado certas empresas a editarem seus próprios regulamentos, como é o caso da Lei n. 9.478/97, que criou a Agência Nacional de Petróleo. Com base no art. 67 dessa lei e no art. 173, § 1, da Constituição Federal, segundo a redação que lhe atribuiu a EC n. 19/98, o Decreto federal n. 2.745/98 aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro 5.

A. — PETROBRAS.

Como interventoras no domínio econômico, a aquisição de bens necessários à própria atividade e a alienação dos bens resultantes desse desempenho não exigem qualquer espécie de procedimento licitatório. Nesses casos, não há por que promover uma licitação para a aquisição de barris de petróleo para refino, nem para a venda dos bens produzidos pela PETROBRAS. Não fosse assim, haveria conflito entre os fins desejados pela Administração Pública, só alcançáveis por meio da atuação mais expedita, mais pronta, dessas empresas, e a obrigatoriedade de licitar. Nesse caso, sob pena de soçobrar a empresa pública, deve-se entender inexigível a licitação⁴⁵. A esse intento assinala Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 280) que: “Em suma: sempre que se possa detectar uma induvidosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que

está ausente o pressuposto jurídico da licitação e se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput”.

4.4.9. Regime tributário

O regime tributário das empresas públicas é o mesmo das empresas privadas, consoante o que estabelece o inciso II do § 12 do art. 173 da Carta Constitucional, sejam federais, sejam estaduais ou municipais. Com efeito, Prevê esse dispositivo que a empresa pública ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas. Se prestadoras de serviços

45. Veja decisão do TCU na RDA, 213:303.

367

públicas, a restrição não se coloca. Nessas hipóteses, podem ser agraciadas com privilégios tributários. sem que essas prerrogativas também devam prestigiar as entidades privadas. Alguns autores. como é o caso de Adilson Abreu Dallari⁴⁶, vão mais além, para inadmitir sobre seus bens. rendas e serviços a incidência de qualquer imposto. dado que um prolongamento da própria entidade pública que a criou.

4.4.10. A empresa pública e terceiros

Esse relacionamento observa o regime comum das pessoas de Direito Privado, visto que não são portadoras de prerrogativas de autoridade ou de benesses governamentais. Seus bens não são protegidos pelas cláusulas de inalienabilidade. imprescritibilidade e impenhorabilidade. Seus haveres servem de garantia aos credores. Seus débitos podem ser executados. Se insolventes, podem requerer concordata e ter sua falência decretada . A Administração Pública sua instituidora não responde por esses compromissos. nem mesmo subsidiariamente.

Se prestadoras de serviço público, terão proteção especial para os serviços e bens a ele vinculados. Nessa hipótese. em caso de falência. os bens aplicados no serviço público passarão para a Administração Pública a que se vinculam, a qual garantirá os débitos contratuais até o valor dos bens recebidos. Garantem até o montante da indenização se o dano for decorrente da prestação do serviço público. A Administração Pública sua criadora responde subsidiariamente.

4.4.11. Controle

O controle da atuação das empresas públicas é feito sob dois aspectos: o administrativo e o financeiro. De fato, esses controles estão previstos no Decreto-Lei federal n. 200/67 (art. 26). As empresas públicas ficam sob a supervisão, na esfera

federal, do Ministério (art. 19) a que estão vinculadas e, no âmbito do Estado e do Município, sob a responsabilidade da Secretaria a que estão ligadas.

Os titulares dessas pastas são os responsáveis pelo controle das empresas públicas, na medida em que indicam ou nomeiam seus dirigentes recebem relatórios, boletins, balanços, balancetes e outras informações e

46. Veja parecer sobre essa imunidade na RDP. 94:94.

47. À empresa pública não se aplica o art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, que retira da falência as sociedades de economia mista.

368

dados que lhes permitem avaliar o desempenho dessas pessoas e acompanhar a execução dos planos de atividades e dos programas de governo. Ao lado disso, cabe-lhes aprovar as contas, os relatórios e balanços, a fixação das despesas de pessoal, de administração e publicidade. Esse controle, amplo, como se vê, permite-lhes, ainda, a realização de auditoria periódica, avaliação do rendimento e produtividade da empresa e a intervenção, se for do interesse público (art. 26, incisos e parágrafo).

Ademais, segundo o prescrito pelo art. 70 da Carta Magna, a fiscalização (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial) dessas entidades, no que concerne à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, cabe ao Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União.

Esse regime de controle, mudado o que deve ser mudado, também é utilizado pelos Estados-Membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

4.4.12. Responsabilidade

A União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios não são responsáveis pelos atos praticados e obrigações contraídas pelas respectivas empresas públicas. Também não respondem pelos danos que os servidores dessas entidades, nessa qualidade, possam causar a terceiros. Assim é dado que ditas empresas são pessoas, isto é, sujeitos de direito e obrigações. Para que assim seja não de ser exploradoras da atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. A empresa pública, portanto, cabe responder pelas obrigações assumidas e satisfazer, nos termos do art. 15 do Código Civil, os prejuízos decorrentes de seus atos e dos atos de seus servidores, que, nessa qualidade, causaram a terceiros. Sua responsabilidade é subjetiva, isto é, respondem se tiverem agido com culpa ou dolo. Observe-se que não poderia ser de outro modo em face do inciso II do § 1º do art. 173 da

Lei Maior, já que submissa ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Nem mesmo subsidiariamente a Administração Pública a que se vinculam responde por essas obrigações. Responderá a Administração Pública se por ato seu der causa à extinção da empresa pública e em razão disso assumir seus bens, quando então responderá até o montante do patrimônio recebido. uma vez que era somente esse patrimônio o garantidor das obrigações assumidas.

Não será assim se prestadora de serviço público em relação aos danos que causar a terceiros em razão do serviço público que presta ou de prejuízo

369

decorrente de atos de seus servidores, que, nessa qualidade, causarem a terceiros. Nessa hipótese, responderá objetivamente (art. 37, § 62. da CF) e até o esgotamento de seu patrimônio. Esgotado este, cabe à Administração Pública a que se vincula responder pelo remanescente. Com efeito, não seria justo, nem jurídico, que o simples trespasse do serviço público para a competência de uma empresa pública pudesse tornar mais difícil o recebimento da indenização e, o que é pior, impedir, em alguns casos, o completo

ressarcimento do dano sofrido pela vítima, em face do esgotamento de seu patrimônio. Essa regra, observe-se, não se aplica às demais obrigações, a exemplo das civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Por essas a empresa pública responderá integralmente e segundo as regras aplicáveis às empresas privadas.

Como a Administração Pública, no caso de dano, só responde depois do esgotamento patrimonial da empresa pública, isto é, em segundo lugar. diz-se que a responsabilidade é subsidiária. Se vier a falir, o serviço e os bens a ela ligados reverterão para a Administração Pública, em razão da continuidade do serviço público, cabendo-lhe, então, satisfazer as obrigações assumidas pela empresa pública, até o limite ou valor dos bens recebidos. Também responderá, nesse caso, pelos danos decorrentes da execução do serviço público ou de atos de seus servidores que nessa qualidade causarem a terceiros. Nesse caso a responsabilidade é total (art. 37, § 62, da CF).

4.4.13. Empresas públicas estaduais, distritais e municipais

Não há qualquer vedação quanto à instituição de empresas públicas estaduais, distritais e municipais. Se aos Estados-Membros. Distrito Federal e Municípios se atribui competência para organizar e prestar serviços de sua alçada. é natural que se

admita que essa execução possa ser por intermédio de empresa pública. Assim, podem constituir essas empresas para organizar e explorar, nos respectivos campos de atuação, os serviços públicos que estão a seu cargo. Podem, também, criar essas empresas para intervir no domínio econômico, desde que para a exploração de atividade de interesse coletivo (art. 173, da CF). Não há, portanto, uma absoluta liberdade para essa criação. A possibilidade de serem, tanto uma como outra, criadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios é inferida do disposto no art. 114 da Constituição Federal. De fato, se cabe à Justiça do Trabalho conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e os entes da Administração Pública indireta, em que, sem dúvida, se aloja a empresa pública, há que se inferir a permissão para a criação de empresas públicas estaduais, distritais e municipais. Ademais, no que se refere à intervenção econômica, diga-se que

370

art. 173 da Lei Maior menciona a palavra “Estado”, expressão que abrange todos os entes da Federação (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios), observado o referido limite de criação.

A criação, forma, registro, funcionamento e extinção das empresas públicas estaduais, distritais e municipais dar-se-ão, mudado o que for necessário, nos termos e condições expostos no n. 4.4.4 supra.

4.5. Sociedade de economia mista

4.5.1. Conceito

Para desempenhar atividades próprias da iniciativa privada, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, a Administração Pública pode valer-se da sociedade de economia mista, conforme lhe permite o § 12 desse artigo. Essa entidade é definida como sendo a sociedade mercantil, industrial ou de serviço cuja instituição, autorizada por lei, faz-se, essencialmente, sob a égide do Direito Privado, com recursos públicos e particulares, para a realização de imperativos necessários à segurança nacional ou de relevante interesse da coletividade, cujo capital social pertence em sua maioria à Administração Pública sua criadora. O Decreto-Lei federal n. 200/67, modificado pelo Decreto-Lei, também federal, n. 900/69, conceitua essa entidade (art. 5) como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”. Tal conceito, no entanto, só é válido para a União. Assim, no âmbito federal,

as sociedades de economia mista não de atender a essa conceituação. A esse conceito responde, na esfera federal, entre outras entidades, o Banco do Brasil S. A. No campo estadual de São Paulo, é exemplo de sociedade de economia mista, entre outras, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — SABESP.

Distingue-se da empresa pública por exigir, na composição de seu capital, investimento particular. Das autarquias difere por ser pessoa jurídica de direito privado. Outras notas reforçam essa diferenciação, que, por ora, não merecem qualquer preocupação. Essas, ao longo dos próximos tópicos, serão reveladas.

4.5.2. Natureza

A sociedade de economia mista é pessoa jurídica de Direito Privado. Obedece ao regime jurídico instituído por esse ramo do Direito, por

371

expressa disposição constitucional. De fato, estatui o inciso II do § P do art. 173 da Constituição Federal que a sociedade de economia mista sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Sua natureza é, pois, de sociedade ou empresa privada mercantil, industrial ou de serviço (art. 173, § 1. da CF). Ao lado dessa imposição, e como se isso não bastasse, estabelece o parágrafo único do art. 27 do Decreto-Lei federal n. 200/67 que se assegurarão às sociedades de economia mista condições idênticas às do setor privado.

Apesar disso, é incontroverso que essas sociedades se submetem a certas regras jurídicas de caráter administrativo, realidade que não lhes retira a natureza privada e a essência mercantil, industrial ou de serviço, mas lhes atribui qualificação peculiar. Não fosse Assim, seriam tão-só sociedades mercantis ou industriais, não sociedades de economia mista, conforme o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação. cit., p. 103). Esse notável administrativista afirma, ainda (p. 108), que a sociedade que “nasce da conjugação destas disposições não é, realmente, uma sociedade comercial como outra qualquer: é um ser distinto, novo: é justamente a sociedade de economia mista”.

4.5.3. Fins

Destinam-se as sociedades de economia mista, por força da Constituição Federal (art. 173) e da legislação ordinária (Dec.-Lei federal n. 200/ 67), à organização e exploração de atividades econômicas, quando necessárias aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. São exemplos dessas entidades, na área de

atuação da União. a Petróleo Brasileiro S. A. — PETROBRAS. e o Banco do Brasil S. A. Nesses termos e condições. os Estados-Membros. o Distrito Federal e os Municípios podem criar essas sociedades. como. aliás, as vêm criando. A intervenção na atividade econômica já não é privativa da União. como ocorria na vigência da Constituição anterior. Quando são criadas e organizadas para esse desempenho, por evidente, não integram a Administração Pública indireta da União. do Estado-Membro. do Distrito Federal ou do Município. Tanto é assim que foram reguladas. na Constituição Federal. no Título VII. que trata “Da Ordem Econômica e Financeira”.

Isso não significa que não possam ser criadas e organizadas para a prestação e exploração de serviços públicos, possibilidade. diga-se. infenda do § 6 do art. 37 da Lei Major. Ademais. não fosse esse o entendimento. a prática desmentiria qualquer outra assertiva, já que para esse fim foram criadas. no

372

bito de cada uma das três esferas de governo (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município). as mais importantes dessas sociedades. a exemplo da Rede Ferroviária Federal S. A. e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos — CPTM. De sorte que. se criadas e organizadas para a prestação e exploração de serviços públicos. integram a Administração Pública indireta.

4.5.4. Criação, forma, registro e extinção

A criação de sociedade de economia mista, para qualquer fim (prestação de serviço público, intervenção no domínio econômico), depende de lei autorizadora, conforme determinado pelo inciso XIX do art. 37 da Constituição da República, que nesse particular não faz qualquer distinção. A expressão “criadas”, constante nessa norma. também alcança a transformação de uma entidade já existente em sociedade de economia mista e a aquisição do controle acionário de uma pessoa jurídica pela Administração Pública. A criação de subsidiárias dessas sociedades e a sua participação em empresa privada também dependem de lei autorizadora (art. 37. XX, da CF). A Constituição paulista vai mais além. e exige prévia autorização legislativa para a fusão. cisão. incorporação e extinção desse tipo de sociedade (art. 115. XXI). A par disso. são constituídas nos moldes das sociedades mercantis. industriais ou de serviço, segundo seu precípuo objetivo. Assim, de posse da lei, promoverá a Administração Pública que a deseja os competentes atos de instituição e o indispensável arquivamento no Registro de Comércio. Quando se tratar de transformação ou de aquisição do controle acionário, também hão de ser arquivados nesses registros os respectivos atos.

No âmbito da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, as sociedades de economia mista devem atender à forma e ao regime da sociedade anônima, pois submetidas à Lei das Sociedades Anônimas. O mesmo prescreve, em relação à União, o inciso III do art. 5º do Decreto-Lei federal n. 200/67, se não se preferir afirmar que essa disposição está revogada. Para o funcionamento da sociedade de economia mista não basta a sua criação: exige-se a inscrição de seus atos constitutivos no Registro do Comércio. Após esse registro deve-se promover sua inscrição Junto aos órgãos federais, estaduais, distritais e municipais, necessários ao seu funcionamento.

Quanto à extinção das sociedades de economia mista, alerte-se que esta poderá ocorrer por insolvência e por determinação legal. Não podem, por conseguinte, extingui-las a Administração Pública, seus dirigentes ou a assembleia geral. Essas sociedades, quando exploradoras da atividade eco-

373

nômica, estão sujeitas à falência, embora o art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas prescrevas sem fazer qualquer distinção, regra contrária, e, pois, assegure-lhes a não-sujeição ao regime falimentar a que se submetem as demais sociedades anônimas. Nesse sentido também é a inteligência de Eros Roberto Grau (RDP, 79:103). A distinção exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público é relevante, no caso, já que em favor da continuidade do serviço público justifica-se a não-sujeição da sociedade de economia mista ao regime falimentar quando prestadora de serviço público. Por outro lado, a sua extinção há de ser autorizada por lei específica, o que torna inconstitucional a genérica autorização constante do art. 178 do Decreto-Lei federal n. 200/67, para o Executivo, por ato seu, liquidar, ou incorporar a outras, sociedade de economia mista que venha causando prejuízos. Essa lei específica só pode ser de iniciativa do Executivo, dado que a extinção desfaz instrumento de ação do Poder Executivo. Não fosse assim, haveria, a toda luz, quebra do princípio da independência dos Poderes (art. 22 da CF). Ademais, repetimos, o art. 61, § 1, II, e, da Carta Magna dispõe que é privativa do Presidente da República a iniciativa de leis para a criação de órgãos da Administração Pública, e deve-se entender por órgãos as entidades da Administração Pública indireta (autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública e fundações). Do contrário, ficará sem sentido a locução “Ministério”, que não teria então qualquer motivo para estar aí consignada. Eles poderiam ser criados, estruturados e ter suas atribuições indicadas, vez que são órgãos públicos.

4.5.5. Capital

O capital da sociedade de economia mista é composto de recursos públicos e privados. O substrato material só pode ser resultante dessa composição, e, em tais termos, absolutamente necessário. Ademais, para sua composição deve, obrigatoriamente, participar a Administração Pública ou uma entidade da Administração indireta, com a maior parte do capital votante, ou, nos termos do inciso III do art. 5 do Decreto-Lei federal n. 200/67, com a maioria das ações com direito a voto. Vê-se, assim, que, se para existir essa sociedade é necessária tal conjugação de capitais, não é essencial que a Administração Pública ou a entidade da Administração Pública indireta tenha a maioria do seu capital. Basta, tão- só, que uma ou outra tenha a maioria das ações com direito a voto ou, no mínimo, 51% dessas ações.

Portanto, atendida essa exigência, tem-se uma sociedade de economia mista. Se assim não acontecer e, mesmo que aconteça, se não houver,

374

por parte da Administração Pública ou da entidade de sua administração indireta, a intenção de criar ou assumir a sociedade como instrumento de realização de suas finalidades, não se terá essa espécie de sociedade. A mera condição de acionista, decorrente de penhora, herança ou outra razão, não pode instaurar uma sociedade de economia mista. A assunção da Administração Pública a essa condição há de ser deliberada.

4.5.6. Patrimônio

O patrimônio da sociedade de economia mista é formado pelo conjunto de bens, direitos e interesses que lhe pertencem. Como conjunto de bens, direitos e interesses, pode ser utilizado, onerado e alienado nos termos de seus atos constitutivos, independentemente de prévia autorização legislativas desde que para alcançar seus objetivos. Destarte, o patrimônio dessas entidades garante as obrigações assumidas, dado que no plano obrigacional equiparam-se às entidades privadas, conforme consignado no art. 173, § 12, 1, da Lei Maior. Ademais, dito patrimônio não é prestigiado pelas cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não-oneração. Aliás, a penhora e execução desse patrimônio estão expressamente previstas no art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei federal n. 6.404/76). Pode, assim, indubitavelmente, ser penhorado, e a execução observa as regras do Direito Comum (arts. 646 e s. do CPC), salvo se sua credora for a Fazenda Pública. Neste caso, a execução observará a Lei federal n. 6.830/80, conhecida por Lei de Execução Fiscal.

Se prestadoras de serviços públicos, os bens, direitos e interesses vinculados à sua execução terão proteção especial, como qualquer concessionário de serviço público tem, em vista do princípio da continuidade do serviço público, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação, cit., p. 142), ditada em relação às empresas públicas, mas absolutamente pertinente às sociedades de economia mista, como já anotado em tópico anterior. Em suma: seus bens não podem ser penhorados, ainda que o art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas os considere penhoráveis e executáveis.

4.5.7. Servidores

Os servidores, na verdade empregados, da sociedade de economia mista a ela se vinculam, por força do prescrito no art. 173, § 1º, I, da Constituição Federal, por um liame regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Ingressam nos quadros da entidade mediante concurso público de provas ou de provas e títulos. Para esse fim é irrelevante discutir se são prestadoras de serviço público ou interventoras na atividade econômica. Atente-

375

se que o concurso, não obstante sua necessidade para legitimar o ingresso do servidor nessas sociedades, não atribui, em tese, ao admitido qualquer direito que não esteja previsto no regime celetista. De sorte que, ainda que permaneçam vinculados à sociedade por muito tempo, não adquirem estabilidade, assim como não se tornam efetivos, mesmo que ocupantes de cargo, emprego ou função pertencente a plano de carreira.

Embora regidos pela Consolidação, tais servidores não podem acumular cargos, empregos ou funções, pois o inciso XVII do art. 37 da Constituição Federal determina que a proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Salvo, é natural, as hipóteses em que a Constituição, no inciso XVI, também desse artigo, encarrega-se de excepcionar. A par dessa vedação e no que respeita aos cargos de direção, outra norma proibitiva alcança os Deputados e Senadores. De fato, ex vi do art. 54 da Constituição Federal, esses parlamentares não podem aceitar ou exercer, desde a diplomação, cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que possam ser demissíveis ad nutum, nessas sociedades. e, desde a posse, não podem ocupar, nessas entidades, cargo ou função do qual possam ser exonerados ad nutum.

De outro lado, é assegurado ao servidor dessas sociedades, como aos demais celetistas, o direito de greve. Este, aliás, será exercido nos termos e condições definidas

na Lei federal n. 7.783, de 28 de junho de 1989, que trata do exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Quando prestadoras de serviços públicos, a greve de seus servidores será exercida nos termos da lei específica, prevista no art. 37, VII, da Lei Maior. Essa lei ainda não foi editada, como já frisamos alhures.

Por fim, ressalte-se que o julgamento dos litígios entre as sociedades de economia mista de qualquer nível (federal, estadual, distrital e municipais) e seus empregados cabe à Justiça do Trabalho (art. 114 da CF). É irrelevante para a determinação da competência da Justiça do Trabalho saber se a sociedade de economia mista é prestadora de serviço público ou interventora no domínio econômico. No âmbito dos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, essa competência é da Justiça do Trabalho, em relação às causas trabalhistas. No que se refere às demais pendências, tal competência, em todos os níveis, é da Justiça Comum, conforme decidiu o TJMG ao julgar o Conflito de Competência n. 14.249-0.

48. DJ. 23 out. 1995.

376

São remunerados segundo as regras do mercado de trabalho, mas alerte-se que essas sociedades, quando federais, conforme O art. 26, parágrafo único, f. do Decreto-Lei federal n. 200/67, não podem, em termos de despesas com pessoal, exceder o teto fixado pela União. A isso não estão obrigados os Estados e os Municípios. Para fins penais, os empregados dessas entidades são equiparados ao servidor público, consoante prescrito pelo parágrafo único do art. 327 do Código Penal.

4.5.8. Prerrogativas

Não detêm as sociedades de economia mista, em decorrência da sua natureza, privilégio de qualquer espécie, o que não significa que não possam ter, em certas circunstâncias, os que a lei instituidora ou outra estabelecer, exceto no que toca aos privilégios de natureza fiscal⁴⁹, se não extensivos às empresas do setor privado (art. 173, § 22, da CF). Certamente não haverá qualquer afronta se lhes forem outorgados alguns privilégios, a exemplo da isenção de determinado tributo em razão do fato de serem prestadoras de serviços públicos e como tal não abrangidas pelo regime jurídico do art. 173 da Lei Maior. Não desfrutam de prazo em dobro para recorrer⁵⁰, nem gozam dos benefícios do recurso ex officio⁵¹ ou de foro ou juízo privilegiado (RT 733:250). Seus bens podem ser penhorados salvo se comprometidos com a prestação do serviço público (STJ-2 T., REsp 176.078-SP, DJU. 8 mar. 1999, p. 200).

4.5.9. Atos e contratos

Os atos das sociedades de economia mista, se prestadoras de serviços públicos, são, em alguns casos, atos administrativos. Por essa razão podem ser atacados por mandado de segurança (Lei federal n. 1.533/51, art. 12, § 1) quando ilegal ou abusivamente afrontarem direito líquido e certo de alguém. e, se lesivos aos interesses dessas sociedades, por ação popular (Lei federal n. 4.717/65, art. 12). Afora isso, seus atos são regidos pelo Direito Privado, do mesmo modo que são regulados os atos das demais empresas do setor privado. Contra tais atos regulados pelo Direito Privado não cabe mandado de segurança⁵². Alguns de seus contratos são administrativos, regulando-se pela

49. Veja RT. 736:261 e 744:254.

50. Veja RJTJRS. 65:273: RT. 736:261 e 744:254.

51. Veja RJTJSP. 56:160: RT. 736:261 e 744:254.

52. Veja RT. 743:336.

377

Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, inclusive quanto à licitação que, por via de regra, é indispensável.

Atente-se que, se interventoras no domínio econômico, seus atos e contratos são regulados pelo Direito Privado (art. 173, § 1, II, da CF). Contra tais atos não cabe mandado de segurança⁵³. Podem ter um regulamento licitatório simplificado para legitimar seus vários negócios. No entanto, a aquisição de bens necessários ao atingimento de seus fins e a alienação do produto de sua atividade não necessitam de qualquer espécie de procedimento licitatório (RT. 739:394). Destarte, não há razão para se promover o certame para a compra de óleo bruto para ser refinado pela PETROBRAS, nem para a venda da gasolina por ela produzida. Em suma:

já decidiu o TCU que os negócios que têm por objeto uma obra, um serviço ou uma compra relacionados com as atividades-meio exigem licitação, enquanto os negócios que têm por objeto uma compra ou um serviço relacionados com as atividades-fim dispensam esse procedimento, pois são regulados pelo Direito Comercial⁵⁴. Não obstante seja assim, não se infira que o Município não está obrigado a licitar quando deseja adquirir gasolina.

4.5.10. Regime tributário

O regime tributário das sociedades de economia mista que têm por objetivo intervir na atividade econômica é o mesmo das empresas privadas, segundo o

determinado pelo art. 173, § P, II, da Lei Maior, sejam federais, sejam estaduais ou municipais. Dispõe essa regra que a sociedade de economia mista ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas. Se prestadoras de serviços públicos, a restrição não se coloca. Nesse caso, podem receber privilégios tributários, sem que estes também devam prestigiar as empresas particulares, pois a regra não alcança essas sociedades. Alguns autores, como é o caso de Adilson Abreu Dallari⁵⁵, vão mais além: inadmitem sobre seus bens, rendas e serviços a incidência de qualquer imposto, dado que um prolongamento da própria entidade pública que a criou.

4.5.11. A sociedade de economia mista e terceiros

O relacionamento das sociedades de economia mista com terceiros, quando interventoras da atividade econômica, obedece ao regime comum das empresas privadas, vez que não são prestigiadas por prerrogativas de

53. Veja RT. 728:348.

54. Veja RDA. 207:313.

55. Veja parecer sobre essa imunidade na RDA. 94:94.

378

autoridade ou benesses governamentais. Seus bens não gozam dos atributos da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, prestando-se, portanto, para garantir seus credores. Podem ser penhorados e executados. Se insolventes, podem requerer concordata e ter sua falência decretada, conforme se infere do inciso II do § 12 do art. 173 da Constituição da República. Assim, não se lhes aplica o disposto no art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, que retira essas entidades do regime de falência, pois contraria o regime de Direito Privado a que se submetem por força dessa previsão constitucional.

Se prestadoras de serviço público, os bens a ele vinculados recebem proteção especial, como recebem esse favor os bens de qualquer concessionária, tudo em razão do princípio da continuidade do serviço público. Seus bens não podem ser penhorados e, por via de consequência, não podem ser executados. Ainda, em razão desse princípio, não podem requerer concordata nem ter sua falência decretada. Nesse particular aplica-se-lhes o art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas. Por esse dispositivo, as sociedades de economia mista não se sujeitam ao regime falimentar quando criadas para prestar serviço público. De igual modo pensa, entre outros, Eros Roberto Grau (RDP, 79:103).

4.5.12. Controle

O controle da atuação das sociedades de economia mista é exercitado, pela Administração Pública a que estão vinculadas, sob dois aspectos: o administrativo e o financeiro, previstos no art. 26 do Decreto-Lei federal n. 200/67. Em razão disso, ficam sob a supervisão, na esfera federal, do Ministério a que estão ligadas (art. 19), e, no campo do Estado e do Município, sob a responsabilidade da Secretaria a que se vinculam.

Os titulares dessas pastas, responsáveis pelo controle e para bem desempenhá-lo, indicam ou nomeiam os dirigentes das sociedades de economia mista. Recebem relatórios, boletins, balanços, balancetes e outros dados e informações que lhes permitem avaliar o desempenho dessas pessoas governamentais e acompanhar a execução dos planos de atividade e programas de governo. A par disso, cabe-lhes aprovar as contas, os relatórios e balanços e fixar despesas de pessoal, de administração e publicidade. Esse controle, amplo, como se vê, permite-lhes, ainda, a realização de auditoria e periódica avaliação do rendimento e produtividade da sociedade de economia mista e, se for o caso, a intervenção (Dec.-Lei federal n. 200/ 67, art. 26, incisos e parágrafo).

- Considere-se, ainda, nos termos do art. 70 da Lei Maior, que a fiscalização contábil financeira orçamentária, operacional e patrimonial dessas

379

entidades, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, cabe ao Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União. O mesmo sistema é utilizado nos Estados-Membros e Municípios.

4.5.13. Responsabilidade

No que respeita às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios não respondem por danos decorrentes de sua atuação, nem pelas obrigações por elas assumidas, tanto quanto não respondem pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, causarem a terceiros, porque pessoas ou seja a. sujeitos de direito e obrigações. Aquelas e estas são entidades distintas, não havendo por que uma responder pela outra. Devem, as sociedades de economia mista, nesse particular, ser tratadas como empresas privadas (art. 173, § P. II. da CF), respondendo pelas obrigações contraídas e, nos termos do art. 927 do Código Civil, pelos prejuízos que seus servidores, nessa qualidade, venham a causar a terceiros ou à própria Administração Pública. Aliás, assim já decidiu o STF ao julgar o Recurso Extraordinário n. 64.800, em que prescreveu que o

Município não é responsável por dívida de empresa estatal sob seu controle. A responsabilidade nesses casos é subjetiva, isto é, com culpa. Se inexistir culpa ou dolo, não cabe a responsabilidade. Nem mesmo subsidiariamente a Administração Pública a que se vinculam responde por essas obrigações, muito embora o art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas prescreva de modo diverso. Essa entidade não responde por suas criações. Não obstante responderá se, por ato seu, der causa à extinção da sociedade que vimos estudando. Nesses casos, responderá até o montante dos valores recebidos, dado que somente esse era o garantidor das obrigações assumidas pela sociedade de economia mista extinta. Nem na falência a Administração Pública criadora da sociedade de economia mista responde.

Não será assim se a sociedade de economia mista for prestadora de serviço público. Nesse caso, responderá pelos danos decorrentes da execução do serviço e pelos prejuízos que seus servidores, nessa qualidade, causarem a terceiros. Nessas hipóteses, responderá objetivamente (art. 37. § 6. da CF) e até o exaunimento de seu patrimônio. Esgotado este, cabe à Administração Pública a que se vincula responder pelo remanescente. Com efeito, não seria justo, nem jurídico, que o simples trespasse do serviço público para a responsabilidade de uma dessas empresas pudesse tornar mais difícil o recebimento da indenização e, o que é pior, impedir, em

380

alguns casos, o completo ressarcimento do dano sofrido pela vítima. Trata-se portanto, de responsabilidade subsidiária da Administração Pública a que se subsume a sociedade de economia mista. Não bastassem ditos princípios a justificar essa responsabilidade subsidiária, diga-se que ela está prevista no art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas. Essa responsabilidade subsidiária não se aplica às outras obrigações, a exemplo das comerciais, trabalhistas e tributárias. Se forem extintas pela Administração Pública a que se ligam, esta responderá pelas obrigações assumidas pela sociedade de economia mista até o montante dos bens recebidos, pois esses eram os únicos a garanti-las, salvo em relação aos danos decorrentes de sua atuação e dos prejuízos causados pelos seus servidores agindo nessas condições. Nesses casos a responsabilidade é total.

4.5.14. Sociedade de economia mista estadual, distrital e municipal

Restou patente, do que até agora foi dito, que não há qualquer regra que vede aos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios a criação, para a realização de seus desígnios, de sociedades de economia mista. Com efeito, se a essas entidades políticas

atribuiu-se competência para organizar e prestar serviços de suas respectivas alçadas. é natural que se admita que possam escolher os meios ou os instrumentos para a correspondente execução. Destarte, podem instituir essas sociedades para organizar e explorar. nas respectivas áreas de competência. os serviços públicos que estão sob sua responsabilidade. O fundamento para tal comportamento está no § 6 do art. 37 da Constituição Federal, que atribui às pessoas privadas, e a sociedade de economia mista tem tal natureza, a responsabilidade pelos danos que seus servidores nessa qualidade causarem a terceiros. Ora. se elas assim respondem é porque podem ser criadas. Também essa possibilidade de criação pode ser extraída do caput desse artigo. que menciona Administração Pública indireta, e a sociedade de economia mista é assim considerada quando prestadora de serviço público. Também podem criar sociedade de economia mista para o desempenho de atividades econômicas ligadas à produção ou comercialização de bens ou à prestação de serviços, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. Além do que. esse artigo menciona a palavra “Estado”. expressão que compreende a União. os Estados- Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Sendo assim, não há qualquer razão para vedar a essas pessoas políticas das três esferas de governo a possibilidade de se instrumentalizarem com essas sociedades para cumprir com suas finalidades. Em síntese. não só a União. como os EstadosMembros, o Distrito Federal e os Municípios podem criar, para qualquer desses fins, sociedades de economia mista.

381

4.6. Convênio, consórcio, serviço social autônomo e organização social

Cada vez mais, sempre por exigência dos administrados, as responsabilidades da Administração Pública vão se tornando mais variadas e complexas. Impõe-se, assim, para corresponder a esses anseios. a adoção de técnicas e métodos mais modernos, perfeitos e eficientes, que. a seu turno, reclamam profissionais qualificados. De outro lado. a instituição, organização e manutenção, em bases econômicas, de determinados serviços, a aquisição e conservação de máquinas e de outros equipamentos e a admissão de pessoal técnico especializado podem representar para a Administração Pública. notadamente as pequenas, pesados ônus, que comumente vão além de suas forças financeiras. Ademais. ditos serviços podem interessar a mais de uma pessoa pública (Município e Estado-Membro ou vários Municípios) ou ter reflexos diretos e imediatos sobre outras tantas dessas pessoas ou mesmo particulares. Em ocorrendo uma ou outra dessas circunstâncias. a solução dos problemas que com elas surgem pode estar na

instituição, organização e funcionamento de convênios e consórcios, cujos regimes jurídicos correspondentes são adiante tracejados. Ao lado desses entes despersonalizados, encontram-se os serviços sociais autônomos, associações civis ou fundações privadas destinadas a prestar assistência à comunidade, por exemplo, a Associação das Pioneiras Sociais (APS), ou ministrar ensino a certas categorias profissionais, tal como o SENAI, e as novas criações do Direito Brasileiro, isto é, as organizações sociais, reguladas pela Lei federal n. 9.637/98. São entes ou pessoas particulares, que atuam sem fins lucrativos, prestando atividades públicas, que se ligam à pessoa política que deseja sua colaboração. Tal qual os consórcios, convênios e serviços sociais autônomos, as organizações sociais não integram a Administração Pública indireta, embora, em termos de atividade que prestam à comunidade, muito se aproximam, daí sua colocação nesta parte do capítulo que trata da Execução do Serviço Público.

4.6.1. Convênios

Tal como ocorria nos regimes constitucionais anteriores, a exemplo dos de 1967 (arts. 13, § 3. e 14, § 4) e 1969 (art. 13, § 3), a Constituição de 1988 também registra a palavra convênio (art. 71, VI. e 199, § 1). Mesmo que assim não fosse, não cremos que a celebração desses ajustes por pessoas públicas (Município e Estado-Membro, União e autarquia estadual) ou por pessoas públicas e particulares, sendo estas físicas, jurídicas ou governamentais (Município e João Marinotto. Estado-Membro e Irmãos Corrêa S/A: União. Sociedade de Economia Mista estadual e Empresa Pública

382

municipal), para a realização de obras e serviços ou qualquer outro interesse comum, estivesse vedada. Ademais, o art. 23 da Constituição Federal, que elenca as competências comuns da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, prescreve, em seu parágrafo único, que lei complementar fixará as normas para a cooperação entre essas entidades, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar nacionais. Aí estaria o permissivo para a adoção desses mecanismos de cooperação. Ainda, o convênio é indicado na alínea b do § 1 do art. 10 do Decreto-Lei federal n. 200/67, consoante suas posteriores alterações, que dispõe sobre a organização da Administração Federal como instrumento de descentralização das atividades federais. Mais recentemente, em 1993, a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública regulou essa matéria no art. 116 e, por último, a EC 19/98, ao dar nova redação ao art. 241, acabou por prescrever que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os

Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. De sorte que nos parece pacífica sua utilização por qualquer das entidades das diversas esferas de governo.

Os autores, sem muita variação e calcados em regras do Direito Positivo anterior a 1988, a exemplo do art. 104 da Constituição paulista, emendada em 30 de outubro de 1969, têm definido o convênio como sendo o ajuste administrativo, celebrado por pessoas públicas de qualquer espécie ou realizado por essas pessoas e outras de natureza privada, para a consecução, de objetivos de interesse comum dos convenientes.

E ajuste administrativo. Não se trata, portanto, de contrato, nem mesmo administrativo. O “convênio”, diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 354). “é acordo, mas não é contrato”. No contrato têm-se partes, ligadas perenemente (contratualmente), que buscam interesses diversos e contrapostos (uma quer, no contrato de obra pública, a obra: a outra deseja a contraprestação. o preço)⁵⁶. No convênio tem-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns (ambos os Municípios querem a demarcação dos limites municipais: ou Estado-Membro e União desejam trocar informações para fins

56. Essas lições foram acolhidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante v. acórdão estampado na RT. 678:78. Indicando que no convênio os interesses não são contrapostos. veja v. acórdão dessa mesma Corte publicado no Informativo Licitações e Contratos (ILC). 39:401.

383

tributários). Desse modo, é natural que qualquer partícipe, a todo tempo, possa denunciar o convênio e dele retirar-se, respondendo pelas obrigações assumidas e auferindo as vantagens até esse momento. Nada deve impedir esses atos do partícipe. Não se pode, nem mesmo constando do convênio, obrigá-lo a permanecer integrando o ajuste ou puni-lo por solicitar seu desligamento. Qualquer cláusula que restrinja a faculdade de denunciar o acordo ou que institua punição pela retirada contraria a natureza desses ajustes e por essa razão não é admitida, conforme vêm decidindo os nossos pretórios, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJSP. 95:6 1). Cláusulas desse teor devem ser tidas como não escritas.

Dos convênios podem participar pessoas públicas de qualquer espécie (União e Estado Federado. Município e Estado-Membro. União. Distrito Federal e Estado-

Membro) ou podem participar qualquer dessas pessoas (União. Município) e pessoas privadas, quer sejam físicas (homem, mulher), quer sejam jurídicas (sociedade mercantil, fundação). Não há necessidade de que tais pessoas sejam da mesma espécie ou que todas sejam públicas. Todavia, dada a natureza administrativa que encerram, é indispensável que, no mínimo, um dos partícipes seja pessoa pública. Desse modo, não seriam convênios administrativos se todos seus convenientes fossem pessoas privadas. Alerta-se que dele só podem participar pessoas. E nulo o convênio celebrado por órgãos do conveniente, como são os Ministérios, no âmbito federal, e as Secretarias, no estadual, distrital ou municipal. Por outro lado, novos partícipes podem ser admitidos no ajuste, bastando que seus interesses sejam os mesmos dos buscados pelos diversos convenientes e que atendam às demais condições de ingresso reguladas pelo próprio termo de convênio. Se sobre essa admissão nada dispuser o termo de convênio, há de ser entendida como proibida. Nada impede sua alteração para, após, aceitarem-se os novos partícipes.

O convênio pode ter por objeto qualquer coisa (obra, serviço, uso de certo bem), desde que encarne, relacionado com cada partícipe, um interesse público. A sua natureza administrativa impede que o objeto apenas consagre o interesse privado que o partícipe particular deseja ver prestigiado com a ajuda do conveniente público. Pode ocorrer que o objeto, além de encarnar um interesse público, também sintetize um interesse particular, como é o caso do convênio em que um dos partícipes é pessoa privada. Nessa hipótese não há qualquer óbice à constituição do convênio. Com efeito, se assim não se admitisse, seria improvável que uma pessoa privada tivesse algum interesse em conveniar com a Administração Pública.

Ademais, o objeto deve atender a interesses comuns dos partícipes. Vale dizer: os convenientes devem ter interesses iguais, comuns. Todos, por

384

exemplo, querem o serviço de travessia de um rio por meio de balsa ou todos pretendem, n'iria economia de escala, baratear o custo da aquisição de certos bens. Ninguém deseja vantagens ou interesses opostos. Se pretenderem interesses contrapostos, não se tem convênio, mas contrato. Isso não significa que todos devam cooperar para a consecução do objetivo comum de modo idêntico: ao contrário, o comum é a diversificação da cooperação (um se responsabiliza pela construção da balsa: outro, pelo ancoradouro da margem direita: outro, pelo da margem esquerda: e outro, pelo funcionamento do serviço de travessia).

O convênio, dali a sua índole, não adquire personalidade jurídica. De sorte que não pode ser tido como pessoa. Não lhe cabe, pois, por exemplo, comprar ou vender, ser locador ou locatário, ser empregador, contratar ou distratar, abrir e manter conta bancária, ter inscrição estadual, municipal ou federal (CNPJMF), doar ou receber em doação, conveniar ou, em suma, assumir obrigações e desfrutar de direitos, já que tais poderes são próprios das pessoas físicas e jurídicas. Além disso, não se pode pretender que o convênio tenha estrutura organizacional e administração empresarial. Essas preocupações não se compatibilizam com sua natureza e instabilidade institucional. A execução do convênio, por todas essas razões, fica sob a responsabilidade dos partícipes ou de uma comissão executiva, que atuará nos termos e condições do convênio, mas sempre em nome dos partícipes. Seus atos e comportamentos, portanto, são imputados ao partícipe, que, segundo o ajuste, assumirá, responsabilizando-se pelos ônus correspondentes. Para facilitar a execução, o partícipe ou a comissão executiva podem valer-se do regime de adiantamento, conforme previsto pelo art. 68 da Lei federal n. 4.320/1, desde que instituído e regulado por lei do conveniente responsável pela despesa. O adiantamento é ao representante do partícipe, que, após a realização da despesa, dela prestará conta.

De sorte que ao ajuste se atribuir personalidade jurídica não se terá mais convênio: estará caracterizado como tal. Ter-se-á uma pessoa (sociedade civil, comercial ou industrial) com todas as implicações que lhe são inerentes e, quase sempre incompatíveis em relação à Administração Pública que dela participa. O convênio é útil dentro dos limites em que foi concebido e assim deve ser utilizado. Se o que se pretende é uma empresa, deve-se criá-la e assimi-la como tal. Esses inconvenientes têm levado os autores a aconselhar a criação de uma sociedade civil, comercial ou industrial, com o fim de executar o convênio em todos os termos e condições fixados pelos partícipes. Então, mantém o convênio como sim-ples pacto de cooperação, ao lado de uma pessoa jurídica que lhe dará execução.

exercendo e contraindo obrigações em nome próprio. Não

385

nos parece, contudo adequado o conselho. De fato, a manutenção de ambos os organismos, sem dúvida, trará inúmeras dificuldades e conflitos de toda ordem. Ademais, ao longo do tempo, a entidade empresarial, porque mais útil e versátil, acabará por prevalecer, com o desaparecimento do convênio. Por tudo isso nos parece

mais coerente a instituição, desde logo, da empresa para cuidar dos interesses dos convenientes.

Formaliza-se a instituição do convênio por termo. Este, embora simples, deve ter preâmbulo, texto e encerramento, aplicando-se, no que couber, o que a esse respeito dissemos no Capítulo X sobre o contrato administrativo. Sua celebração deve ser previamente autorizada por lei de cada partícipe, salvo em relação ao conveniente particular. No que concerne à lei autorizadora, ressalte-se que o STF, em mais de uma vez, julgou inconstitucional essa exigência, por entendê-la como violadora do princípio da harmonia e independência dos Poderes (RTJ, 94:995 e 115:597; RDA, 140:63 e 161:169; RT, 599:222). Em abono a essa tese do STF, prescreve o § 2 do mencionado art. 116 que a entidade ou órgão repassador dos recursos dará ciência à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva. Destarte, adotada tal inteligência, não há necessidade de prévia autorização legislativa para a celebração do ajuste, nem de aprovação a posteriori de quem quer que seja. Isso não significa que os ditos ajustes não possam ser fiscalizados pelo, por exemplo, Tribunal de Contas competente.

Dada sua natureza, não exige qualquer registro ou arquivamento de seus atos constitutivos em órgãos públicos. É oportuno, no entanto, e às vezes até necessário, que o conveniente tenha cópia dos convênios de que participa em seus arquivos e os mantenha sob controle. Por entendimento comum dos partícipes, pode ser alterado. Essa alteração faz-se por termo de alteração.

O convênio é instituído sem prazo de duração, embora já tenhamos visto termos de convênio em que esse prazo foi estabelecido e, ainda, com sua prorrogação prevista. Com ou sem prazo, o convênio pode ser extinto a qualquer momento pela vontade dos partícipes. Acertada a extinção, lavra-se o termo de extinção ou de rescisão.

Consoante a dicção da Lei federal n. 8.666/93, esses ajustes estão submetidos a outras regras, sem que isso tenha mudado sua natureza jurídica, aplicáveis à União quando ela é conveniente. Essa lei, além de estabelecer sua aplicabilidade, no que couber, a esses e outros ajustes congêneres, prescreveu no § 12 do art. 116 que a celebração de convênio depende de prévia aprovação do competente plano de trabalho proposto pela entidade interessada. Esse plano deverá conter, no mínimo, a identificação do objeto a ser executado, as metas a serem alcançadas, as etapas

386

de execução, o plano de aplicação dos recursos financeiros, o cronograma de execução, a previsão do início e fim da execução do objeto, a previsão da conclusão

de cada etapa e que os recursos próprios para a ornamentação do objeto estão assegurados, salvo se essa responsabilidade couber a terceiro.

A liberação das parcelas, nos termos do art. 116, § 32, SÓ poderá ocorrer na estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, salvo as hipóteses de irregularidade, em que ficarão retidas. Os saldos dos convênios, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial, se a previsão de uso for superior a um mês, ou em fundo de aplicação de curto prazo, se o prazo de aplicação for menor que um mês (art. 116, § 42). Os resultados dessas aplicações serão computados, obrigatoriamente, a crédito do convênio (art. 116, § 52) e aplicados no seu objeto. No caso de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, os saldos existentes serão devolvidos à entidade ou órgão repassador no prazo de trinta dias, sob pena de tomada de contas (art. 116, § 62).

4.6.2. Consórcios

Quando do acordo participam apenas entidades públicas da mesma espécie, isto é, só Estados-Membros ou só Municípios, diz-se que se está em face de um consórcio. Pode ser assim definido: é o ajuste administrativo celebrado por pessoas públicas da mesma espécie, para a consecução de objetivos de interesse comum dos partícipes. Vê-se que a distinção entre convênios e consórcios está na diversidade, ou não, dos partícipes. Dos convênios podem participar pessoas públicas de qualquer espécie ou mesmo particulares; dos consórcios só podem participar pessoas públicas, desde que da mesma espécie. De sorte que, entre a União, o Estado Federado e o Município pode haver convênio. Entre dois Estados-Membros ou cinco Municípios pode haver consórcio. A participação de particulares, se não está proibida, descaracteriza, por essa razão, o consórcio.

Não cremos que somente nessa particularidade dos partícipes reside a diferença entre esses ajustes, dado que várias leis vigentes têm exigido que OS consórcios tenham um conselho consultivo, uma autoridade executiva e um conselho fiscal, sem fazer a mesma exigência para os convênios. Nesse sentido prescrevem a Lei Orgânica do Município de Cubatão, em São Paulo, promulgada em 9 de abril de 1990 (art. 95, § 22), a Lei Orgânica do Município de Tupã, também em São Paulo, promulgada em 4 de abril de 1990 (art. 84, § 32), a Lei Orgânica do Município de Santo André, na

387

Região Metropolitana de São Paulo, promulgada em 2 de abril de 1990 (art. 110, parágrafo único) e a Lei Orgânica do Município de Rondonópolis, em Mato Grosso.

promulgada em 5 de abril de 1990 (art. 157, § 62). entre outras. Assim, a estrutura administrativa também é item diferenciador entre esses dois tipos de ajustes. No mais, tudo o que se disse em relação ao convênio aplica-se ao consórcio.

O consórcio, do qual se acabou de, sumuladamente, dar o regime jurídico, não se confunde com o consórcio de empresas, previsto e regulado no art. 33 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Este é a reunião de empresas para participar de uma dada licitação, pois isoladamente nenhuma delas atenderia as exigências da licitação.

A possibilidade de participação de empresas consorciadas há de estar prevista e regulada no instrumento convocatório, observado o disposto nesse dispositivo regulamentador. O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, no que lhe é pertinente, regulou essa matéria pela Resolução n. 428, de 18 de junho de 1999. Esse Conselho foi mais além para disciplinar a participação de empresas estrangeiras em licitação para obras e serviços de engenharia, e para regular a comprovação de acervo técnico de obras e serviços dessa natureza executados no exterior.

4.6.3. Serviços sociais autônomos

A Administração Pública, especialmente a federal, vem, de uns tempos para cá, aceitando e prestigiando a colaboração de entidades privadas (associações, fundações), que ministram ensino a certas categorias profissionais, como são: o SENAI, o SENAC, o SESI e o SESC. São entidades que por força de legislação específica foram criadas e organizadas e ainda são dirigidas pelas respectivas Confederações Nacionais. Com efeito, pelo Decreto-Lei federal n. 4.048/42, a Confederação Nacional da Indústria recebeu a responsabilidade de criar, organizar e dirigir o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial — SENAI, com a finalidade, em todo o País, de ministrar ensino de continuação, aperfeiçoamento e especialização, para trabalhadores industriários não sujeitos à aprendizagem (art. 2). Pelo Decreto-Lei federal n. 8.621/46, foi atribuído à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criar, organizar e administrar, no território nacional, escolas de aprendizagem comercial (art. 1). Para isso, essa entidade foi autorizada a criar o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial — SENAC (art. 22). Pelo Decreto-Lei federal n. 9.403/46, a Confederação Nacional da Indústria recebeu a incumbência de criar, organizar e dirigir o Serviço Social da Indústria — SESI (art. 1), com a finalidade de estudar,

planejar e executar. direta e indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e atividades assemelhadas. concorrendo para a melhoria do padrão geral de vida no País. e. bem Assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico e do desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes. Por fim, pelo Decreto-Lei, também federal. n. 9.853/46. foi outorgada à Confederação Nacional do Comércio a responsabilidade de criar o Serviço Social do Comércio — SESC. com a finalidade de planejar e executar. direta e indiretamente, medidas que contribuam para o bem-estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários e suas famílias, e. bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico da coletividade (art. 12). Esses diplomas legais garantiram a manutenção dessas entidades mediante contribuição parafiscal exigida dos empregadores, ou seja, dos industriais e comerciantes. respectivamente.

Essas entidades. entes privados de cooperação da Administração Pública. sem fins lucrativos. genericamente denominadas serviços sociais autônomos, foram criadas mediante autorização legislativa federal, mas não prestam serviços públicos, nem integram a Administração Pública federal direta ou indireta, ainda que dela recebam reconhecimento e amparo financeiro. Exercem. isto sim. atividades privadas de interesse público. São dotadas de patrimônio e administração próprios. Não se subordinam à Administração Pública Federal. apenas se vinculam ao Ministério cuja atividade. por natureza, mais se aproxima das que desempenham. para controle finalístico e prestação de contas. São associações, sociedades civis ou fundações criadas segundo o modelo ditado pelo Direito Privado, mas delas distinguem-se pelo poder de exigirem contribuições de certos obrigados (industriais e comerciante), instituídas por lei conforme previsto no art. 149 da Lei Magna. O vínculo que celebram com seus empregados é o celetista, observado, para fins de admissão. o competente processo seletivo: quanto à sua demissão deve ser motivada. São equiparados aos funcionários públicos para fins penais. nos termos do § 12 do art. 327 do Código Penal. Os atos de seus dirigentes, conforme a natureza, podem ser atacados por mandado de segurança. Por outro lado, esses atos e os contratos celebrados. se lesivos ao patrimônio da entidade, podem ser contestados por ação popular. Por fim. diga-se que essas entidades não desfrutam de privilégios administrativos. tributários ou processuais. salvo os que lei específica lhes outorgar. que demandam ou são demandadas na Justiça Estadual. que estão

57. Súmula 516 do STF. ainda que faça referência somente ao SESI.

sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União e devem, para a realização de seus negócios, observar os princípios da licitação, conforme tem decidido essa Corte de Contas (Acórdão n. 184/98, DOU, 30 dez. 1998, e Decisão n. 98, DOU, 29 fev. 2000).

4.6.4. Organizações sociais

Sabendo da existência de associações civis e de fundações constituídas, organizadas e dirigidas segundo as regras do Direito Privado que, sem fins lucrativos, estão voltadas ao desempenho de atividades de interesse público, como são as de saúde e educação, o Estado dispôs-se a aproveitá-las visando diminuir sua atuação nesse setor em que não age com exclusividade e, com isso, melhorar a prestação desses serviços, já que a Constituição Federal faculta essa parceria em mais de um de seus dispositivos, a exemplo dos arts. 199, § 12, 204, 1, 205, 216, § 12, e 227. Daí dispor o art. 1 da Lei federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que 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. Assim, encontrada essa associação ou fundação, por sua própria iniciativa ou ação estatal, cabe à Administração Pública interessada em tê-la como sua parceira qualificá-la como organização social, observados os requisitos exigidos por essa lei e após transferir-lhe bens e recursos com a condição de aumentar e melhorar os serviços que presta à comunidade. Não são, como se vê, entidades da Administração Pública indireta. São entidades privadas que se valem do contrato de gestão para prestar atividades públicas, com apoio das pessoas políticas que as aceitam como parceiras.

A Administração Pública, é fácil de ver, não cria uma nova instituição nem aceita a existente tal como instituída e organizada pelos particulares:

apenas a qualifica como organização social se conformada às exigências dessa lei. Se não estiver assim constituída e organizada, seus atos constitutivos podem ser alterados para essa adequação. Destarte, só merecerão o título de organização social as entidades que previamente atenderem às exigências arroladas no art. 22 dessa lei, ou seja: 1 — comprovar O registro de seu ato constitutivo, que deve consignar: a) a natureza social de seus objetivos, relacionados com uma ou mais das atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde; b) a inexistência de finalidade lucrativa:

c) o investimento obrigatório de seus excedentes financeiros no desenvolvimento de suas atividades; d) como órgãos de deliberação superior e de direção um conselho de administração e uma diretoria; e) a obrigatoriedade de participação no órgão de deliberação superior de representantes do Poder Público e de membros da comunidade considerados de notória capacidade profissional e idoneidade moral; a composição e atribuições da diretoria; g) a obrigatoriedade da publicação anual no DOU dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; h) a obrigatoriedade da aceitação de novos sócios se associação civil; i) a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese; i) a incorporação integral ao seu patrimônio das doações e legados recebidos; k) em caso de extinção ou desqualificação, que seus bens serão ofertados a outra organização social da mesma área de atuação ou ao patrimônio da Administração Pública que a qualificou como organização social, na proporção dos valores recebidos: II conveniência de sua qualificação como organização social. No âmbito federal são organizações sociais a Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto — ACERP e a Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncroton — ABTLuS.

O ato de qualificação é discricionário, pois cabe ao Ministro ou titular do órgão superior ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade privada passível de ser organização social e da autoridade indicada em substituição ao Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado. sua indicação. A Administração Pública que qualificou a associação civil ou a fundação privada como organização social pode desqualificá-la em razão do descumprimento das cláusulas do contrato de gestão, conforme disciplina indicada no art. 16 e parágrafos da Lei federal n. 9.637/98. A desqualificação será precedida de indispensável processo administrativo em que se reconhece e respeita o amplo direito de defesa da organização social assim punida. A lei não trata, mas é certo que a desqualificação também poderá ser determinada por mérito, pois em nenhum momento a Administração Pública transferiu a titularidade dos serviços, podendo retomá-lo quando entender conveniente, devendo, eventualmente, satisfazer alguma indenização, conforme os termos do contrato de gestão. Como regra, cremos não caber qualquer indenização, por tratar-se de parceria e pelo fato de a organização social não visar lucro. A desqualificação importará na reversão dos bens permitidos e dos valores entregues não utilizados pela então organização social. Nos casos de desqualificação por desobediência do contrato de gestão os dirigentes da então organização social responderão, individual e

solidariamente, pelos anos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. Enquanto não

391

desqualificada. a organização será gerida segundo as regras do contrato de gestão e as de direito privado aplicáveis na espécie. Seus atos e contratos são de natureza privada e celebrados independentemente de licitação, mas observados os seus princípios, se lhe foram transferidos recursos públicos financeiros. Seus servidores são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sua admissão deve observar certo processo seletivo e sua demissão deve ser motivada se lhe foram transferidos recursos públicos financeiros. Nas hipóteses em que tais recursos públicos financeiros lhe forem transferidos, sujeitam-se ao controle da Corte de Contas competente (parágrafo único do art. 70 da CF).

Atendidas as mencionadas exigências, há de ser celebrado o competente contrato de gestão⁵. dado que só assim restará viabilizada legalmente a parceria, ainda que se possa questionar a natureza contratual desse instrumento jurídico. O certo é que sem esse contrato nenhum relacionamento será ajustado entre a Administração Pública e a organização social. e só após sua celebração a organização social poderá ser destinatária de recursos orçamentários e de bens públicos. móveis, imóveis e semoventes, conforme aí dispostos e necessários ao desenvolvimento dos programas e à obtenção das metas. também fixados nesse instrumento de acordo. A transferência do uso dos bens será efetivada mediante permissão de uso e independentemente de licitação (art. 12, § 39, da Lei n. 9.637/98). ainda que essa dispensa de licitação pareça ilegal. em certos casos. De outro lado. os créditos orçamentários e suas respectivas liberações observarão o cronograma de desembolso estabelecido no contrato de gestão (art. 12, § 1. da Lei n. 9.637/98).

Essa espécie de parceria pode ser utilizada pelos Estados-Membros. Distrito Federal e Municípios. bastando que editem suas respectivas normas legais. Alguns Estados já editaram suas leis. como é o caso do Estado de São Paulo. Com efeito, neste Estado vigora, desde 4 de junho de 1998. a Lei Complementar n. 846. que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

4.6.5. Organizações da sociedade civil de interesse público

As organizações da sociedade civil de interesse público foram instituídas e reguladas pela Lei federal n. 9.790. de 23 de março de 1999. que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins

58. Sobre o contrato de gestão. veja o n. 1.7 do item VIII do Capítulo X.

392

lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e institui e disciplina o Termo de Parceria. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto federal n. 3.100. de 30 de junho de 1999. e pela Portaria n. 361. de 27 de julho de 1999. do Ministério da Justiça. Na realidade, não se cuida da instituição de nova entidade. mas da atribuição do status de organização da sociedade civil de interesse público a pessoas jurídicas criadas nos moldes do Direito Privado, existentes, portanto, na sociedade.

A outorga desse status não é de ofício, muito menos é automática. pois deve ser requerida ao Ministério da Justiça (art. 59), Para esse pedido a pessoa jurídica de Direito Privado não deve objetivar lucros e ter no mínimo uma das finalidades arroladas nos vários incisos do art. 32, a exemplo:

promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção do voluntariado; promoção da defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza.

Ademais. nos termos do art. 42, para a outorga dessa qualificação, a requerente deverá ser regida por estatuto cujas normas disponham sobre as várias matérias elencadas em seus vários incisos. a exemplo, a observância dos princípios da legalidade. impessoalidade. moralidade, publicidade. economicidade e da eficiência: a adoção de práticas de gestão administrativa. necessárias e suficientes a coibir a obtenção. de forma individual ou coletiva. de benefícios ou vantagens pessoais. em decorrência da participação no respectivo processo decisório: a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como organização da sociedade civil de interesse público e que, preferencialmente. tenha o mesmo objeto social.

Interessada em obter a qualificação instituída pela Lei n. 9.790. a pessoa jurídica deverá formular o requerimento. atendidas as exigências dos arts. 39 e 49, instruído com cópias dos seguintes documentos: estatuto social registrado no cartório competente: ata de eleição de sua última diretoria:

balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício: declaração de isenção do imposto de renda: e inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes. Além disso. deverá ser apresentado ao protocolo geral do Ministério da Justiça ou remetido pelo correio, conforme orientado pela Portaria n. 361/99. No prazo de trinta dias.

contados da atuação no protocolo geral. a Secretaria Nacional de Justiça deferirá ou não o pedido, publicando seu despacho no DOU. O indeferimento somente poderá fundar-se num dos motivos indicados no § 32 do art. 6, ou seja, por enquadrar-se. a requerem 392

393

te. numa das hipóteses do art. 2 por não atender aos requisitos dos arts. 32 e 42; por apresentar documentação incompleta.

Não será outorgado tal status, conforme determinado na mencionada lei. às entidades. ainda que se dediquem de qualquer forma a uma ou mais das atividades mencionadas no art. 39 arroladas nos diversos incisos do art 2: as sociedades comerciais: os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos. cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações.

Destarte, somente com o atendimento prévio de todas as exigências mencionadas na correspondente legislação, pode o Ministério da Justiça outorgar à requerente o status de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Seu comportamento é, portanto, vinculado, como, aliás, está expressamente referido no § 22 do seu art. 12. Uma vez outorgada essa qualificação, a sua beneficiária somente o perderá em razão de pedido. nesse sentido. expressamente formulado ao Ministro da Justiça ou por decisão em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, assegurado amplo direito de defesa (art. 72)

Uma vez qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, sua beneficiária está em condições de celebrar acordo de cooperação com o Poder Público, que assim a reconheceu, para o fomento e a execução de uma ou mais das atividades de interesse público arroladas no art. 39, Esse ajuste. denominado de Termo de Parceria, discriminará os direitos, responsabilidade e obrigações de cada uma das partes. Nesse Termo de Parceria, precedido da oitiva dos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação nos respectivos níveis de governo. deverão contar. como essenciais, as cláusulas mencionadas nos incisos do § 22 do art. 10. a exemplo: a relacionada com o objeto: a de estipulação das metas e resultados a serem atingidos e prazos de execução; a de previsão dos critérios objetivos de avaliação de desempenho.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, embora muito parecidas, não se confundem com as Organizações Sociais. Diferenciam-se, substancialmente, pelas seguintes notas: a outorga do status é vinculada; não celebram contrato de gestão: o Poder Público outorgante da qualificação não participa da sua direção ou administração; seus objetivos são mais amplos, não se destinam a substituir o Poder Público na prestação de certos serviços públicos.

394

CAPÍTULO IX

LICITAÇÃO

I— ASPECTOS GERAIS

1. Conceito

A procura da melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), é, quase sempre, obrigatória, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar e em outras tantas a licitação é para elas inexigível ou mesmo vedada'. A seleção dessa melhor proposta, feita segundo critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderam ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento, denominado, por alguns, lei interna da licitação e do contrato.

Esse procedimento levado a efeito para encontrar a melhor proposta, chamado de licitação², embora não seja o mesmo para os grupos de obrigados a licitar (pessoas públicas, pessoas governamentais), é regulado pelo Direito a licitar.

1. As subsidiárias das empresas governamentais também estão obrigadas, em tese.

2. Sobre a origem da palavra licitação e seu aparecimento no Direito Administrativo brasileiro, veja Carlos Leopoldo Dayrel. Das licitações na administração paulista. Rio de Janeiro Forense. 1973, p. 13.

395

Administrativo. Sujeitam-se a esse procedimento tão-só as pessoas jurídicas de Direito Público, as governamentais e outros entes (fundos especiais. Câmara de Vereadores) que, por lei, a isso estejam obrigados. Anote-se que essa obrigatoriedade é decorrência genérica (art. 37. XXI) ou específica (art. 175) da Constituição Federal e, se

assim não fosse. a exigência decorreria do princípio da igualdade. De sorte que a licitação seria exigida. como. aliás, sempre foi. ainda que a Constituição Federal não mencionasse essa palavra.

De outro lado. a necessidade de sua realização pode estar ligada a um contrato (alienação, aquisição e locação de bens ou à execução de serviço e obras) ou a um ato (permissão de uso de bem público) que se quer celebrar. Em suma. a promoção desse procedimento pode estar vinculada a qualquer negócio desejado pela entidade obrigada a buscar a melhor proposta. desde que possa ser atendida por mais de um interessado.

Por tudo o que afirmamos. a licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo³ através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos. de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. A pessoa obrigada a licitar é denominada licitante e a que participa do procedimento da licitação, com a expectativa de vencê-la e ser contratada. é chamada de proponente ou licitante particular.

2. Finalidades

Duas são as finalidades da licitação. De fato. a licitação visa proporcionar. em primeiro lugar. às pessoas a ela submetidas. a obtenção da proposta mais vantajosa (a que melhor atende. especialmente. em termos financeiros aos interesses da entidade licitante), e. em segundo lugar. dar igual oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas. consoante estabelece o art. 32 da Lei federal n. 8.666/93. com as alterações introduzidas posteriormente pelas Leis federais n. 8.883/94. 9.648/98 e 9.54/994, Essa lei. chamada de Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública ou de Estatuto federal das Licitações e Contratos

396

Administrativos ou. simplesmente. de Estatuto federal Licitatório. regulamentou o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Ressalve-se que a primeira dessas finalidades pode ser frustrada, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Licitação. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1980, p. 3), por vício jurídico ou insatisfação das propostas. É O que a doutrina denomina licitação fracassada. Nesses casos a administração Pública deve promover nova licitação, salvo a hipótese do inciso VII do art. 24. em que o objeto licitado pode ser adjudicado diretamente por preço não superior ao consignado no sistema de registro de preços de bens ou de serviços ou se com o fracasso restar caracterizada uma situação de

emergência em que a contratação será celebrada sem licitação. com base no inciso IV do art. 24 do citado Estatuto. Hoje, as consequências de uma licitação fracassada. em razão da inabilitação de todos os licitantes ou da desqualificação de todas as propostas estão minimizadas, pois. nos termos do § 32 do art. 48 desse diploma legal. a Administração Pública licitante poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou outras propostas.

Ainda o primeiro objetivo pode ser frustrado quando ao chamamento não ocorre qualquer proponente. E o que a doutrina chama de licitação deserta. Nesse caso. se o procedimento não puder ser repetido sem prejuízo para a Administração Pública licitante, obedecidas as condições da licitação tida por deserta, pode essa entidade contratar com quem por isso se interesse⁵. De reverso, isto é, se não causar prejuízo à entidade licitante. o procedimento deve ser renovado, a contrario sensu do que estabelece o inciso V do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, já que licitar é a regra.

3. Princípios

São. notadamente. nos termos do art. 32 da Lei federal n. 8.666/93. princípios da licitação: 1) legalidade; 2) impessoalidade; 3) moralidade;

4) igualdade; 5) publicidade; 6) probidade administrativa; 7) vinculação ao instrumento convocatório; 8) julgamento objetivo; 9) fiscalização da

3. Sobre fases e procedimento da licitação. veja Yara Darcv Police Monteiro (Licitação: fases e procedimento. São Paulo. NDJ. 2000).

4. Essa legislação licitatória vem, desde a época do Ministro Bresser Pereira. sofrendo críticas. com as quais não concordamos. da Administração Pública Federal direta e indireta. Segundo essas críticas. repetidas pelas Administrações dos Estados. do Distrito Federal e dos Municípios. trata-se de lei demasiadamente burocrática e impeditiva da busca da melhor proposta, pois o critério há de ser o menor preço e pelo menor preço só se realizam negócios flUfl5 Por essas razões está para ser substituída, conforme se vê da publicação no DOU de 18-32002 do “Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública”.

5. Art. 24. V. do Estatuto federal Licitatório.

397

licitação pelos interessados ou qualquer cidadão. Esses não são os únicos. São os básicos, pois existem outros. a exemplo do princípio da competitividade, previsto no inciso I do § 1 do art. 39, e do princípio da padronização, referido no art. 11, nos casos

de obras e serviços, e no art. 15, nos casos de compras. todos do mencionado diploma legal.

Pelo primeiro, impede-se comportamento que não se conforma com o ordenamento jurídico (Constituição. lei, regulamento). Decorre do disposto no inciso II do art. 5 da Constituição Federal⁶. Pelo segundo e pelo quarto. impede-se a discriminação entre os participantes da licitação. Repetem. respectivamente, o princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, e o princípio da isonomia, previsto no art. 5, 1, todos da Constituição da República. Pelo terceiro, exige-se do agente público uma conduta ética marcada por comportamentos legais e honestos no exercício da atividade administrativa e. por conseguinte, na condução de qualquer licitação. E decorrência de igual princípio previsto no art. 37 da Lei Maior federal. Pelo quinto, obriga-se a publicação dos principais atos do procedimento da licitação, a exemplo do julgamento e do edital. E decorrência do princípio da publicidade, que informa toda a atuação da Administração Pública, consignado no art. 37 da Constituição Federal. Por intermédio do sexto, impede-se a prática de atos ou a seleção de propostas atentatórias da probidade administrativa, ou seja, que não traduzam a melhor satisfação para a Administração Pública. É princípio que repete o estampado no art. 37 da Lei Maior. Pelo sétimo, impõe-se a total obediência dos proponentes e da entidade licitante aos termos e condições do edital. E decorrência do princípio formal, que caracteriza o Direito Administrativo (RDA, 123:240) e ao qual se sujeita a Administração Pública. Atente-se que é o próprio Estatuto federal Licitatório que caracteriza o procedimento da licitação como formal (art. 49, parágrafo único). Pelo oitavo. impõe-se que o julgamento seja promovido segundo critérios objetivos. indicados no edital ou carta-convite. É também uma decorrência do princípio formal. Pelo nono, faculta-se aos interessados (arts. 41, § 2, e 109). e especialmente a qualquer cidadão, a fiscalização de todo o procedimento da licitação e da contratação (arts. 49, 79, § 82, 15, § 6, 41, § 19. É princípio que se origina na essência dos Estados Democráticos de Direito.

Tais princípios informam qualquer modalidade de licitação, embora se reconheça que nem sempre com a mesma intensidade. Guardam, por certo, as peculiaridades de cada uma. a exemplo do que se passa com o

398

princípio da publicidade. Este impõe a publicação, mas de forma variada, conforme se trate de concorrência ou convite. Ademais, esses princípios informam a

elaboração dos regulamentos licitatórios das pessoas governamentais, consoante permite o art. 173 da Constituição e estabelece o art. 119 do Estatuto federal Licitatório.

Sobre os princípios da igualdade, publicidade, probidade administrativa e outros, v. o que dissemos no Capítulo 1. No que concerne aos princípios da padronização, da vinculação ao instrumento convocatório, da competitividade, do julgamento objetivo e da fiscalização da licitação pelos interessados, confira os tópicos seguintes.

3.1. Princípio da padronização

As compras, estabelece o art. 15, 1. do Estatuto federal Licitatório, sempre que possível, devem atender ao princípio da padronização⁷, que imponha a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho. observadas, quando for o caso, as condições de manutenção. assistência técnica e garantias oferecidas, diante do desejado pela Administração Pública à vista do interesse público. Padronizar significa igualar, uniformizar, estandardizar. Padronização, por sua vez, quer dizer adoção de um estander, um modelo. A palavra “princípio” indica o básico, o elementar. Assim, deve a entidade compradora, em todos os negócios para a aquisição de bens, observar as regras básicas que levam à adoção de um estander, de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu cargo. As compras, portanto, não devem ser simplesmente realizadas, mas pensadas e decididas antes de sua efetivação, segundo esse princípio e as finalidades de interesse público que se quer alcançar.

O dispositivo, embora não pareça, torna obrigatória a padronização de bens utilizáveis no serviço; impõe que toda compra seja avaliada segundo esse princípio, com o intuito de evitar aquisições de bens diferentes nos seus elementos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção. na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa.

Assim, como a regra é a padronização, é necessário que a impossibilidade da aquisição de certos bens com a observância desse princípio fique devidamente demonstrada, senão não teria qualquer utilidade a determinação “sempre que possível deverão”, consignada no caput do art. 15. De

6. Esse inciso prescreve: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

7. Sobre padronização. veja nosso Licitação e padronização (RDP. 98:111).

sorte que, sendo possível a padronização, dela não pode escapar a entidade compradora. Cabe-lhe. Destarte, sempre que possível, adotar o estandar. o modelo, dentre os vários bens similares encontráveis no mercado. ou criar o seu próprio padrão. inconfundível com qualquer dos existentes no comércio. Na primeira hipótese a escolha recairá, conforme a natureza do bem. sobre uma marca (bens móveis), uma raça (animais) ou um tipo (alimento), por exemplo: na segunda. criará o próprio bem e este será o padrão.

A eleição da marca ou a adoção do estandar próprio somente pode acontecer mediante prévia e devida justificativa. lastreada em estudos. laudos, perícias e pareceres técnicos, em que as vantagens para o interesse público fiquem clara e sobejamente demonstradas. sob pena de caracterizar fraude ao princípio da licitação. Nada, portanto, pode ficar ao critério subjetivo. discricionário, da autoridade administrativa. Por isso. tem razão Raul Armando Mendes (Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo. Revista dos Tribunais. 1988, p. 41) quando ensina que a padronização só deve ser adotada se oferecer real interesse para os serviços públicos, que sua adoção não deve ficar ao alvedrio do administrador e que a falta da comprovação das vantagens pode ensejar a sua anulação administrativa ou judicial e a responsabilização do agente que a determinou. Diga-se mais: a padronização. seja pela escolha de uma marca, seja pela entronização de um estandar próprio. não pode ser meio. instrumento, para beneficiar ou prejudicar fornecedores: nem utilizada como fim em si mesma, isto é, padronizar por padronizar.

A padronização, por todas essas razões, deve ser objeto de competente processo administrativo, aberto e instruído com toda a transparência possível e conduzido por uma comissão de alto nível, chamada de comissão de padronização. Tudo o que for importante para a entidade ver-se convencida da necessidade da padronização e para comprovar a vantagem da standardização — estudos. laudos, perícias, pareceres técnicos. atestados, relatórios de experiências e testemunhos — deve fazer parte da instrução desse processo. E essencial que a instrução também contenha amplas informações sobre os produtos existentes no mercado. de modo a se poder comparar as vantagens e desvantagens de cada um em face dos demais, do interesse público e do desejado pela Administração Pública. Todas essas vantagens da padronização devem ser contrastadas com as desvantagens da própria standardização. na medida em que a entidade pode ficar na dependência de um só produtor OU fornecedor, decorrendo dessa

circunstância uma série de percalços (preços impostos, falta de produto, demora na entrega e na assistência técnica).

O processo de padronização, observe-se, nada tem de contencioso, de sorte que não se pode permitir que os vários produtores de bens similares tenham uma participação efetiva na defesa de seus produtos ou na contestação

400

dos que lhes são similares. Estes, a final, se entenderem ilegal ou sem razão a padronização, devem contestá-la administrativa, em outro processo, ou judicialmente. O processo administrativo de padronização presta-se para convencer a entidade compradora da necessidade da standardização e para escolher técnica e fundamentadamente o bem ou produto padrão, tendo presentes as finalidades de interesse público que se quer alcançar e as necessidades da Administração Pública.

Encerrada a instrução do processo administrativo de padronização cabe à comissão de padronização analisar o conjunto de elementos instrutórios lidos para o processo e, em função deles, oferecer relatório em que fique devidamente demonstrada a possibilidade da padronização e bem definido o padrão, mediante a indicação da marca ou com a menção das características do estander próprio, conforme num ou noutro desses sentidos tenha sido o objetivo do processo administrativo de padronização. O padrão escolhido dificilmente atenderá a todas as necessidades da Administração Pública interessada na padronização, mas, certamente, satisfará o maior número delas. E o quanto basta para legitimar sua instituição como padrão. Com esse relatório, em tese, está concluído o trabalho da comissão, sem que isso signifique que o padrão eleito está adotado na Administração Pública nele interessada. Observe-se que o relatório pode concluir pela impossibilidade da padronização. Nesse caso deve sugerir o arquivamento do respectivo processo e que as compras ocorram pelo procedimento normal de aquisição.

O processo administrativo de padronização deve, imediatamente após o seu encerramento, ser remetido à autoridade competente para promover juridicamente, se este for o caso, a institucionalização do padrão. Recebido o processo, essa autoridade examina-o por completo e por todos os ângulos que possam prestigiar o interesse público. Nesse momento pode, conforme sua análise, decidir: 1) pelo acolhimento do relatório e conseqüente adoção da padronização eleita; 2) pela devolução do processo à comissão de padronização para que proceda a diligência que entende necessária ao seu convencimento e decisão; 3) pelo arquivamento e conseqüentemente pela rejeição da

padronização. Se entender necessária certa diligência, cumprida esta e aditado, se for o caso, o relatório, o processo volta à autoridade competente para novo exame e decisão. Atente-se que somente o primeiro e O último dos comportamentos apontados exigem a devida fundamentação por parte da autoridade competente. Esta não precisa ser de sua lavra: basta, a esse título, que o ato jurídico de adoção mencione: a vista do relatório de folhas tais e mais o que consta do presente processo, para se ter por evidentemente justificada a decisão. Se outra for a fundamentação ou se novas razões forem aduzidas, estas e aquela devem fazer parte do ato de acolhimento da padronização ou do arquivamento.

401

O ato que decide pela padronização deve ser publicado para que possa produzir efeitos externamente e para propiciar aos interessados em geral o seu conhecimento. Só depois dessa publicação a entidade compradora estará em condições de adquirir o bem padronizado. Observe-se que esse ato jurídico (quase sempre administrativo) de acolhimento da padronização pode ser veiculado por decreto, se for do Executivo, por portaria, quando da responsabilidade de autarquia, Tribunal de Contas, Poder Judiciário, ou por ato da Mesa, quando do interesse do Legislativo, se outro veículo não for exigido pela legislação de cada uma dessas entidades. No preâmbulo desse ato devem estar os considerandos que, substancialmente, justificam a medida. E a institucionalização do padrão.

Uma vez institucionalizado o padrão, qualquer aquisição, em tese, dependerá de prévia licitação, tornando-se obrigatório constar do edital ou carta-convite a marca e, se for o caso, o modelo do bem desejado, padronizado nos termos do decreto, da portaria ou do ato tal ou qual. Esse esclarecimento é necessário para circunscrever o universo de proponentes e indicar que se trata de aquisição de bens padronizados. A licitação será inexigível se um só for o fornecedor do bem padronizado. Desse modo, a padronização, por si só, não libera a Administração Pública de licitar.

Não se alegue que o processo de padronização por levar, quase sempre, à eleição de uma das marcas dos produtos similares existentes no mercado é ilegal, dada a expressa vedação contida no inciso I do art. 25 do Estatuto federal Licimatório, pois seria grave equívoco. A proibição aí consignada, sobre ser incompreensível, somente pode servir para evitar a escolha arbitrária de uma marca ou padrão. A escolha como fim em si mesma é que está proibida, não a seleção em função do interesse público. De sorte que a eleição de uma marca é sempre válida quando se deseja: a dar continuidade a um

dado serviço ou obra em que um produto de certa marca já foi empregado; b) introduzir a padronização de bem na atividade pública; c) manter a padronização; d) atender às necessidades específicas do serviço ou obra que só podem ser satisfeitas com vantagem com produto de certa marca. Se assim não se entendesse, que prestígio teria o art. 15 do Estatuto federal Licitatório, que pode naturalmente levar a uma marca? Entender de outro modo seria ignorar a literalidade desse preceito legal e negar a sua própria razão de existir. Por fim, diga-se que sempre que houver uma razão técnica, científica ou mesmo artística, o Estatuto federal Licitatório permitirá a indicação de marca (art. 72, § 52). Assim, como não indicar no edital a marca do motor que se deseja substituir em carro de marca Fiat, modelo Uno Milie Electronic?

Que bens, deve-se perguntar, podem ser objeto de padronização? Sempre que a padronização seja possível e vantajosa para a Administração

402

Pública, qualquer bem pode ser padronizado. O inciso I do art. 15 do Estatuto federal Licitatório não faz qualquer distinção, apenas enuncia que as compras, sempre que possível, deverão atender ao princípio da padronização.

ntão, sempre que esse mecanismo racionalizador das compras puder ser usado em benefício da Administração Pública, qualquer bem por ela desejado pode ser padronizado. Sendo assim, podem ser padronizados, entre outros, os seguintes bens: mesas para escritório, máquinas de calcular, reprodutores de cópias, computadores, veículos de passageiros e de carga, tratores, alimentos, produtos químicos, tecidos, semoventes, impressos, embalagens e projeto de obras e serviços destinados aos mesmos fins. A padronização desses projetos está prevista no art. 11 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A Lei paulista sobre licitações e contratos (Lei n. 6.544/89) estabelece, quando possível, a obrigatoriedade da padronização de impressos, mobiliários, máquinas e artigos de escritório para uso da Administração Pública (art. 19).

Mostrando-se efetiva e comprovadamente vantajosa e sobretudo sendo a padronização o único meio de atender ao interesse público, não há óbice legal a que este ou aquele bem seja padronizado. A impossibilidade é a circunstância material ou jurídica que impede em termos absolutos a padronização. E material quando uma razão de ordem natural impede a instituição do estander, como se dá com algumas produções artísticas (pinturas, esculturas). E jurídica quando uma razão de ordem legal impede a padronização, como ocorreria se uma lei vedasse a estandardização de um dado bem. Só

a impossibilidade desobriga a Administração Pública da institucionalização da padronização.

A padronização pode levar à inexigibilidade de licitação para a aquisição de peças de reposição. Com efeito, quando se padroniza certo equipamento não se desejam as vantagens somente para os momentos iniciais de sua utilização, mas para toda a sua vida útil. Assim, se restar devidamente Comprovado em processo de padronização que essa vida útil será mais bem aproveitada se as peças defeituosas, desgastadas ou que se estragarem ao longo desse período forem substituídas por peças originais, essa estandardização é legítima. Por exemplo, se o equipamento padronizado é Um caminhão Mercedes-Benz modelo 1519, as peças de reposição serão as indicadas como originais pelo fabricante desse veículo de carga. Essa tese mais se reforça na medida em que o Estatuto federal Licitatório faculta a aquisição direta, junto ao fornecedor original, de componentes ou peças, de Origem nacional ci estrangeira necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, quando tal condição for indispenSavel à vigência da garantia (art. 24, XVII). As peças de reposição não são adq5 em razão de um padrão, mas porque são singulares na medida

403

em que só elas propiciam maior durabilidade ao equipamento e segurança na sua utilização.

As razões. vantagens que fundamentam a conveniência e determinam a padronização de um bem, podem levar, em novo processo de padroniza.. ção. a outro padrão. a novo estander. que nesse expediente restou mais vantajoso que o anteriormente selecionado pela Administração Pública. Para Raul Armando Mendes (Comentários ao Estatuto. cit., p. 41). a padronização deve ser implantada com transparência. sopesadas as razões econômicas. técnicas e administrativas, e assim deve permanecer enquanto não superada por vantagens diversas, novas, tudo tendo em conta o interesse do serviço público. Dessa forma. é perfeitamente legítimo à entidade compradora buscar. justificadamente. nova padronização. de sorte que as compras de materiais. equipamentos e gêneros de uso comum da entidade compradora sejam realizadas com vantagens de ordem econômica. técnica e administrativa. O que se veda, tal como se proíbe a escolha. é a troca pela troca. a mudança como fim em si mesma. De modo que. alteradas as condições da execução do serviço ou surgindo no mercado material, equipamento ou gênero que melhor atenda aos interesses da Administração

Pública, a instituição de outro estandar. resultante de novo processo de padronização. é perfeitamente legal.

A padronização, seja pela seleção de uma marca. seja pela indicação de um estandar próprio. não leva automática e inexoravelmente à dispensa ou à inexigibilidade da licitação. Esta será realizada entre os que podem e têm interesse em oferecer o material, equipamento ou gênero padronizado. pois. em tese. estão em condições de atender ao negócio desejado pela Administração Pública. Só não será promovida se um único fornecedor (produtor. empresa ou representante) puder atender ao desejo da Administração Pública. Assim, se a padronização recair sobre. digamos. o veículo Fiat Palio. a licitação é inquestionável, pois pode-se adquiri-lo de um dos concessionários da montadora desses carros de passageiros ou dela própria. visto que todos. em princípio, podem atender ao desejo da Administração Pública. A aquisição diretamente da montadora só seria legítima se não existissem outros fornecedores desse veículo. A licitação será dispensada. nos termos do inciso XIX do art. 24 do Estatuto federal Licitatório. quando a aquisição objetivar materiais usados pelas Forças Armadas e houver necessidade da manutenção da padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres. mediante parecer de comissão instituída por decreto presidencial.

A comissão de alto nível, responsável pela condução do processo administrativo de padronização. é instituída por ato da autoridade competente. veiculado por decreto. portaria ou ato da Mesa, conforme a natureza da entidade estatal. Esse ato também enuncia sua finalidade, seus poderes e

404

prazo para a conclusão do processo de padronização. Dadas as finalidades a que se destina, seus membros, normalmente três, devem ter habilitação profissional compatível com a finalidade da comissão que integram. Podem pertencer ou não, à Administração Pública e ser assessorados por técnicos e peritos na área em que se pretende a padronização. Mutatis mutandis. aplica-se a essa comissão o que dissemos no item III. n. 2.7, sobre a comissão de licitação, para onde remetemos o leitor.

3.2. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório (edital. carta-convite), previsto no art. 32 do Estatuto federal Licitatório, submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação. os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital ou da carta-convite. Esse princípio é

reafirmado no art. 41 desse mesmo diploma legal, que estabelece: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo no Acórdão n. 222.019-SP (RDP, 26:180). “Nem se compreenderia”, diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 250), “que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)”.

De sorte que, estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis a partir da publicação do instrumento convocatório e durante todo o seu procedimento, observados, conforme o caso, os regimes para a publicação do edital e da carta-convite. Nada justifica qualquer alteração pontual para atender a esta ou àquela situação. Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através do procedimento da rerratificação do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo de entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e propostas. Assim retifica-se o que se quer corrigir e ratifica-se o que não foi alterado. Se apenas essa modificação for insuficiente para corrigir os vícios de legalidade, mérito ou mesmo de redação, deve-se invalidar o instrumento convocatório e editar outro em

8. Assim também já decidiu o TJRJ ao julgar a Ap. 17.881 (Adcoas. n. 87.539/82).

405

seu lugar. obviamente, sem tais vícios, O ato que rerratifica o instrumento convocatório precisa ser publicado na imprensa oficial. salvo, mutatis mutandis. em relação à carta-convite, que observa outro processo de divulgação oficial. Nesse caso entrega-se, mediante protocolo juntado ao processo licitatório, uma cópia desse instrumento a cada um dos convidados e faz-se a publicação por afixação de uma cópia no quadro de editais em que fora afixada a carta-convite. A publicação da rerratificação deve observar as idênticas formalidades (mesmos jornais) e. no caso de convite, mesmo quadro de editais. com que se atendeu à exigência de publicação do instrumento convocatório, conforme prescreve o § 42 do art. 21 do Estatuto federal Licitatório. Essas formalidades não são necessárias se, inquestionavelmente. a alteração não afetar a formulação das propostas.

3.3. Princípio da competitividade

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública estabelece que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos proponentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante ao objeto do contrato (art. 32, § 12, 1). Aí está consubstanciado o princípio da competitividade. Nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade. em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir a licitação. Nesse sentido, com toda propriedade, assevera Toshio Mukai (Estatutos jurídicos das licitações, cit., 3. ed., São Paulo. Saraiva, 1992, p. 19) que tal disputa é “tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo”. Nessa direção é a inteligência do TRF da P Região, conforme se infere do acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 89.01.09492-4-RO, publicado no DJU, 7 maio 1992. Não obstante essa orientação, a doutrina e a jurisprudência dominantes têm aceito como legal O procedimento licitatório em que somente um interessado acode ao chamamento da Administração Pública licitante se todas as exigências foram satisfatoriamente atendidas. como mais adiante será visto e analisado. -

Atente-se que só as exigências inconvenientes ou irrelevantes estão vedadas. Logo, se não tiverem esse caráter, são legítimas e disso é exemplo a obrigatoriedade de os proponentes, prestadores de serviços de manutenção e reparos de veículos, terem suas instalações no interior de certo

406

território Com efeito, não teria sentido algum que a interessada pelos serviços dessas empresas tivesse de levar seus veículos para os necessários serviços de manutenção e reparos à sua sede, situada muito distante do local onde normalmente eles ficam (garagem). O mesmo se poderia dizer em relação a postos de abastecimento de veículos. Das respectivas licitações só podem participar fornecedores que estejam situados numa proximidade tal da Administração Pública licitante, sob pena de contrariar os princípios do interesse público e da economicidade.

Esse princípio já estava assentado em suas linhas mestras nas alíneas b e c do inciso III do art. 42 da Lei de Ação Popular (Lei federal n. 4.717/65), ao consignar que

são nulos os atos praticados pela União, Estados-Membros. Distrito Federal. Municípios, autarquias, empresas governamentais e outras entidades mencionadas nessa lei, quando no edital de “concorrência forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo” ou quando “a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição”. A defesa desse princípio, que era feita pela legislação penal, na medida em que punia a fraude da concorrência (art. 335 do CP), é efetivada hoje pelo art. 90 do Estatuto federal Licitatório, que apena aquele que “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório” com detenção de dois a quatro anos e multa.

Anote-se que não há afronta à competitividade, e por esse motivo não se refaz o procedimento, quando só um interessado atende ao chamamento da entidade licitante ou quando, ao final da fase de classificação, só restar um concorrente, se para essas ocorrências ninguém agiu irregular ou fraudulentamente. A controvérsia entre a doutrina e algumas Cortes de Contas, nesse particular e em relação ao convite, parece estar sepultada com a solução fixada pelo § 72 do art. 22. De fato, se por insuficiência do mercado ou por manifesto desinteresse dos convidados for impossível obter, no mínimo, três propostas em condições de julgamento, essas circunstâncias deverão ser devidamente certificadas no processo licitatório, prosseguindo-se normalmente com o convite⁹. A contratação direta está vedada e o convite Precisa ser repetido se inexistirem essas certificações¹⁰.

9. Com essa inteligência, confira Carlos Pinto Coelho Mona (Eficácia nas licitações e Contratos, 6. ed., Belo Horizonte. Del Rey. 1997, p. 139), Adilson Abreu Dailari (Aspectos Jurídicos da licitação. 3. ed., São Paulo, Saraiva. 1992, p. 95) e Raul Armando Mendes Comentários ao Estatuto, cit., p. 71).

10. Confira nesse sentido acórdão do TGU (TC-225.184/93.4) publicado no BLC. II. 10/95, p. 502.

407

3.4. Princípio do julgamento objetivo

Impõe-se que o julgamento das propostas se faça com base no critério indicado no ato convocatório e nos termos específicos das propostas. Por esse princípio, obriga-se a Administração Pública a se ater ao critério fixado no ato de convocação e se evita o subjetivismo no julgamento das propostas. Os interessados na licitação devem saber como serão julgadas as propostas. Logo, os critérios devem estar claramente estipulados

no instrumento convocatório. sob pena de nulidade, conforme decisão, ainda oportuna, do extinto TFR (RDA. 157:178). Isso, no entanto, não é tudo. De fato, os critérios de julgamento devem ser objetivos, como são o preço, o desconto, os prazos de entrega, de execução e de carência. O princípio do julgamento objetivo, previsto no art. 32 do Estatuto federal Licitatório, está substancialmente reafirmado nos arts, 44” e 4512 Critério objetivo, reforce-se, é o que permite saber qual é a proposta vencedora mediante simples comparação entre elas, quando o tipo de julgamento é o de menor preço. Assim, da simples comparação das propostas retira-se o vencedor, conforme se vê no seguinte exemplo: numa concorrência de menor preço foram classificadas as três únicas propostas apresentadas. portadoras dos preços: R\$ 10.000,00, R\$ 9.000,00 e R\$ 9.300,00. A simples comparação dessas propostas. sem qualquer justificação, permite afirmar, com certeza, que a proposta mais vantajosa e, portanto, a vencedora é a de R\$ 9.000,00. É critério objetivo aquele que não exige qualquer justificativa ou arrazoado de espécie alguma do julgador para indicar a proposta vencedora. Nas licitações de melhor técnica e técnica e preço a subjetividade do julgamento da proposta técnica deve ser eliminada ao máximo com a adoção de fórmulas aritméticas, como se depreende do disposto nos vários incisos dos § 1 e 22 do art. 46 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

11. Esse artigo prescreve: “No julgamento das propostas. a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei”.

12. Esse artigo estabelece: “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’.

408

3.5. Princípio da fiscalização da licitação

De pouca valia seria a licitação se os proponentes e os cidadãos não pudessem fiscalizar a Administração Pública licitante no que concerne à instauração e realização desses procedimentos e à contratação. Dito princípio extrai-se de vários dispositivos da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Desses são exemplos o art. 42 (“Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 12 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”), o § 82 do art. 72 (“Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários”), o art. 63 (“E permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos”) e o § 1 do art. 113 (“Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo”). Certamente, esse direito à fiscalização da licitação de nada valeria se não viesse acompanhado de um mecanismo recursal rápido e de baixo custo, como é o estatuído no art. 109 dessa Lei. Essa via administrativa, só utilizável pelo proponente, a par da judicial, utilizável por qualquer pessoa, viabiliza o princípio da fiscalização. A faculdade atribuída a qualquer cidadão para o exercício dessa fiscalização veio em bom momento, pois era comum o proponente, ainda que prejudicado pela Administração Pública licitante, não tomar qualquer medida; preferia não se indispor com o Poder Público licitante e aguardar outra oportunidade para compensar o prejuízo. Sua omissão, em razão desse interessado conformismo, acabava por acobertar irregularidades e tornar a Administração Pública mais audaciosa. Com a Possibilidade do exercício da fiscalização por qualquer cidadão espera-se o fim desses desmandos.

Qualquer cidadão também pode acompanhar o desenvolvimento da licitação, estatui o art. 49 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Cremos que para isso deverá comprovar sua qualidade de cidadão. Se não a comprovar, não poderá desempenhar suas funções, embora possa participar das sessões de abertura dos envelopes contendo documentos de habilitação e proposta, dado que públicas. Esse acompanhamento é muito pouco para os fins desejados pelo Estatuto federal

409

Licitatório, pois só se lhe permitem intervenções que não perturbem ou impeçam a realização dos trabalhos. mas se robustece com outras outorgas (art. 72, § 82. art. 15, § 6, art. 41. § 1a), portanto, ao contrário do que pensam certos autores. andou bem a lei ao permitir essa interferência. De fato, se assim não se entender. que eficácia se dará à locução “acompanhar seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”? Só a relevância dos fatos e o bom senso, a cada

caso, poderão dizer da impertinência ou não da interferência. Se tal interferência perturbar efetivamente o procedimento licitatório, esse comportamento poderá caracterizar o crime previsto no art. 93 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública³. Cidadão é qualquer pessoa humana no gozo de seus direitos cívicos e políticos, ou seja, portador da qualidade de eleitor. Assim nos parece dado que somente a pessoa qualificada desse modo pode ser autora de ação popular, que é o meio adequado para se restaurar a legalidade e para a recomposição do patrimônio público ofendido, objetivos dessa faculdade outorgada ao cidadão. Não é, portanto, qualquer pessoa humana residente no Brasil, pois quando assim o Estatuto federal Licitatório desejou ele o fez. como se vê no § 1 do seu art. 113. Nesse dispositivo abriu-se o leque das pessoas autorizadas à promoção de denúncias junto ao Tribunal de Contas competente. Para essa finalidade estão legitimados qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica. Tal diversidade de tratamento nos permite o entendimento restritivo de quem seja cidadão. Resta certo, pois, que o cidadão ao exercitar dito direito pode ser instado pela autoridade competente a provar essa qualidade.

3.6. Princípio formal e formalismo

O princípio formal, observável no procedimento da licitação, é decorrência do princípio de igual nome que caracteriza o Direito Administrativo, ao qual se submete a Administração Pública em todos os seus atos e comportamentos e, portanto, quando promove qualquer certame licitatório. Se assim não fosse, bastaria afirmar que sua irrestrita observância nas licitações é decorrência da própria Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Com efeito, estabelece o art. 49, caput, desse diploma legal que os participantes de qualquer modalidade de licitação têm “direito subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido”

13. Sobre as hipóteses penais licitatórias. veja nosso Crimes na licitação. 2. ed.. São Paulo. NDJ. 2001.

410

por essa lei, enquanto seu parágrafo único determina que o procedimento licitatório por ela previsto caracteriza-se como “ato administrativo formal”, qualquer que seja a esfera da Administração Pública que o promova.

A Administração Pública licitante em função desse princípio está, por óbvio, vinculada às regras que regem os atos, fases e comportamentos relacionados com o procedimento da licitação, sob pena de invalidade. Não só a administração está presa a tais regras, pois os proponentes, que integram, com a apresentação dos envelopes

contendo a documentação de habilitação e a proposta, qualquer procedimento licitatório. também estão. Comentando o art. 49 da Lei das Licitações e Contratos da Administração pública, Carlos Pinto Coelho Motta (ob. cit., p. 86) assevera que “o art. 42 deve ser examinado juntamente com os arts. 38, 41 e 43. Aqui também se consagra a idéia 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”. A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles (Licitação, cit., p. 26): “Procedimento formal significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que regem 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”. Mais adiante, conclui:

“E o princípio do procedimento formal que domina toda a licitação, jungindo os que a realizam e os que licitam aos mesmos preceitos procedimentais”.

Não obstante tal princípio, o entendimento doutrinário não permite que a Administração Pública se valha de formalismos desnecessários à licitação e à execução do contrato. Com efeito, ensina Hely Lopes Meirelles (Licitação, cit., p. 27) que “o princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser ‘formalista’ a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inhabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou proposta”. Idêntico entendimento é esposado pelos tribunais comuns e de contas. Procedimento formal e formalismo São conceitos que não podem ser confundidos, nem igualados. Nesse sentido julgou o c. Tribunal de Contas da União. Com efeito, no Proc. TC- 6.029/ 95-7 essa alta Corte de Contas deixou gravado: “Na fase da habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências

411

inúteis e desnecessárias, e cujo atendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração” (BLC. n.7. de 1996, p. 346).

Não é diferente a orientação dos Tribunais comuns. Deveras, na vigência do Decreto-Lei federal n. 2.300/86 o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar aApCv 225.567-1, adotou essa orientação, ainda válida na vigência da atual Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, ao decretar: “Licitação. Edital. Anulação. Exigência violadora do princípio da igualdade, restringindo o caráter competitivo do procedimento. Cláusula discriminatória. Arts. 37, XXI, da Constituição da República e 32, § 1, do Decreto-Lei n. 2.300/86. A regra geral na licitação é a participação do maior número possível de licitantes, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias” (JTJSP. 172:109). Alguns exemplos bastam para mostrar a correção dessa inteligência. Assim, não se tem como validamente desqualificar uma proposta porque seu autor só grafou o valor da proposta em número, sem repeti-lo por extenso como exigia o instrumento convocatório. Será inválida a desclassificação de proposta apresentada pelo seu autor em apenas uma via, quando o edital determinava duas. Sem nenhum fundamento plausível e, portanto, ilegal, será a desclassificação de proposta apresentada em folhas soltas, presas apenas por um clipe, quando a carta-convite exigia que fossem encadernadas. Sem propósito será a desqualificação de proposta quando o valor grafado em número for divergente do grafado por extenso. Despropositada e ilegal será a desclassificação de certa proposta, apresentada em folhas encimadas pelo nome da proponente digitalizado, quando o exigido pelo instrumento convocatório era papel timbrado por processo tradicional de impressão. Inválida será a desclassificação de proposta em que a soma dos valores dos itens componentes da planilha de custo não for igual ao lançado como valor global proposto pelo licitante.

Igualmente será inválida a desqualificação de proposta onde há divergência entre a soma dos valores de uma coluna da Planilha de Custos e o valor transportado para outra coluna. Inválida será a desqualificação porque o signatário da proposta a subscreveu sobre seu nome e cargo digitados e não sobre carimbo como exigia o instrumento convocatório. Assim também será a desqualificação de proposta cujo valor em reais esteja separado por vfrgulas e não por ponto-e-vírgulas, como é o comum ao se grafar certo valor monetário, separando, desse modo, os reais dos centavos. Assim é porque em todas essas hipóteses a Comissão de Licitação pode, sem privilegiar seus autores e sem desrespeitar os princípios formal e da vinculação ao instrumento convocatório, extrair a vontade do proponente, apreciando outros elementos da proposta e dos documentos de habilitação. Com efeito

em trabalho conjunto (Temas polêmicos sobre licitação e contratos, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 39), Maria Sylvia Zaneila Di Pietro preleciona: “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. Por vezes o desatendimento de determinada exigência supre-se por outros dados, constantes do envelope-documentação ou envelope-proposta, conforme o caso”. A mesma inteligência é professada pelo sempre citado Flely Lopes Meirelles (Licitação. cit., p. 137). Com efeito, nessa passagem, esse notável administrativista assentou: “A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utileper inutile non vitiatur* que o Direito francês resumiu nops de *nullité sans grief* Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstante com o caráter competitivo da licitação”.

4. Objeto da licitação

Tudo o que as pessoas públicas (União, Estados, Distrito Federal. Municípios, autarquias), governamentais (sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações) e suas subsidiárias, obrigadas a licitar, puderem obter de mais de um ofertante, ou que, se por elas oferecido, interessar a mais de um dos administrados, há de ser, pelo menos em tese, por proposta escolhida em processo licitatório como a mais vantajosa. Sendo assim, não se pode sequer imaginar que só os objetos mencionados no art. 12 do Estatuto são suscetíveis de licitação. Essa enunciação é meramente exemplificativa, pois outros tantos negócios desejados pela entidade obrigada a licitar também devem ser objeto de licitação, como é o caso do arrendamento, do empréstimo, da permissão e da enfiteuse de bens públicos.

Podem ser objeto da licitação, por exemplo, uma obra pública (construção de uma cadeia), um serviço (manutenção de máquinas e equipamentos), uma compra (material de consumo), uma alienação (de bem público). uma locação, um arrendamento, uma concessão ou permissão de uso de bem público ou de serviço público desejado pela entidade obrigada a licitar, desde que, como dissemos, possam ser obtidos de mais de

um ofertante ou se, por ela oferecidos, possam interessar a mais de um administrado. De sorte que não será objeto de licitação a obra, o serviço, a compra, a aliena-

413

ção, a concessão, a permissão e o arrendamento quando não puder existir disputa, certame ou concorrência entre os interessados em contratar com a entidade obrigada a licitar. A licitação só tem sentido lógico, jurídico e prático, na presença de vários interessados na realização de um dado negócio com a entidade obrigada a licitar. Assim, se existir, por exemplo, um só ofertante, porque detentor do único ou de todos os bens existentes não cabe falar em licitação para sua aquisição, que deve ser direta, tomadas, no entanto, as cautelas de estilo, especialmente quanto ao preço. No primeiro caso diz-se que o objeto é único e no segundo, que é singular.

O objeto da licitação deve ser descrito no edital ou carta-convite de modo sucinto e claro, consoante dispõe o art. 40, 1. da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Quando se tratar de compra, o objeto deve, nos termos do art. 14 dessa lei, ser adequadamente caracterizado, e, se se tratar de obra ou serviço, deve estar calcado em projeto básico aprovado pela autoridade competente (art. 72, § 22, 1). Essa descrição sucinta e clara do objeto da licitação, que não é outra coisa senão a definição do objeto, não pode faltar, sendo, portanto, condição de legalidade do edital e, por via de consequência, da licitação e do contrato. A descrição só é dispensável quando se tratar de objetos definidos oficialmente e se do edital constarem os elementos referenciais para sua perfeita identificação. Dessa espécie são alguns equipamentos caracterizados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT ou as construções padronizadas em que o respectivo projeto está devida e oficialmente definido pela entidade obrigada a licitar. A definição do objeto de modo sucinto e claro, como quer o citado inciso I do art. 40 dessa lei, deixa de lado suas minúcias, seus detalhes, suas particularidades, sem que isso traga qualquer inconveniente ou ilegalidade, dado que serão consignados nos anexos do edital, como são os projetos, os memoriais, as especificações, os desenhos que dele fazem parte. O edital e esses anexos são adquiridos pelos interessados, que com base neles formalizarão suas propostas.

O objeto da licitação não é mais tratado pelo Tribunal de Contas da União⁴ e pela doutrina⁵ como uno e indivisível, nem assim deve ser considerado pelo instrumento convocatório e pelos proponentes. Para que possa ser tratado como uno e indivisível há necessidade de ser demonstrada sua vantajosidade para a Administração Pública. A regra vigente é a sua divi

14 Veja o Acórdão TC-010.677/976 do TCU (DOU. 24 mar. 2000).

15. Veja nesse sentido Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Contratação direta sem licitação. 3. ed.. Brasília. Brasília Jurídica. 1997, p. 80).

são, desde que fisicamente possível e previsto tal procedimento no edital. É o que ocorre quando se deseja adquirir vários objetos (lápiz, caderno, borracha, apontador caneta, papel almaço com pauta). Nesses casos, o edital prevê, e O proponente, em sua proposta, oferece todos, alguns ou apenas um dos bens licitados. É o que comumente se chama de licitação por item, em oposição à licitação global. Nesse caso poder-se-á ter vários vencedores, OIS o julgamento também será por item. Na verdade, nesses casos, tem-se para cada item uma licitação. De sorte que se pode invalidar ou revogar a licitação referente a um item e manter as correspondentes aos demais. Para os acréscimos e supressões facultados no art. 65, § 1, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública serão considerados os valores iniciais atualizados de cada um dos vários contratos celebrados, não se considerando para essa finalidade o valor global. Ainda se considera, para esses acréscimos e supressões, item a item quando todos eles foram adjudicados a um só vencedor, dado que ainda aqui se tem, mesmo que num só instrumento, tantos contratos quantos são os itens. Não cabe, então, considerar válido o acréscimo com base no valor global do contrato e exigir que o contratado o aceite quando imposto pela Administração Pública contratante sobre um dos vários itens, ainda que assim fosse do interesse público. Os argumentos de que não há interesse em acrescer os demais itens e que o contratado é um só não são suficientes para elidir esse raciocínio, pois o limite incidente em cada contrato é para prestigiar o contratado, não a Administração Pública. Parece-nos, no entanto, ser possível mediante acordo.

O que não se permite, por fraude ao princípio da obrigatoriedade de licitar, é a divisão do objeto (120 sacas de arroz), que exige para sua aquisição prévia concorrência, em cinco partes, com o fito de também dividir por cinco o seu custo, de modo que cada uma dessas partes possa ser objeto de uma modalidade mais simples de licitação, como é o convite, ou mesmo restar dispensada a licitação em razão do custo de cada uma dessas partes ou lotes. Não obstante, a divisão, se tecnicamente for necessária ou se for decorrência da falta de recursos orçamentários ou financeiros, pode ser promovida, desde que cada uma das divisões seja precedida de licitação igual à que seria realizada para o todo (art. 23, § 22, do Estatuto). O mesmo pode ser dito em relação às obras e aos serviços, consoante estabelece o art. 72, § 12, dc o art. 23, § 22, do Estatuto federal das Licitações. Fora disso, a compra, a obra ou o serviço devem ser licitados na sua totalidade. A Lei federal

16. Art. 15. IV. da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

415

das Licitações e Contratos da Administração Pública ainda permite outro regime de parcelamento do objeto nos casos de compra de bens de natureza divisível. Com efeito, prescreve o § 72 do art. 23 que na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo. é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação. com vistas à ampliação da competitividade, podendo o instrumento convocatório fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. Nessa hipótese serão selecionadas tantas propostas quantas forem necessárias a atingir a quantidade licitada (art. 45, § 62). Essas propostas poderão ter preços diferentes, desde que cada um seja compatível com os praticados pelo mercado.

5. Registro de preços

Estabelece o art. 15, II. do Estatuto federal Licitatório, que as compras. sempre que possível, deverão ser processadas através do sistema de registro de preços¹. Este é o arquivo de preços de bens, selecionados mediante concorrência. utilizáveis pela Administração Pública em suas futuras contratações. Nos vários incisos e parágrafos desse artigo estão, substancialmente. indicadas sua instituição e a disciplina de sua operacionalidade. Com efeito, o registro será precedido de ampla pesquisa de mercado (1), devendo os preços registrados ser trimestralmente publicados na imprensa oficial, para orientação da Administração (2). O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto¹⁵, observadas as peculiaridades regionais (3). A seleção dos futuros fornecedores será feita por concorrência (3, 1). O sistema de controle e atualização dos preços registrados será previamente estabelecido (3, II). O registro dos preços será válido, no máximo, por um ano (3. III). A existência de preços registrados não obriga a Administração a comprar. ficando-lhe facultada a utilização de outros meios de compra. observada a legislação licitatória. salvo em igualdade de condições. em que se dará preferência ao beneficiário do preço

17. Para aprofundar estudo. veja nosso trabalho Do registro de preços nas contratações públicas. in Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. org. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo. Malheiros. 1997, p. 281: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Compras pelo sistema de registro de preços. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 1998: Eliana Goulart Leão. O sistema de registro de preços. Campinas.

Bookseller. 1997: e J. C. Mariense Escobar. O sistema de registro de preços nas compras públicas. Porto Alegre. Livr. do Advogado. 1996

18. No âmbito federal, o registro de preços foi regulamentado pelo Decreto n. 3.931. de

19 de setembro de 2001.

416

reistd0 (4) O sistema de registro de preços, quando possível, será normatizado (59. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço registrado se incompatível com o praticado no mercado (69.

O registro de preços de bens de interesse da Administração Pública é feito segundo os valores que espelham maior vantagem, obtidos em concorrência promovida para essa finalidade e fornecidos por interessados que concordam em manter os valores registrados por determinado tempo. nunca maior que um ano, e em fornecer ditos bens quando solicitados pela Administração Pública pelo preço registrado. devidamente reajustado nos termos do edital e do Plano Real. A concorrência para a seleção dos preços registrados deve observar tudo o que a esse respeito dispõe a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. O edital de concorrência para o registro de preços deve observar, no que couber, o disposto no art. 40 dessa lei e prescrever regras particulares à licitação promovida para essa finalidade.

Uma vez registrados os preços, estes valerão para todas as compras futuras que forem do interesse da entidade promotora do registro, restando seu fornecedor obrigado à provisão do bem quando e como solicitado. De sorte que não está obrigado a observar o valor registrado em relação à entidade que não tenha sido a promotora desse registro, salvo se o edital regular essa obrigação. Embora o registro obrigue, em princípio, toda a entidade que o promoveu, esta não está obrigada a observá-lo quando a aquisição revelar-se desvantajosa ou o registro ressentir-se de irregularidades. Fora essas hipóteses, cremos que, promovido o registro. a ele se submete a entidade que o promoveu, sob pena de incompatibilidade desses comportamentos.

O registro de preços é válido pelo tempo máximo de um ano, conforme referido no edital. Isso significa que os proponentes dos preços registrados são obrigados, durante esse tempo, a fornecer os bens e a prestar os serviços cujos preços foram registrados pelos valores arquivados. sempre que a Administração Pública os solicitar. A desobediência dessas regras poderá ensejar a aplicação das penas previstas no edital. Tais preços, conforme dispuser o edital, poderão ser reajustáveis. Se permitido o

reajustamento, este deverá estar disciplinado no regulamento do registro de preços e no edital. Em São Paulo, Capital, o Decreto n. 29.347, de 23 de novembro de 1990, que regulamenta os arts. 92 e 13 da Lei n. 10.544/88 (Lei das Licitações e Contratos Administrativos), instituiu e regulou o registro de preços no Município. No âmbito federal, o registro de preços de bens está consubstanciado no já mencionado Decreto n. 3.931/2001. No âmbito do Estado de São Paulo, o registro de preços está regulado pelo Decreto n. 35.946/92, mas a Portaria Normativa n. 1, de 20 de setembro de 1999.

417

estranhamente, instituiu para o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo um regulamento próprio, O TRF da 3 Região disciplinou o sistema de registro de preços pela Resolução n. 135/ 96, enquanto o TSE o fez valendo-se da Resolução a. 19.964/97.

O comum é o registro de preços de bens para compras futuras. Aliás é na Seção V do Capítulo 1, que cuida “Das Compras”, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que o registro de preços está instituído e regulado (art. 15). Não obstante seja assim, esse diploma legal, ao arrolar os casos de dispensa de licitação (art. 24. VII), deixa entre ver o uso desse sistema para o registro de preços de serviços: “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”. cremos que esse registro não se presta para todo e qualquer serviço. Somente os mais simples, em que o elemento de comparação é unicamente o preço, podem ser objeto de registro. Assim, os serviços de correção de texto, de manutenção, de vigilância e de entrega são alguns que podem ser objeto do registro de preços. O preço é fixado por página corrigida, por hora de serviço prestado ou por unidade entregue, por exemplo.

6. Competência legislativa

Sobre essa competência não paira qualquer dúvida. Cada entidade política (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município) tem competência para legislar sobre licitação, visto tratar-se de matéria da cura do Direito Administrativo. Apesar disso, cabe à União fixar as normas gerais sobre essa matéria, consoante estabelece o inciso XXVII do art. 22 da Constituição da República. Assim, essa fixa as normas gerais, enquanto os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios estatuem as normas

particulares de seus respectivos interesses. Por esse mecanismo, ou seja, juntando esses dois conjuntos, tais entidades passam a ter suas respectivas leis sobre licitação e contratos administrativos, observando, naturalmente, o devido processo legislativo.

A União, ao editar a Lei federal n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, foi muito além, desconhecendo, como se verifica do seu art. 1º, a atribuição dos demais entes federados para estatuir legislativamente, nessas áreas, as competentes

418

normas particulares. Acabou, assim, por editar referida lei com a pretensão de submeter todas as unidades da Federação ao mesmo regime licitatório. 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. Desse modo, é evidente que Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios não perderam, nessas áreas, a competência legislativa que a Lei Maior lhes assegura, podendo editar suas leis de licitações e contratos observadas as normas gerais ou valer-se das leis já produzidas, aplicando-as às suas licitações e contratos em tudo que não violar as normas gerais da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A par dessa legislação, as sociedades de economia mista e as empresas públicas criadas pelos entes federados para intervir na atividade econômica poderão, por força do art. 22, XXVII, combinado com o disposto no art. 173, ambos da Constituição Federal, ter seus próprios regulamentos. Exemplo dessa regulamentação é dado pelo Decreto federal n. 2.745/98, que aprovou o regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRAS. Esse regulamento é prematuro, pois só podia ser instituído depois de editada a lei a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição Federal. Carece, assim, de fundamento legal para sua edição. É norma inconstitucional.

A dificuldade hoje, como ontem, reside no reconhecimento das normas gerais, isto é, das regras de aplicação uniforme em todo o País pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inseridas no Estatuto federal das Licitações. Algumas tentativas, nesse sentido, foram feitas na vigência da legislação anterior pelo Procurador do Estado de São Paulo, Dr. Milton Nogueira (Parecer n. 37/87, Proc. GG n. 2.420/86), pela Universidade de São Paulo (Portaria GR n. 2.211/86), pela Dra. Maria Sylvia Zaneila Di Pietro (O Estado de S. Paulo, 21 jun. 1987), e que podem servir de orientação para o conhecimento das consignadas no atual Estatuto federal Licitatório. Toshio Mukai, em

O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 18), apresenta uma relação útil dessas normas que no seu entender estão disseminadas na Lei federal n. 8.666/93'.

19. Para aprofundar estudos sobre normas gerais. veja. de Yara Darcy Police Monteiro. O trabalho Normas gerais o constante problema e sua conceituação. publicado no v. 3 da Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Veja. ainda, de Alice Gonzales Borges. a monografia Normas gerais no Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo. Revista dos Tribunais. 1991.

419

7. Os obrigados a licitar

Do disposto no inciso XXVII do art. 22 e do prescrito no inciso Xj do art. 37 da Constituição Federal extrai-se, sem dificuldade, que estão obrigadas a licitar as entidades da Administração Pública direta (União. Estados-Membros. Distrito Federal. Municípios) e as da Administração Pública indireta (autarquias. empresas públicas, sociedades de economia mista. fundações). Também estão obrigadas a licitar as corporações legislativas (Câmaras de Vereadores, Assembléia Legislativa. Câmara dos Deputados Federais. Senado Federal), bem como o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas, sempre que precisarem realizar um negócio de seus respectivos interesses, dado que havidos como Administração Pública direta. Não bastasse isso. alerte-se que o próprio Estatuto federal Licitatório. no art. 117. submete esses entes. no que couber, ao regime licitatório por ele instituído. Por fim, estão obrigadas a licitar as subsidiárias das empresas públicas e as sociedades de economia mista.

A Lei federal n. 8.666/93, ao regulamentar esses dispositivos, repetiu. com outra redação, esse elenco, e foi mais além, quando, sem cometer inconstitucionalidade, submeteu ao regime licitatório. consoante o disposto no parágrafo único do seu art. 1, os fundos especiais e as entidades controladas indiretamente pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. normalmente denominadas subsidiárias, e, conforme estabelece o art. 116, os convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública. Ainda estão obrigadas a licitar as entidades indicadas em leis especiais, a exemplo das sindicais, conforme prevê o § 6 do art. 549 da Consolidação das Leis do Trabalho, e o SEBRAE. Essas são as pessoas obrigadas a licitar. Atente-se que. ainda que integrantes da Administração indireta, as empresas criadas por particulares. concessionárias de serviço público, não estão obrigadas a licitar, exatamente por serem particulares, salvo se

envolvidas em negócio específico de interesse da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município e se estes exigirem tal procedimento. Assim sera se a União emprestar certo volume de reais para a construção da sede de uma dessas concessionárias e condicionar a contratação da empresa construtora ao prévio procedimento licitatório. Com essa exigência, o custo da obra será menor. como menor será a necessidade do numerário federal a ser transferido. Ademais, prestigia-se o princípio da igualdade, na medida em que o beneficiário dos recursos federais não poderá escolher discricionariamente o seu contratado.

420

A Constituição Federal, com a redação que lhe deu a EC n. 19/98, ao anunciar no art. 37, XXI, a obrigatoriedade da licitação para a Administração Pública, direta e indireta, não retirou ninguém dessa compulsoriedade, mas facultou a instituição de procedimentos diferenciados. Assim, todos estão obrigados a licitar, ainda que os procedimentos sejam diversos. Essa obrigatoriedade, no entanto, não alcança, por certo, os atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho de suas atividades-fim: o Banco do Brasil, para emprestar reais. e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, para celebrar contratos postais. Nesses casos, basta que o interessado satisfaça as respectivas normas de serviço dessas empresas para que o contrato celebrado seja legítimo. Da mesma forma, cremos que para a aquisição dos insumos necessários ao atingimento de seus precípuos fins tais entidades não estão obrigadas a licitar. A licitação nesses casos é medida incompatível com os fins por elas buscados. “Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento de uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom desempenho de seus misteres e a realização de certame licitatório. porque se frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura”, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 280), “ter-se-á que concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, capuz”. Serve como exemplo também a venda de casas construídas por uma empresa pública que se dedique a esse empreendimento para a população carente. Pode a empresa, pois. comprar e vender, sem observar tal procedimento, que será obrigatório, por exemplo, para a venda de bens de seu patrimônio e para a construção de suas instalações. Vejamos, nesse particular, a lição de Weida Zancaner:

“Já, as empresas públicas e sociedades de economia mista interventoras no domínio econômico, embora também obrigadas, muitas vezes escapam ao preceituado no art. 37, XXI, da Lei Maior. Isto sucederá quando recorrer à licitação, inviabilizando o exercício de atos tipicamente comerciais, essenciais ao desenvolvimento de atividades que lhes cabem desenvolver por imposição da lei que as criou. E o que sucede, entre outros, nos casos em que devam atuar com grande rapidez e flexibilidade de atuação. Pelo contrario, se não comparecerem essas razões, terão de recorrer ao procedimento licitatório” (Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. n. 59. maio/jun./jul. 1989, p. 91). Assim também pensa Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 280), quando assevera que “não faria sentido Pretender que uma sociedade de economia mista ou empresa pública exploradora da atividade econômica (art. 173 e § 1 da Constituição) efetuas-

421

sem licitação para adquirir os insumos que rotineiramente necessitam para regularidade da produção industrial a que estejam legalmente prepostas. Também não o faria pretender que instaurassem dito certame para colocar no mercado o que produzem”. A EC n. 19/98 veio permitir que essa orientação pudesse ser tratada legislativamente. De fato, conforme previsto no art. 22. XXVII. a União restou autorizada a legislar para as empresas públicas e sociedades de economia mista nos termos do art. 173, § 1. III. Legislar nesses termos é incluir no estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, conforme previsto pelo § 12 desse artigo, o regime jurídico das licitações e contratos para essas empresas governamentais.

Observe-se que a obrigação de licitar não significa, de modo algum, obediência irrestrita ao Estatuto federal Licitatório por todos os que a isso estão obrigados. A ele só estão submetidas as entidades que integram a Administração federal direta e indireta. Estados-Membros. Distrito Federal e Municípios e suas entidades governamentais submetem-se à legislação que editarem, e enquanto isso não acontecer, devem observar a legislação federal, salvo no que for absolutamente incompatível. As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias observarão, quando editado, o regime jurídico das licitações e contratos estabelecido na lei prevista no § 12 do art. 173 da Constituição Federal. Até lá essas empresas devem observar a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Assim, a União, com a edição do Decreto n. 2.745/98, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRAS, antecipou-se à vigência

dessa lei e praticou ato inconstitucional, ainda que calcada na Lei federal n. 9.478/97. que dispõe, entre outros temas, sobre a política energética nacional. e cujo art. 67 estatui que os contratos dessa empresa para a aquisição de bens e serviços serão precedidos de procedimento licitatório simplificado a ser definido em decreto presidencial.

II— EXCLUSÃO DA OBRIGAÇÃO DE LICITAR

A regra, como vimos mais de uma vez, é a obrigatoriedade da licitação para as entidades da Administração Pública direta (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios) e para as da Administração Pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações). Também estão obrigadas a licitar as Casas Legislativas (Câmara de Vereadores, Assembléias Estaduais, Câmara Distrital, Câmara dos Deputados Federais, Senado Federal), bem como o Poder Judiciário e o Tribunal de

422

Contas, já que havidos como Administração Pública direta. Ainda estão obrigados a licitar as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Não obstante essa seja a regra, a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, em três passagens, indica as hipóteses, ora taxativas, ora exemplificativas, em que referidas entidades são excluídas dessa obrigação. São as hipóteses de licitação dispensada, previstas no art. 17, as de licitação dispensável, arroladas no art. 24 e as de licitação inexigível, elencadas no art. 25, cuja análise será feita em seguida. Em todas essas hipóteses há exclusão da Administração Pública da responsabilidade de licitar²⁰. Essa exclusão, a nosso ver, proíbe a Administração Pública de, ainda que possível, realizar a licitação. Assim nos parece, dado que essa lei, quando desejou que a alienação fosse realizada mediante licitação, exigiu-a expressamente, como consta do § 42 do art. 17.

1. Licitação dispensada

1.1. introdução

Prescreve a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, no art. 2, que a alienação de bens das pessoas obrigadas a licitar será necessariamente precedida de licitação. A par dessa genérica prescrição, regulou, no que respeita à dispensa desse prévio procedimento, as várias hipóteses de transferência dominial de bens móveis e imóveis no art. 17. Nessas hipóteses, a Administração Pública está excluída da obrigação de licitar por força legal. Assim, licitação dispensada é a ocorrência na realidade da hipótese legal em que a Administração está liberada de licitar por expressa determinação dessa lei. Em tais situações, não cabe à Administração

Pública qualquer ato. medida ou procedimento para liberar-se da licitação, pois essa lei já determina sua dispensa. Desse modo. basta que a hipótese legal. a exemplo da alienação de bem imóvel mediante dação em pagamento, aconteça na realidade para que a Administração Pública, proprietária do bem a ser dado em pagamento, esteja liberada da licitação, que em outras hipóteses de alienação seria indispensável.

20. Para aprofundar. veja Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Contratação direta sem licitação, 3. ed.. Brasília. Brasília Jurídica. 1997: Sérgio Ferraz e Lúcia Valie Figueiredo. Dispensa e inexigibilidade de licitação. 3. ed.. São Paulo. Malheiros. 1994: e Antonio A. de Queiroz Telles. Bens insuscetíveis de licitação no direito brasileiro. São Paulo. Revista dos Tribunais 1985.

423

A desnecessidade de qualquer ato da Administração Pública para liberar-se da obrigatoriedade de licitar, nos casos de licitação dispensada distingue-a da licitação dispensável (dispensabilidade e da licitação inexigível (inexigibilidade). Nessas hipóteses. a exclusão da obrigação de licitar exige um prévio ato da Administração Pública, que deseja realizar determinado negócio e encontra-se numa situação de dispensabilidade ou de inexigibilidade, conforme determina, sem muita técnica, o § 2º do art. 54 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, Por esse dispositivo, a celebração de contrato decorrente de situações de dispensabilidade e inexigibilidade de licitação deve ser previamente autorizada. Nos casos de licitação dispensada, previstos no art. 17 dessa lei, a Administração Pública deseja alienar um bem de seu patrimônio, enquanto nas hipóteses de dispensabilidade ou inexigibilidade de licitação, quer uma obra. um serviço, uma compra. encontrando-se aí outra distinção entre a licitação dispensada e as demais espécies que excluem a Administração Pública da obrigação de licitar. Por fim. diga-se que a distinguir a licitação dispensada da dispensabilidade e inexigibilidade de licitação está a desnecessidade de justificativa para os casos de licitação dispensada, salvo quanto aos § 2º e 4º do art. 17, consoante prescrição do art. 26. Na dispensabilidade de licitação, com exceção das hipóteses dos incisos I e II do art. 24. e na inexigibilidade de licitação, o atendimento ao mencionado art. 26 é obrigatório. sob pena de nulidade do ato de liberação e responsabilidade penal. Essa distinção não é meramente acadêmica, tendo em vista os resultados práticos que proporciona à Administração Pública, especialmente no concernente à justificativa.

A alienação, entendida como a transferência dominical voluntária de um bem do patrimônio de uma pessoa para o de outra mediante, por exemplo, contrato de venda,

permuta, doação ou dação em pagamento, pode ter por objeto tanto um bem imóvel como um móvel pertencente à Administração Pública. A alienação de bens da Administração Pública, prescreve o art. 17 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, dependerá da existência de interesse público devidamente justificado²¹, de avaliação²² e de licitação. Quando a alienação recair sobre imóvel pertencente à Administração Pública direta ou a entidades autárquicas e fundacionais, dependerá, além da existência do interesse público plenamente justificado, de autorização legislativa, avaliação e concorrência. Sempre dependerá, quando

424

oUros, a exemplo das empresas governamentais, forem os proprietários, de avaliação e concorrência, além, por evidente, do interesse público devidamente justificado. Nesta hipótese, a alienação pode depender, ademais, do atendimento de exigências impostas por leis especiais, como é o caso de autorização da assembléia geral para a alienação de bem imóvel pertencente a uma sociedade de economia mista ou do conselho de curadores, quando a alienação é de bem imóvel de propriedade de uma fundação pública, sob pena de nulidade da transação²³. Sendo indispensável a concorrência, a fase da habilitação limitar-se-á ao recolhimento de 5% da avaliação. Esse recolhimento é obrigatório. Também poderá ser utilizado o leilão, nos casos de alienação de bens que tenham sido adquiridos pela Administração Pública mediante procedimentos judiciais ou dação em pagamento, consoante prescreve o art. 19, III, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

1.2. Hipóteses de dispensa para alienações imobiliárias

O inciso I do art. 17 do Estatuto federal Licitatório reafirma a obrigatoriedade da licitação e exige para a alienação de bens imóveis a concorrência. Ademais, determina o cumprimento de outras exigências, a exemplo, a prévia autorização legislativa e a prévia avaliação. Na parte final, esse preceptivo dispensa a concorrência nos seguintes casos de alienação de bens imóveis:

Dação em pagamento, prevista na alínea a. Embora cuidada no art. 17, é caso de inexigibilidade de licitação, que poderia, portanto, assentar sua validade no caput' do art. 25 desse Estatuto. Ainda que pudesse ser assim, foi prevista e regulada pelo art. 17, e por essa disciplina é que deve ser efetivada, até porque mais prático este do que aquele procedimento. Essa transação só interessa às partes envolvidas. Consiste, no caso, na entrega pela Administração Pública devedora de um bem público imóvel ao credor que com isso concorda, desobrigando-a da prestação originalmente convencionada²⁴.

Exemplo comum ocorre entre Município e INSS. O Município, devedor de contribuições previdenciárias ao INSS, propõe-lhe a dação em pagamento de um terreno de seu patrimônio, de valor equivalente ao de sua dívida, para saldar sua responsabilidade junto a essa autarquia. Aceito o bem dado em pagamento, opera-se a transação, liberando-se de Sua responsabilidade o devedor e assumindo a sua propriedade o credor.

21. Sobre interesse público. veja o subitem 2.5 do n. 2 do item V do Capítulo 1.

22. Sobre avaliação, veja o subitem 41.7 do n. 4 do item II do Capítulo XIII

23. 17. RT. 741:399.

24. Sobre dação em pagamento. veja o subitem 4.4 do n. 4 do item II do Capítulo XIII.

425

Atente-se que ao justificar devidamente o interesse público, deve a Administração Pública demonstrar que a dação em pagamento é mais vantajosa que a venda do bem e com o numerário recebido pagar seu débito, no caso junto ao INSS. A dação em pagamento não se confunde com a doação, pois esta é mera liberalidade do doador. -

Doação. mencionada na alínea b. E o contrato pelo qual. no caso, a Administração Pública, por liberalidade, transfere de seu patrimônio um bem para o patrimônio de outra pessoa que o aceita²⁵. Na doação. como regra. conhece-se o donatário. sendo por via de sua participação que se alcançará o interesse público. Sendo Assim, a doação é hipótese de inexigibilidade de licitação que encontraria sua fundamentação no caput do art. 25 dessa lei. Não obstante foi tratada pelo art. 17. e com essa disciplina, não a do art. 25. é que a doação deve ser promovida, até porque é mais prático este procedimento que aquele. Pela alínea b do inciso I do art. 17 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, a doação somente é permitida para outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo, mas o STF tomou ineficaz, até decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927-3-RS. a locução “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”. contida em seu texto. Em razão dessa medida a doação restou liberada dessa restrição, podendo ser feita para qualquer donatário. A restrição, no entanto. vale para a Administração Pública federal. Atente-se que esse alto Colegiado. também nessa ADIn. tomou ineficaz o § 12 do art. 17. que impunha a reversão dos bens doados nos termos da alínea b do inciso I desse artigo, quando cessadas as razões justificadoras da doação. Enquanto vigente a doação. o donatário estava proibido de

alienar o bem que recebera em doação. estabelecia. ainda, esse parágrafo. Em face dessa decisão tais restrições só valem para a Administração Federal. a elas não se submetendo os Estados-Membros. o Distrito Federal e os Municípios.

Se. observe-se, como regra. na doação de bens imóveis a concorrência está dispensada. em alguns casos ela é viável e até indispensável em razão de outros princípios. De fato. a concorrência é necessária se o pretendido pela entidade alienante é, por exemplo, a doação de certo terreno a quem se proponha construir. no menor espaço de tempo. uma creche para atender. no mnimo. a duzentas crianças. Assim é. dado que mais de urna pessoa pode interessar-se pela doação. e quando isso ocorre a concorrência é indispensável. Observe-se que nessa modalidade de doação. entendida

25. Sobre doação, veja o subitem 4.3 do n. 4 do item II do Capítulo XIII.

426

como doação com encargo ou onerosa. a possibilidade da realização de concOr' está prevista no art. 17, § 49, do Estatuto federal Licitatório. Esse parágrafo exige. nesses casos. que do contrato fique constando os encargos' o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, sob pena de nulidade da doação.

Permuta. arrolada na alínea c. Também chamada de troca ou escambo, é o contrato em que as partes se obrigam mutuamente a dar uma coisa por outra². Na permuta conhecem-se o bem que se deseja permutar e o que se quer receber em troca. Só ele. no caso de permuta de bem público, satisfaz o interesse público. Sendo Assim, é óbvio que se cuida de hipótese de inexigibilidade de licitação, não de licitação dispensada. De qualquer modo. foi prevista e disciplinada no art. 17. e isso traz. como vimos, vantagem para a Administração Pública. A permuta como hipótese de contratação direta só pode ser. em tese, por imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Assim, o imóvel pretendido pela Administração Pública será determinável em função da necessidade de instalação e localização das precípuas finalidades da Administração Pública. Desse modo. resta claro que não pode haver permuta de bem público imóvel por bem móvel. Os valores dos bens não precisam ser iguais, permitindo-se o pagamento da diferença em dinheiro ou outro bem²⁷. Em determinadas situações a permuta pode exigir licitação, como é o caso em que pode ser realizada por bem com tais ou quais características. Como podem existir vários bens com essas características, a licitação é indispensável. investidura, indicada na alínea d. A investidura é comumente definida como a incorporação de uma área remanescente da

utilizada na execução de uma obra pública. isoladamente inconstruível, a terreno público ou particular 28. O § 39 do art. 17 define para os fins da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública a investidura como: “1 — a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tomar 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: II — a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou. na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em

26. Sobre permuta. veja o subitem 4.2 do n. 4 do item II do Capítulo XIII.

27. Sobre o contrato de permuta. veja o subitem 4.2 do n. 4 do item II do Capítulo XIII.

28. Sobre investidura, veja o n. 11 do item II do Capítulo XIII.

427

1.3. Hipóteses de dispensa para alienações mobiliárias

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”. Fora dessas hipóteses a licitação é indispensável, conforme, por exemplo, deixa entrever o disposto no pri.. meiro desses incisos. na medida em que limita a investidura a áreas de valor inferior a R\$ 40.000.00, isto é, 50% do valor (R\$ 80.000.00) consignado na alínea a do inciso II do art. 23 dessa lei, portanto, a alienação de imóveis remanescente de obra pública com valor superior a R\$ 40.000.00 depende de concorrência.

Venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, mencionada na alínea e. Venda é o contrato mediante o qual uma das partes transfere o domínio de certo bem que integra seu patrimônio ao outro contratante, mediante o recebimento, em dinheiro, de determinado preço²⁹. A desobrigação de licitar só incide nessa hipótese. de sorte que se a venda não se destinar a órgão ou entidade pública a concorrência é indispensável. O órgão e entidade pública tanto pode ser da mesma esfera de governo como de outra.

Alienação de imóveis para atender a programas habitacionais de interesse social, em termos de licitação dispensada, indicada na alínea f do inciso I do art. 17 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. O Poder Público de qualquer das esferas governamentais cria entidade para executar programas

habitacionais de interesse social a exemplo do Projeto Singapura. da responsabilidade do Município de São Paulo. A entidade criada adquire o terreno e constrói as unidades habitacionais. Uma vez concluídas as unidades, elas são alienadas aos inscritos no programa. Essa alienação faz-se por venda ou doação. segundo as regras preestabelecidas. Em qualquer dessas hipóteses a licitação está dispensada. mas assim não será se essas condições não forem rigorosamente observadas.

O mesmo inciso dispensa a concorrência para a concessão de direito real de uso, para a locação e permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social. Estas últimas hipóteses estão deslocadas, pois não são de alienação, realidade que em nada impede sua validade e eficácia, embora indique péssima técnica legislativa. Por sua vez, o § 2 do art. 17 dispensa a licitação quando o concessionário for órgão ou entidade da Administração Pública, no caso de outorga de concessão de direito real de uso.

29. Sobre a venda de bens. veja o subitem 4.1 do n. 4 do item II do Capítulo XIII
428

O inciso II do art. 17 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública excepciona a regra de licitar, não as demais exigências. para a alienação de bens móveis pertencentes à Administração Pública. Bens móveis são os dotados de movimento próprio e os que podem ser removidos por força estranha, a exemplo do lápis, da mesa e do microcomputador. Podem ser novos e usados, servíveis e inservíveis. A alienação desses bens exige interesse público devidamente justificado, avaliação e licitação, podendo esta ser a concorrência, a tomada ou o convite, conforme seja o valor do bem alienável. Se a avaliação não for superior ao limite previsto na alínea b do inciso II do art. 23, isto é, R\$ 650.000,00, a Administração Pública proprietária do bem poderá permitir o leilão. Observe-se que o dissertado em relação à alienação de bens imóveis vale, mutatis mutandis, para a alienação dos bens móveis. Esse inciso do art. 17 da lei excepciona a regra de licitar ao indicar que a licitação está dispensada nos seguintes casos de alienação de bens públicos móveis:

Doação, prevista na alínea a. A doação, conforme já conceituada, é livremente permitida para fins e uso de interesse social, após avaliação .a oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação. A desatenção a qualquer desses requisitos impõe a alienação mediante licitação, cuja modalidade — concorrência, tomada de preços ou convite dependerá do valor estimado dos bens

processo de alienação.

Permuta, indicada na alínea b. A permuta, segundo antes definida, é entre órgãos ou entidades da Administração Pública. A locução “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública” teve sua eficácia suspensa, até decisão final da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927-3-RS, pelo STF. Com essa decisão a permuta de bem móvel restou livre, de sorte que pode ser feita para órgãos ou entidades da Administração Pública ou para particulares. A restrição, no entanto, vale para a Administração Federal.

Venda de ações em bolsa, prevista na alínea c. A Administração Pública quando detentora de ações pode aliená-las valendo-se da Bolsa de LES, em que suas ações são realizadas sob o impacto da lei da oferta e procura. De qualquer forma a alienação é realizada por processo diferente da licitação regulada pela Lei federal das Licitações e Contratos da

Administração Pública, mas portador dessa natureza. A venda das ações feita, ainda que na Bolsa de Valores, por servidor da Administração Local Sua proprietária, mas por meio de corretoras. Sendo desse modo,

429

cremos que se para a venda desses bens a licitação está dispensada, para a escolha da corretora ela é obrigatória, salvo hipótese de dispensabilidade

Venda de título, na forma da legislação pertinente, mencionada na alínea d. A Administração Pública pode ser proprietária de títulos ou ações não negociáveis em bolsa e desejar aliená-los. Para tanto bastará que observe a legislação pertinente.

Venda de bens produzidos ou comercializados por órgão ou entidade da Administração Pública, referida na alínea e. O dispositivo regulou o que a doutrina facultava à Administração Pública, isto é, alienar diretamente os bens que seus órgãos ou entidades venham a produzir em razão de suas finalidades. Assim, não cabe exigir licitação para a PETROBRAS vender os bens que produz, pois essa é a sua finalidade. Igualmente não é necessária, pois está dispensada por lei, a alienação de bens fabricados por internos, por exemplo, da FEBEM ou pelos presos de uma penitenciária. A licitação em tais casos é incompatível com os objetivos do órgão ou da entidade. O dispositivo não cuida, mas é evidente que também está dispensada a licitação para a venda de serviços produzidos por órgãos ou entidades da Administração Pública. a exemplo dos serviços funerários prestados por autarquia municipal. A venda, seja de bens, seja de

serviços, é para qualquer interessado, e isso torna a licitação impraticável ante os objetivos das entidades responsáveis por sua execução.

Venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem os vende. indicada na alínea f. Sendo imprevisível a utilização do bem pelo seu proprietário. cabe-lhe, dispensada que está a licitação, aliená-lo diretamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública. A venda justifica-se como meio de aproveitamento do patrimônio que se deteriora ao longo do tempo devido à falta de uso. Trata-se de venda, não cabendo doação ou permuta.

2. Licitação dispensável

2.1. Introdução

A Lei federal a. 8.666/93 encarrega-se, no art. 24, inciso I usque XXIV. de enumerar as hipóteses em que há dispensabilidade de licitação. Embora seja assim em termos genéricos. no particular nem todas as hipóteses aí mencionadas configuram situação de dispensabilidade. Nesse passo a legislação anterior era mais técnica. Com efeito, a hipótese do inciso XV é de inexigibilidade de licitação, enquanto a do inciso IX é de licitação proibida.

430

Tirante essa impropriedade, cabe mencionar, desde já, que a Administração Pública não está dispensada da licitação, como ocorre nas hipóteses do art. 17, embora seja comum essa assertiva. A dispensa não se opera

automaticamente ex vi lege, ainda que os fatos se enquadrem em uma das

hipóteses arroladas nesse artigo. Tal dispositivo apenas prescreve que a licitação é dispensável. Por conseguinte, à Administração Pública cabe ajustar a cada caso, da conveniência e oportunidade da dispensa. Nessas hipóteses a entidade obrigada a licitar tem uma faculdade, não obrigação. Assim se for possível a licitação e esta for realizada, não incide, pelo menos

em tese, a entidade que a levou a efeito em qualquer vício. Pode-se afirmar que a realização da licitação nesses casos prestigia os princípios da moralidade administrativa, da igualdade e da competitividade, mas isso em tese, porque haverá vício, sim, se a realização da licitação configurar um disparate e com ela se onerar a Administração Pública, como é o caso de ter-se realizado uma concorrência quando a licitação era dispensável.

O elenco consignado no citado art. 24 do Estatuto federal Licitatório,

por se tratar de exceção à obrigatoriedade de licitar, é taxativo, não poden do portanto, as entidades que devem observância a esse princípio aumentá l quando da execução da lei. A interpretação há de ser sempre restritiva.

Ademais não cabe ao Estado-Membro ou ao Distrito Federal, nem ao Município quando da feitura de suas respectivas leis de licitação e contrato

administrativo, criar novas hipóteses de dispensabilidade³. A dita regra es cap à União, que, por lei, pode alterar tal elenco, consignando novas hipótese de licitação dispensável, como. aliás, tem sido feito até por medida

provisória. Estado-Membro, Distrito Federal, Município, se não podem ampliá-lo, podem, certamente, diminuí-lo em suas leis, como, de resto. também pode a União.

A dispensabilidade, por outro lado, só será válida se os fatos (custo dentro dos limites legais, calamidade pública, emergência) se encaixarem perfeitamente em uma das hipóteses do Estatuto federal Licitatório. Se não se configurar esse preciso enquadramento, de dispensabilidade, certamente não se tratará. Ou os fatos se enquadram perfeitamente na hipótese legal e aí a Administração Pública está em condições de dispensar a licitação ou não se enquadram, e então a licitação é indispensável.

A dispensabilidade da licitação, quando autorizada, só libera a Administração Pública da promoção do procedimento de escolha da melhor proposta Sendo assim, tudo o mais (verificação da personalidade jurídica,

30 Nesse sentido já decidiu o STF (RDA. 145:131).

431

capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal, empenho prévio, celebração do contrato, publicação) deve ser observado. De nenhum desses cuidados está dispensada a Administração Pública, mas cremos que tal rigor deve ser relevado em relação à publicação do ato de dispensa e sua ratificação nos casos de calamidade pública e emergência. Somente será válida a liberação da obrigação de licitar se precedida da competente justificativa. Esta é o arrazoado, que, partindo de certas premissas, chega a uma conclusão, no caso, a liberação dessa responsabilidade. Não é uma simples afirmação, do tipo “eu acho” ou “eu entendo que se trata de caso de dispensabilidade de licitação” ou de que a situação se enquadra no inciso tal ou qual do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Essa justificativa deve, quando couber, descrever e bem caracterizar a situação real ensej

adora da dispensabilidade da licitação, demonstrar a razão da escolha do fornecedor ou do executor da obra ou serviço desejados pela Administração Pública e a justificativa do preço, demonstrada sua compatibilidade com os praticados no mercado em levantamento juntado ao processo. A Administração Pública, não obstante estar liberada da obrigação de licitar, deve observar os princípios da moralidade administrativa e da economicidade quanto ao preço contratado³¹. Ao processo de dispensabilidade da licitação, quando for o caso, deve ser juntada a aprovação dos projetos de pesquisas aos quais os bens serão alocados.

Ademais, o ato de liberação dessa obrigação deve indicar todas as condições e termos em que o contrato será celebrado, sem omitir as sanções e, se for o caso, a exigência de garantia (art. 54, § 2). Nos termos do art. 26, a justificativa deve ser feita à autoridade superior em três dias, e esta deverá ratificá-la e publicá-la no prazo de cinco dias. Essa súmula significa que o agente que recebe, por exemplo, o processo de compra deve, em três dias contados do recebimento, verificar se se trata de contratação com ou sem licitação. Cuidando-se de dispensabilidade, dentro desses três dias o agente deve preparar a justificativa e as condições em que se dará a contratação, remetendo-as ao conhecimento da autoridade superior, que, a contar do seu recebimento, terá cinco dias para, se for o caso, ratificá-las e publicá-las. A publicação, nos termos desse artigo estatutário, deve ser na imprensa oficial. O atendimento de tais exigências é necessário para a eficácia desses atos. Vale dizer: somente será possível a contratação depois de observado esse procedimento, que termina com a publicação na imprensa oficial do ato de ratificação da dispensa de licitação, acompanhado de sua

432

justificativa. A partir daí tem-se a contratação e a execução do contrato. A falta da publicação no momento oportuno não invalida, por si só, a contratação, apenas serve de motivo para responsabilizar, mediante procedimento disciplinar, o servidor omissor quanto a essa obrigação. A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública não define a autoridade superior, embora mencione-a muitas vezes e lhe atribua inúmeras competências. Autoridade superior, pode-se afirmar, é a que tem poder para determinar a abertura da licitação; é o agente que dentro do escalonamento hierárquico tem tais poderes ou competências.

2.2. Hipóteses em que a licitação é dispensável

Segundo o mencionado art. 24, a licitação é dispensável para contratações nas hipóteses a seguir discriminadas:

É dispensável a licitação para a contratação de obras e serviços de engenharia de até R\$ 15.000,00, correspondente a, no máximo, 10% do valor consignado na alínea a do inciso I do art. 23, fixado hoje em R\$ 150.000,00, consoante estatuído no inciso I do art. 24 da Lei federal n. 8.666, de 1993. A dispensabilidade do procedimento licitatório, para essas contratações, nas condições, termos e limites indicados, é coerente e de todo justificável. Com efeito, a execução de pequenas obras ou a prestação de singelos serviços de engenharia são medidas simples que não se compatibilizam com procedimentos solenes, dotados de formalidades que só emperrariam a atividade administrativa, sem oferecer qualquer vantagem. Esse percentual será de 20% para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública. Ainda é nesse percentual nos casos de autarquia e fundação governamental qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas, prescreve o parágrafo único do art. 24.

O Estatuto federal Licitatório apenas define obra e serviço no seu art. 6. Nada prescreve sobre obras e serviços de engenharia. Aproveitando esses conceitos, diz-se obra de engenharia toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação cuja responsabilidade pela execução cabe somente a profissionais ou firmas que atendam à legislação de engenharia. enquanto serviço é toda atividade destinada a propiciar determinada utilidade de interesse da Administração ou dos administrados, cuja responsabilidade executória só pode estar a cargo de profissionais ou empresas que também satisfaçam as exigências dessa legislação.

31. RT. 728:391.

433

2.2.1. Obras e serviços de engenharia de pequeno valor

Observe-se que dentro do exercício financeiro a entidade obrigada a licitar não pode, sob pena de fraudar a exigência da licitação, dividir o objeto da licitação (obra ou serviço de engenharia), cujo valor exige certa modalidade licitatória, em duas ou mais partes para que os respectivos valores se enquadrem nas citadas condições e limites de dispensabilidade³² O mesmo expediente é condenado se com a sua adoção pretende-se alcançar modalidade licitatória mais simples³³. Assim, não se pode dividir o objeto para fugir da concorrência e cair, por exemplo, na tomada de preços. Cada uma dessas divisões seria considerada, nos termos do Estatuto federal Licitatório, parcela de uma mesma obra ou serviço. Essa vedação, cabe dizer, não proíbe, sempre que necessária

por motivo técnico, científico ou financeiro, a divisão do objeto, desde que para cada parcela da obra ou serviço se promova licitação igual à exigida para o todo (art. 23, § 2).

Está também proibida a dispensa de licitação quando se tratar de obras e serviços da mesma natureza (uma escola e um hospital. serviço de vigilância em escola e serviço de vigilância em hospital) executados no mesmo local, desde que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, ainda que separadamente fossem, em termos de valor. enquadráveis na hipótese de dispensa que se examina. Para essas obras e serviços pode-se realizar uma só licitação ou duas. Na primeira hipótese tem-se execução conjunta, na segunda diz-se realização concomitante. Mesmo local, para nós, é o Município, dado ser essa a única unidade territorial definida objetivamente. Confuso restaria o atendimento da prescrição se considerássemos a vila, o bairro ou a cidade que não apresentam limites e conceito precisos. Sempre haveria a dúvida: as obras estão no mesmo local? Mesmo local, portanto, não se refere a mesmo endereço.

Também não pode a entidade obrigada a licitar valer-se dessa faculdade e promover a venda direta de bens, mesmo que de pequeno valor³⁴. O dispositivo só se refere a obras e serviços de engenharia. Para a venda de bens públicos, é sempre necessária a concorrência, quando imóveis (art. 17, 1), salvo a exceção do art. 19, III, ou o leilão, quando móveis inservíveis para a Administração ou produtos legalmente apreendidos ou dados em penhor (art. 22, § 5, do Estatuto).

O valor de R\$ 150.000,00, instituído, na hipótese, como teto, nos termos do art. 120 do Estatuto, pode ser revisto pelo Executivo federal, obser 32 Confira o Acórdão do TC-70.717-02/90, publicado no DOE. 11 jun. 1992. No mesmo sentido, veja decisão do TCU no DOU. 28 abr. 1998, p. 101.

33. Confira o Acórdão TC-70.717-02/90 do TCESP, publicado no DOE. 11 jun. 1992.

34. Confira o Acórdão TC-70.7 17-02/90 do TCESP, publicado no DOE. 11 jun. 1992.

434

da como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no perícarretamio. se isso acontecer, a alteração do limite de dispensabilidade.

Esses e os valores decorrentes da revisão são obrigatórios para EstadosMernbr05. Distrito Federal e Municípios, que, no entanto, podem fixar limites menores.

2.2.2. Serviços, menos os de engenharia, e compras de pequeno valor

Por força do disposto no inciso II do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, os serviços que não sejam de engenharia, a exemplo dos de educação e saúde, e as compras de pequeno vulto, isto é, de até R\$ 8.000,00, correspondentes a 10% do valor atribuído à alínea a do inciso II do art. 23, fixado hoje em R\$ 80.000,00, podem ser contratados diretamente, dada a dispensabilidade da licitação. Valem, aqui, as razões que justificam a dispensa da licitação para a contratação de obras e serviços de engenharia de pequeno vulto, enunciadas no item anterior. Também valem para esta hipótese as observações feitas à divisão do objeto da licitação para que as partes resultantes tenham valores enquadráveis nos limites de dispensa ou em modalidades licitatórias mais simples, pois consideradas por esse Estatuto federal Licitatório como parcelas de uma mesma obra ou serviço, e à possibilidade de revisão do valor mencionado como teto de dispensa. Esse percentual será de 20% para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública. Também será esse o percentual no caso de autarquia e fundação pública qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas, conforme prescreve o parágrafo único do art. 24 desse diploma legal.

Por fim, alerte-se que essa faculdade é estendida às alienações desejadas pela entidade obrigada a licitar quando enquadráveis, em termos de valor, no limite indicado, pois expressamente referida nesse dispositivo. Para as alienações com valores acima desse limite devem ser observadas as hipóteses de dispensa tratadas na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública a partir do art. 17.

2.2.3. Guerra e grave perturbação da ordem

A guerra e a grave perturbação da ordem interna são fatos que podem levar à dispensa da licitação, nos termos do inciso III do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Guerra é o conflito armado entre Estados. Juridicamente, só se configura com a declaração solene do Chefe de Estado. E atribuição do Presidente da República (CF, art. 84, XIX). Este a exercitou, em 1942, pelo Decreto n.

435

10.385, para declarar o estado de guerra em todo o território nacional. Só a União pode valer-se dessa faculdade, visto responder, privativamente pelos negócios ligados à soberania, embora algumas leis estaduais (Leis paulista n. 6.544/89, art. 24, III, e paraense n. 5.416/87, art. 15, III) e municipais (Lei paulistana n. 10.544/88, art. 64, VII) prevejam a guerra como hipótese de dispensa de licitação. Destarte, só a partir da decretação estará, em tese, a entidade obrigada a licitar em condições de ser liberada

dessa exigência. Mesmo Assim, não estará liberada para todo e qualquer contrato, mas tO-56 em relação aos ligados ao evento bélico (aquisição de armas. de alimento para soldados) e para o início desses acontecimentos. Municípios. Estados- Membros e Distrito Federal, em princípio, estão obrigados a licitar. Se forem atingidos inesperadamente pelas ações bélicas, podem realizar diretamente os negócios necessários a solucionar as dificuldades surgidas com base no inciso IV do mesmo art. 24 (situação de emergência). Também estão obrigadas a esse procedimento todas as demais entidades que nenhum relacionamento têm com o evento bélico (Poder Legislativo. Poder Judiciário. Tribunal de Contas, entidades governamentais). Ademais, o exercício dessa faculdade só será legítimo no início da guerra: se essa perdurar por algum tempo, tudo deve ser planejado, inclusive as licitações.

Grave perturbação da ordem é comoção interna geral ou particular de determinada região. E provocada por atos humanos, a exemplo da greve e da revolução. São. cremos, as situações que caracterizam o estado de defesa e o estado de sítio, definidos, respectivamente. nos arts. 136 e 137 da Constituição da República. Uma vez declarado, libera a União ou o Estado- Membro da licitação, no que respeita a contratos e atos desejados para minorar ou debelar tal estado. A liberação, como se vê, não é total; está a Administração Pública em condições de dispensabilidade da licitação para os negócios ligados a essas situações de grave perturbação da ordem pública, se ocorridas efetivamente tais perturbações e declarado o estado de grave comoção. As demais entidades obrigadas a licitar em períodos normais de estabilidade social devem observar para seus negócios o prévio procedimento licitatório. dado que nenhum relacionamento tem com esse estado de perturbação da ordem.

2.2.4. Emergência e calamidade pública

Calamidade pública³⁵ é situação de perigo grave, generalizada ou particularizada a uma região, decorrente de eventos da natureza (inundações

35. Sobre calamidade pública, veja o Decreto do Estado de São Paulo n. 40.320/9D

436

vendáveis, secas, epidemias). É situação caracterizada pela impossibilidade de atendimento adequado por parte da Administração Pública com a utilização dos meios e recursos que normalmente estão a seu dispor. Configurada. de fato, deve ser declarada pelo Executivo federal, estadual ou municipal, conforme circunscrita, respectivamente, a mais de um Estado, a mais de um Município ou a um Município. Só depois dessa

solene declaração, feita or decreto. está a entidade obrigada a licitar em condições de ser liberada dessa responsabilidade. A liberação, segundo essa regra, somente será legítima em relação aos contratos e atos ligados ao estado de calamidade pública, visando combatê-lo ou minorar seus efeitos, e tão-só para a aquisição dos bens para isso necessários. Destarte, se são necessários duzentos cobertores para atender aos flagelados, não pode a Administração comprar mil, para utilizar os sobejantes oitocentos na campanha de inverno que se avizinha. Estes devem ser adquiridos pelo processo normal de compra, realizando-se, se for o caso, a competente licitação. Observe-se que só a entidade responsável pelo bem-estar da comunidade atingida pelo flagelo está liberada da licitação; as demais não estão dispensadas, precisando, para legitimar seus negócios, de prévia licitação.

O atendimento de certas situações, pela entidade competente, há de ser imediato, sob pena de a procrastinação causar prejuízo ou comprometer a segurança dos administrados, de obras, de bens ou de equipamentos. As situações assim enquadráveis em termos de atendimento e solução são caracterizáveis como emergenciais. A emergência, como hipótese de dispensabilidade de licitação consignada no inciso IV do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, é caracterizada pela necessidade imediata ou urgente do atendimento do acontecido ou por acontecer, pois, se não for assim, será inútil qualquer medida posterior. Só o pronto atendimento pode evitar situações causadoras de prejuízos e salvaguardar a segurança das pessoas, obras, bens e equipamentos ou reduzir as conseqüências quando os fatos já aconteceram. O conserto do reservatório de água da cidade cujo vazamento ameaça sua segurança e a restauração do equipamento de balsa, destruído por uma enchente anormal do rio, são casos de emergência. Nessas hipóteses, diz-se que a emergência é real, pois seu surgimento não decorreu de qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, da Administração Pública, portanto, não é de emergência real a situação que deve ser resolvida de imediato (compra de distintivos, hoje, para com eles serem agraciados amanhã os funcionários que completaram 20 anos de serviço público), quando dela já se tinha conhecimento muito tempo antes. Nessa hipótese, diz-se que a emergência é ficta, ou fabricada. Em tais casos, há negligência, não urgên

437

cia. Apesar disso, contrata-se, e pela negligência responderá a autondade omissa, depois de devidamente apurados todos os fatos.

Acrescente-se que as obras, bens e equipamentos referidos na disposição em apreço, sujeitos a danos, podem ser da Administração Pública ou do particular, e que a emergência apenas dispensa a licitação para o caso específico e unicamente para obras, bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. Somente, prescreve o mencionado inciso IV, os contratos de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos contados da emergência ou calamidade, podem ser celebrados diretamente. Desse modo, ainda que a pretexto de atender a uma situação emergencial, não pode a Administração contratar obra ou serviço com prazo de execução superior a esse. Nessas hipóteses está ausente o caráter emergencial da obra ou do serviço. Tampouco cabe prorrogação do contrato celebrado com fulcro nesse inciso. A prorrogação só seria admissível se um evento intransponível impedisse, por certo tempo, a execução do contrato (TC 500.296/ 96-O). Por esse tempo em que a execução contratual foi interrompida, a prorrogação seria legal. Se a situação emergencial vier a repetir-se, a contratação direta pode novamente ocorrer, ainda que com o mesmo contratado, sem que essa medida represente prorrogação indevida.

Por fim, diga-se que as situações de emergência e calamidade pública devem restar demonstradas, como, aliás, devem ser justificadas todas as hipóteses de liberação da Administração Pública dessa obrigação. Em suma:

elas devem existir para servir de pressuposto inarredável da dispensa. Destarte, nenhuma valia tem a simples colocação da palavra emergência em documento assinado pela autoridade competente para caracterizar essa hipótese de dispensabilidade da licitação (TCESP- 17056/026/94).

2.2.5. Quando não acudirem interessados à licitação

Estabelece o inciso V do art. 24 do Estatuto federal Licitatório que a licitação é dispensável a um dado negócio se ao processo licitatório correspondente, antes realizado, não acudiram interessados. Essa situação é chamada pela doutrina de licitação deserta. A contratação desejada, nos termos e condições do ato de abertura, por certo, não foi motivo de interesse para ninguém. Caracteriza-se esse desinteresse pela não-participação de qualquer licitante no procedimento licitatório quando ninguém apresenta os envelopes contendo os documentos de habilitação e a proposta. Pode-se, por esse motivo, presumir que a sua repetição, pura e simples, não será atrativo suficiente para despertar o interesse de alguém e motivá-lo a parti-

cipar da licitação. A revisão, nesse particular, do instrumento convocatório é em tese, necessária quando a Administração Pública opta pela renovação da licitação deserta, sob pena de não se obter êxito.

A nova licitação, no entanto, pode ser prejudicial à Administração pública, em face do tempo demandado para sua realização, causando-lhe um acréscimo no valor do contrato (prejuízo financeiro) ou atraso na prestação do serviço ou utilização da obra (prejuízo administrativo). Daí a razão dessa hipótese de licitação dispensável. Assim, caracterizada a situação de deserção e demonstrado o efetivo prejuízo financeiro ou administrativo, a contratação pode ser celebrada sem licitação. Mas isso não é tudo, pois o inciso em apreço exige para essa contratação a observância das mesmas condições da licitação havida como deserta (prazo de início, de conclusão, de entrega, condições de execução e de pagamento). Qualquer alteração que se fizer nas condições do edital ou do contrato para facilitar a contratação direta acarretará a nulidade do ajuste decorrente e a responsabilidade dos seus causadores.

Observe-se, por um lado, que a participação de um proponente já é o bastante para demonstrar que há, por parte dos particulares, interesse na licitação e que ela não pode ser caracterizada como deserta, ainda que no evoluir do procedimento ele venha a ser eliminado. De outro lado, anote-se que a participação no procedimento é marcada pela entrega dos envelopes contendo os documentos de habilitação e as propostas. Não é, assim, um grande número de proponentes que mostra ser a licitação viável, nem a simples retirada do edital e anexos ou os contatos telefônicos, pessoais ou mesmo por carta, que alguém manteve com a autoridade responsável pela licitação, visando sua participação no certame, é suficiente para caracterizar o interesse de alguém em participar da licitação. Assim, ainda que esses gestos tenham ocorrido, a licitação diz-se deserta se nenhum interessado apresentou, no prazo, os envelopes habilitação e proposta.

Só a efetiva entrega dos envelopes, ainda que por um único proponente, pode, como dissemos, caracterizar a utilidade da licitação e propiciar a sua continuidade. Logo, se habilitado e se sua proposta atender ao exigido no instrumento convocatório, inclusive quanto a preço compatível com o Praticado no mercado, deve ele ser julgado vencedor. Uma vez homologado o procedimento ao vencedor deve ser adjudicado o objeto da licitação e, se ainda for do interesse da entidade licitante, deve com ele ser realizado o Contrato correspondente. Em relação ao convite, houve divergência nesse

Particular, ainda que o Estatuto federal Licitatório tenha disposto de forma diversa do anterior, pois alguns continuaram entendendo como absoluta-

439

mente necessário o confronto de. ao menos, três propostas válidas, como adiante será visto.

Diga-se que. sob pena de nulidade da contratação, a entidade licitante não pode buscar a ausência; não lhe cabe fraudar o procedimento para que este se torne deserto. A deserção há de ser circunstância normal, não arranjo para se fugir à licitação. Esse comportamento, cremos, pode caracterizar a figura criminosa descrita no art. 90 do Estatuto federal Licitatório.

2.2.6. Intervenção, pela União, no domínio econômico

Nos termos do inciso VI do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, é dispensável a licitação quando a União tiver de intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento. Assim, contrata-se sem licitação a aquisição de certo produto para pô-lo no mercado e, desse modo, forçar a queda ou a regularização do preço, ou para obrigar os particulares a desovar seus estoques e normalizar o abastecimento. Essas operações interventivas são incompatíveis com processos prolongados e solenes de aquisição de bens, e por isso resta plenamente justificada a dispensabilidade da licitação.

Não nos parece que essa hipótese prestigie os Estados-Membros, o Distrito Federal e demais entidades públicas ou governamentais, vez que para essas finalidades não lhes cabe intervir no domínio econômico, salvo, por evidente, se executoras da intervenção da União, em razão de delegação ou convênio. Por isso entendemos acertada a posição da Lei mineira n. 9.444/87 e da Lei paulistana n. 10.544/88, entre outras, que não incluem essa hipótese entre as de dispensa de licitação, arroladas, respectivamente. nos arts. 23 e 64.

2.2.7. Propostas com preços manifestamente superiores aos do mercado

A licitação é dispensável, prevê o inciso VII do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, 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 dessa lei e persistindo a situação. será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços. O dispositivo justifica-se, pois quer-se evitar, em prejuízo da Administração

Pública licitante, conluio entre os participafites para impor-lhe preços excessivos. Nesse sentido é a lição de Toshio Mukai (Estatutos jurídicos, cit., p. 27).

440

Assim, pode a entidade competente contratar sem licitação sempre que todas as propostas apresentadas forem desclassificadas por conterem preÇos excessivos e os licitantes não apresentarem outras. no prazo de oito dias úteis, escoimadas desse vício. A contratação, nesses casos, há de ser feita por preços não superiores aos consignados no registro de preços. Sem a observância desses requisitos a contratação direta será ilegal. A falta de registro de preços impede a dispensa, e a licitação deve ser repetida. Se puder ser utilizado registro de preços de entidade congênere, não há ausência de registro de preços e o problema não se coloca.

2.2.8. Operação entre pessoa pública e órgão ou entidade que a integre

Nos termos do inciso VIII do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, é dispensável a licitação para a aquisição, por pessoa jurídica de Direito Público interno, de bens e serviços produzidos por órgão ou entidade que a integre, criado em data anterior à vigência dessa lei para esse fim específico. Pessoas jurídicas de Direito Público interno são a União, cada um dos Estados federados, o Distrito Federal, cada um dos Municípios, as autarquias e as fundações públicas. Apenas essas são prestigiadas por dita regra.

A validade dessas aquisições somente se verificará se a contratação for com órgão ou entidade que integra uma dessas pessoas públicas, ainda assim, se criada antes do Estatuto federal Licitatório para esse fim específico, ou seja, para fornecer-lhes bens e lhes prestar serviços. De sorte que se também prestar serviços ou produzir bens para outrem ou se não for integrante da entidade que deseja seus bens e serviços, não se enquadra na hipótese examinanda, e a licitação será indispensável. Desse modo, a União, por exemplo, necessita de licitação para contratar os serviços de informática, quando a empresa governamental por ela criada também for prestadora desses serviços para terceiros, dado que não foi criada especificamente para lhe prestar dito serviço, mas para prestá-lo a quem por ele se interessar. É entidade criada para explorar atividade econômica e como tal não pode ter privilégios (art. 173, § 22, da CF). Se assim não se entender, nega-se vigência a locução “que tenha sido criado para esse fim específico”, e tal procedimento não é indicador de boa técnica de interpretação. Ademais, se ao legislador bastasse a criação do órgão ou entidade, não teria feito a citada exphcitação, mas a fez e, portanto, deve-se dar a ela a correta interpretação.

Desses órgãos e entidades têm-se, como exemplo, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e fundações, criadas antes do citado Es-

441

tatuto e para atender exclusivamente aos interesses da pessoa jurídica de direito público interno responsável por sua criação. Para a legalidade dessas contratações, diga-se, por fim, que os preços dos bens e serviços contratados devem ser compatíveis com os praticados pelo mercado, consoante levantamento prévio. Esse levantamento e compatibilidade devem estar devidamente comprovados no processo de contratação.

2.2.9. Comprometimento da segurança nacional

O Estatuto federal Licitatório, no inciso IX do art. 24, permite 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. A hipótese não é nova, embora antes fosse considerada como de vedação de licitar. Nesse particular andou mal o legislador, pois se configurada a hipótese de comprometimento da segurança nacional a licitação não pode ser realizada. Não é, assim, hipótese de licitação dispensável, mas de licitação proibida. Esse vício foi sanado com a edição do Decreto federal n. 2.295, de 4 de agosto de 1997, que regulamentou esse inciso e dispôs sobre a dispensa de licitação nos casos em que sua realização possa comprometer a segurança nacional. Assim a indispensável proibição acabou por instalar-se em nosso Direito Positivo como caso de dispensa da obrigação de licitar. Com efeito, estabelece o art. 12 desse decreto que: “Ficam dispensadas de licitação as compras e contratações de obras e serviços quando a revelação de sua localização, necessidade, característica do seu objeto, especificação ou quantidade coloque em risco objetivos da segurança nacional, e forem relativos à:

I aquisição de recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais; II — contratação de serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico; III — aquisição de equipamentos e contratação de serviços técnicos especializados para a área de inteligência”. Outros casos que possam comprometer a segurança nacional, não previstos no art. 1 do mencionado decreto, serão submetidos ao Conselho de Defesa Nacional, para o fim de dispensa de licitação, prescreve o art. 22, também desse decreto. Vê-se, com fulcro no disposto no art. 2, que o art. 1 não oferece um elenco taxativo de hipóteses em que a licitação está dispensada.

O parágrafo único do art. 1, ainda desse decreto, toma necessária a justificativa da dispensa de licitação, notadamente quanto ao preço e a escolha do fornecedor ou

executor da obra ou do serviço. Por ser hipótese de licitação dispensada, a justificativa no sentido de que pode comprometer a

442

segurança nacional é desnecessária, daí a ênfase quanto ao preço e à escolha do executor da obra ou do serviço. Assim, nos termos do decreto presidencial, se a licitação puser em risco a segurança nacional ou se houver possibilidade de seu comprometimento, a entidade obrigada a licitar não pode realizar o certame, ou, como diz o Decreto federal n. 2.295/97, está dispensada da licitação. Tratando-se de situação que põe em risco ou que possibilita comprometimento da segurança nacional, cremos que a contratação há que atender ao que estabelece o Regulamento para Salvaguarda de Assuntos Sigilosos (Dec. n. 79.099/77).

A hipótese do inciso IX do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública só é utilizável pela União, na medida em que lhe compete assegurar a defesa nacional (art. 21, III, da CF). Eventualmente poderiam o Estado-Membro e o Distrito Federal valer-se desse dispositivo para a celebração de contratos de interesse das respectivas Polícias Militares. Ao Município não se vislumbra qualquer hipótese de sua utilização, nem mesmo para os que mantêm guarda municipal.

2.2.10. Compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração

O inciso X do art. 24 do Estatuto federal Licitatório prevê a dispensabilidade de licitação para os casos de compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação ou localização condicionem a sua escolha. É notório que não se trata de dispensa, mas de inexigibilidade. Ampliou-se, a nosso ver, o conteúdo desse dispositivo, e hoje, como todas as finalidades precípuas da Administração Pública são serviços públicos, restou mais fácil a dispensa. A instalação ou a localização do serviço, não obstante esse alargamento, continuam restringindo a hipótese.

A necessidade de instalação é justificativa para a dispensabilidade quando, por exemplo, a natureza do serviço exige do imóvel onde será instalado certas características (altura do pé-direito, natureza da construção), tanto quanto o é a localização (próximo a um serviço já instalado), por exemplo. Com essa indicação a Administração Pública torna o bem singular; não há outro bem que possa atender aos seus reclamos, e em razão disso pode-se comprá-lo ou locá-lo sem licitação. A hipótese só prestigia a entidade que, em tese, está obrigada a licitar, quando compradora ou

locatana Quando vendedora de bem imóvel, a disciplina é a estatuída no art. 17 do Estatuto federal Licitatório e quando locadora, a regra é a licitação, dado que seu bem pode interessar a mais de uma pessoa, salvo a hipótese da alínea f do inciso I desse artigo.

443

Se não houver essa individualização, exige-se a licitação, já que o desejado é um bem com tais e quais características para a implantação de um serviço público. Sendo assim, é fácil perceber que dentro de notas marcantes (tamanho, frente, fundo, formato, declividade, localização) podem encaixar-se vários imóveis que atendam às necessidades da Administração Pública *Mutatis mutandis*, diga-se o mesmo em relação à locação, ao arrendamento à enfiteuse e à concessão de direito real de uso. O arrendamento, a enfiteuse e a concessão de direito real de uso não com base nesse inciso, mas com fundamento no caput do art. 25. Assim, a Administração Pública pode obter, por arrendamento, enfiteuse ou concessão de direito real de uso, a contratação do uso do bem desejado para a implantação de serviço público sem licitação, se demonstrar a inviabilidade de competição.

Observe-se que a compra para outros fins (construção de casas populares, edifícios públicos), em tese, depende de licitação, tendo em vista que os bens não estão singularizados pela instalação ou localização de atividades precípuas da Administração. Também, e pelas mesmas razões, a locação de residência para outros fins, como a de moradia do juiz da comarca, do representante do Ministério Público ou outro servidor público, há de ser precedida de licitação.

Ainda, esse dispositivo exige que a compra ou locação se faça por preço compatível com o praticado no mercado, circunstância que precisa ficar bem demonstrada no processo de compra ou de locação.

2.2.11. Contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento

Prevê o art. 24, XI, do Estatuto federal Licitatório a dispensabilidade da licitação para a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual. Para esse novo ajuste, a Administração Pública, conforme prescrição desse inciso, deve consultar os proponentes. observada a ordem de classificação da licitação que serviu de base para a contratação extinta e as condições oferecidas pelo então contratado, consoante sua proposta, inclusive quanto ao preço, que deve ser devidamente corrigido, nos limites do Plano Real. Nada além disso, com base nesse inciso, pode ser contratado sem licitação. Se não houver ninguém nessas

condições ou se houver mas nenhum aceitar o convite, procede-se à licitação. A modalidade dessa nova licitação é definida pelo valor estimado do contrato para a execução do remanescente. Dito remanescente é o objeto dessa nova licitação, sendo com ele que a Administração Pública deve trabalhar na promoção do processo de licitação. Assim, tudo deve ser

444

feito como uma licitação nova, o que, na verdade, é. Se em virtude de todos esses percalços não houver tempo hábil para a realização da licitação, promove-se uma contratação emergencial, com base no inciso IV do art. 24, com prazo suficiente, nunca superior a seis meses, para ser procedida a licitação definitiva.

Dessa mesma forma também resolve-se a situação criada pelo vencedor da licitação que se nega a assinar o termo de contrato, a aceitar ou retirar o instrumento equivalente, embora o fundamento seja o art. 64, § 2, do Estatuto federal Licitatório.

2.2.12. Compra de hortifrutigranjeiros, pão e gêneros perecíveis

As compras de hortifrutigranjeiros, pão e gêneros perecíveis podem ser feitas diretamente, isto é, sem prévia licitação durante o tempo necessário à realização dos processos licitatórios. Hortifrutigranjeiros são os produtos de hortas (alface, repolho, tomate, quiabo), pomares (laranja, caqui, uva e granjas (ovos, aves). Pão é o alimento feito de farinha, água e fermento, de forma redonda ou alongada, assado em forno. Gêneros perecíveis são mercadorias, víveres, de fácil deterioração. Essas contratações somente serão legítimas se acontecerem depois de instaurada a licitação e durante o tempo necessário à sua conclusão. Antes ou depois desse tempo, as compras de hortifrutigranjeiros, pão e gêneros perecíveis só serão legítimas se precedidas de licitação. Exige-se, ainda, que as compras sejam feitas pelo preço do dia. O preço do dia é o indicado pelos entrepostos oficiais, como ocorre em São Paulo com a CEAGESP, ou pelos jornais em suas seções especializadas.

2.2.13. Contratação de instituição brasileira voltada à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento nacional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso

O inciso XIII do art. 24 do Estatuto federal Licitatório permite a contratação, pela Administração, de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional desde que o contrato tenha pertinência com a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento nacional e a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não objetive lucros. Atendem a essas condições as Universidades federais (Universidade Federal do Pará) e estaduais

(Universidade de São Paulo) e os Institutos de Pesquisas (Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo). Assim, a contratação do Instituto de

445

Pesquisas Tecnológicas de São Paulo para a realização de pesquisa sobre a eficiência de certo equipamento eletrônico para uso na Administração pública pode ser feita sem licitação. Semelhantemente é possível a contratação de instituição dedicada à recuperação de presos. Qualquer dessas contratações, ainda que esse inciso não mencione, há de ser por preços compatíveis com os praticados no mercado.

2.2.14. Aquisição de bens e serviços por intermédio de organização internacional

Estabelece o inciso XIV do art. 24 do Estatuto federal Licitatório que a contratação para a aquisição de bens de organização internacional e nos termos de acordo internacional específico, aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração Pública contratante, pode ser ajustada sem licitação, dado que dispensável. A aquisição dos bens tem de ser efetivada de organização internacional e o acordo ou tratado internacional deve ser específico e estar aprovado pelo Congresso Nacional. Se ainda não foi aprovado, cremos que será ilegal a contratação com base nesse inciso. É específico, por exemplo, o tratado que permite a aquisição de certo equipamento médico por entidades brasileiras voltadas ao estudo de doenças tropicais. Desse modo, se as condições oferecidas para a aquisição desse equipamento de certa organização internacional, nos termos desse tratado, forem manifestamente vantajosas, um dado Município do Amazonas pode adquiri-lo sem licitação. A manifesta vantajosidade da oferta deve estar relacionada com o preço e as condições de pagamento. *Mutatis mutandis*, o mesmo ocorrerá se se tratar da contratação de serviço, consoante permitido por esse inciso. Poder Público é, no caso, sinônimo de Administração Pública. Acordo internacional é o mesmo que tratado internacional.

2.2.15. Aquisição e restauração de obras de arte e objetos históricos

Consoante o que estabelece o inciso XV do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, é dispensável a licitação para a “aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade”. A aquisição, nos termos dessa regra, só é legítima quando contratada por órgãos ou entidades que cumpram programa voltado à arte ou à história, como são OS museus, as escolas de história e de belas-artes e as fundações culturais OU

artísticas. Por outro lado, só é possível quando tratar-se de obra de arte ou objeto histórico cuja autenticidade deve estar indubitavelmente certificada. O bem desejado não precisa ser único ou singular. De sorte que, se existirem vários objetos históricos, como ocorre com os utensílios domésticos da Idade Média, artísticos, como acontece com as pinturas de Di Cavalcanti. e se deseja um qualquer, desde que portador de certificado de autenticidade, a licitação é, ainda Assim, dispensável.

A restauração (trabalho feito em obra de arte parcialmente destruída ou de objeto histórico deteriorado para restabelecer-lhes as formas) só pode ser contratada sem licitação por museus, escolas de história e de belas-artes, fundações culturais, pinacotecas, para a recomposição de obra de arte ou objeto histórico de autenticidade certificada e, certamente, com profissional de notória especialização nessa atividade, como deixa entre- ver o fato de ser um dos serviços técnicos profissionais especializados elencados no art. 13 do Estatuto federal Licitatório. Demonstra-se a inviabilidade da competição pela natureza singular desse serviço e contrata-se sua execução com profissional ou empresa de notória especialização. Diga- se, por fim, que as demais entidades ou órgãos sem qualquer finalidade ligada às artes ou à história podem adquirir objetos de arte ou históricos como elemento de decoração, por exemplo, mediante licitação, e se assim não for possível não lhes cabe a aquisição. A elas somente está vedada a utilização da hipótese de dispensa para a aquisição desses bens consagrada no inciso sob comento, até porque suas finalidades não se compatibilizam com bens dessa natureza. Não têm elas interesse público nessas aquisições, daí a vedação.

2.2.16. impressão de diário oficial, formulários padronizados, edições técnicas oficiais e prestação de serviços de informática

Pelo que estatui o inciso XVI do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, é dispensável a licitação para a contratação, por pessoa jurídica de direito público interno (União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal, autarquia) de serviços de impressão de diário oficial (jornal destinado exclusivamente à publicação de atos oficiais), de formulários padronizados (impressos que obedecem a um estander) e de edições técnicas (manuais e livros), desde que a contratada seja órgão ou entidade integrante da Administração Pública que os deseja, criado para esse fim específico. O mesmo pode ser dito da contratação de serviço de informática. Se não for órgão ou

entidade integrante da estrutura administrativa da contratante o ajuste direto está vedado.

447

Esta hipótese diferencia-se da consignada no inciso VIII do art. 24 desse estatuto. Com efeito, nesta hipótese, a contratada deve ser entidade ou órgão que integra a pessoa jurídica de Direito Público interno que necessita de seus serviços, instituída antes da vigência desse diploma legal, enquanto na hipótese do inciso em comentário basta que a contratada integre a Administração Pública, sendo irrelevante a data de sua criação. De qualquer modo, devem ter sido criadas para esse fim específico.

2.2.17. Aquisição de componentes ou peças originais

Prescreve o inciso XVII do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública que a licitação pode ser dispensada na 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 qualificação for indispensável para a vigência da garantia. Essa faculdade só pode ser exercitada quando, para manter a garantia técnica, exige-se que os componentes ou peças de substituição do equipamento instalado sejam adquiridos do seu fabricante. Assim, instalado, por exemplo, um elevador por certa empresa que também é seu fabricante, esta exige, para manter a garantia técnica, isto é, de funcionamento adequado e seguro, que as peças ou componentes carentes de substituição sejam dela adquiridos, sob pena de caducar a garantia prestada. Terminada a garantia, a aquisição desses componentes e peças dar-se-á mediante licitação. Assim também será se nenhuma exclusividade nesse sentido for exigida para a vigência da garantia. Essa possibilidade vale tanto para a aquisição de peças nacionais como estrangeiras. Observe-se que poderá ser restringido o universo de participantes nessas licitações, indicando-se no instrumento convocatório que delas somente poderá participar proponente em condições de oferecer peças originais. uma vez que tecnicamente restou demonstrado que o interesse público, em termos de durabilidade do equipamento e de segurança para os usuários, só assim será atendido.

2.2.18. Compras e serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas em seus meios de deslocamento

O inciso XVIII do art. 24 do Estatuto federal Licitatório prevê a dispensabilidade da licitação para compras e serviços necessários ao abastecimento de navios,

embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos,

448

aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigibilidade³⁶ dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações desde que seu valor não exceda o limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 desse estatuto, hoje R\$ 80.000,00. A dispensa da licitação somente será legal se todas essas condições forem atendidas.

É dispositivo que prestigia, no que é natural, as Forças Armadas. Em alguma situação cremos que poderá prestigiar a Polícia Militar, já que esta corporação é reserva das Forças Armadas. A Lei estadual de Licitações poderá prever essa hipótese para facilitar os deslocamentos da milícia.

2.2.19. Compra de material pelas Forças Armadas para manter a padronização exigida pelo apoio logístico

O art. 24, XIX, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública faculta a dispensa da licitação para compra de material de uso pelas Forças Armadas quando houver necessidade de manter a padronização exigida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, consoante conclusão de parecer de comissão constituída mediante decreto. Pelo decreto, sem número, de 2 de abril de 1996, foi criada, no âmbito do então Ministério da Aeronáutica, a comissão referida nesse inciso. A designação de seus componentes — um Oficial-General, três Oficiais Superiores e um relator — será do sucessor do então Ministro de Estado da Aeronáutica. Até a extinção dos demais Ministérios Militares essas comissões não haviam sido instituídas. O inciso retira do exercício dessa faculdade o material de uso pessoal (uniforme) e administrativo (material de escritório). Essa exclusão não significa que os bens não alcançados pela padronização instituída e regulada nesse inciso não possam ser padronizados com base no art. 15, 1, dessa lei.

2.2.20. Contratação de associação de portadores de deficiência física

O Estatuto federal Licitatório no inciso XX do art. 24 prevê a dispensabilidade de licitação para a contratação de associação de portadores de deficiência física, para a prestação de serviços ou para o fornecimen³⁶ O certo é exigibilidade, não exigüidade. como consta do inciso sob comentário. O tempo exiguo' em nada atrapalha a

normalidade e os propósitos das operações. O que pode atrair é a exigência do cumprimento de prazos, que podem ser longos, como são os da construção

449

to de mão-de-obra à Administração Pública. Observe-se que são prestigiadas por esse dispositivo as associações de portadores de deficiência física excluem-se, portanto, os portadores de deficiências psíquicas. Legítima a dispensa em relação à contratação, por exemplo, para a prestação de serviços, como seria a dos serviços de encadernação de livros prestados por associação de deficientes visuais. Não será assim a contratação para o fornecimento de mão-de-obra, pois essa, cremos, apenas poderá ser feita pela Administração Pública, em tese, por servidores admitidos para ocupar cargo ou emprego mediante concurso público.

2.2.21. Aquisição de bens destinados a pesquisa científica e tecnológica

A licitação é dispensável, consoante dispõe o inciso XXI do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, quando a Administração Pública deseja adquirir bens destinados exclusivamente a 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. O dispositivo somente prestigia a aquisição de bens, excluída a contratação para execução de obras, ainda que para abrigar instalações destinadas à pesquisa científica e tecnológica. Também exclui a contratação de serviços. Por bens não se entendem as máquinas, os equipamentos e os insumos destinados à pesquisa científica e tecnológica. O sentido dessa palavra, nesse inciso, é amplo. Ademais, ditos bens não podem ser utilizados para outros fins, senão à pesquisa científica e tecnológica. A contratação direta somente será válida se a aquisição for paga com recursos provenientes de entidades como as mencionadas nesse inciso. Outras entidades poderão fornecer os recursos necessários a essas aquisições desde que credenciadas pelo CNPq. Por fim diga-se que a aquisição nos moldes desse inciso só prestigia entidades da Administração Pública cujo objetivo é a pesquisa científica e tecnológica, como são, por exemplo, as universidades públicas. Destarte, não pode o Município, *exempli gratia*, valer-se dessa disposição para adquirir esses bens se na sua estrutura organizacional não conta com órgão dirigido para essa finalidade, salvo se mantiver convênio com uma entidade voltada para a pesquisa científica e tecnológica e por força desse ajuste couber-lhe tal responsabilidade.

2.2.22. Fornecimento ou suprimento de energia elétrica

Nos termos do inciso XXII do art. 24 do Estatuto federal Licitatório a licitação é dispensável na contratação do fornecimento ou suprimento de

450

energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado. As operações reguladas por esse inciso são o fornecimento e o suprimento. Pelo fornecimento, a Administração abastece-se da necessidade que tem de certo bem. no caso a energia elétrica. Pelo suprimento, completa-se a necessidade quando o fornecimento restar insuficiente à satisfação do interesse público. O bem objeto do fornecimento ou do suprimento é a energia elétrica, nenhum outro. A contratação somente será válida se for realizada com concessão, permissionário ou autorizado de serviços de produção e distribuição de energia elétrica e se forem obedecidas as regras da legislação específica. Concessionários, permissionários e autorizados são os delegados da Administração Pública na prestação à comunidade de um dado serviço público, no caso o de energia elétrica. A legislação específica está, essencialmente, consubstanciada na Lei federal n. 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL.

2.2.23. Contratações entre empresas governamentais e suas subsidiárias

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, no inciso XXIII do art. 24, prescreve a dispensabilidade da licitação nas hipóteses em que a contratação ocorre entre empresa pública ou sociedade de economia mista e suas subsidiárias ou controladas³. A regra em comento só prestigia a contratação das subsidiárias por essas empresas governamentais, não cabendo sua aplicação nas contratações entre empresa pública e sociedade de economia, ou entre subsidiárias. Com mais razão vê-se a inaplicabilidade dessa norma nos ajustes da Administração Pública com as empresas governamentais ou com suas subsidiárias. Atente-se que o permitido para tornar legal a contratação sem a licitação, conforme proposta nesse inciso, é o ajuste, por exemplo, de certa sociedade de economia mista com sua subsidiária, descartada, assim, a contratação por essa entidade de subsidiária de outra sociedade de economia mista ou empresa pública, portanto as contratações deverão ser dentro da mesma esfera governamental, envolvendo, como contratante, a sociedade de economia mista ou empresa pública, e suas respectivas subsidiárias ou controladas, como contratadas. A situação inversa, cremos, não está abrigada pelo dispositivo. Com base nessa regra não podem as subsidiárias contratar a aquisição de bens ou a execução de obras e serviços de suas controladoras. Os contratos podem ter

37. Sobre essas entidades, veja os n. 4.4 e 4.5 do item III do Capítulo VIII.

451

por objeto a compra ou a alienação de bens ou a execução de serviços o dispositivo insiste na obrigatoriedade da compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, como se esse comportamento não fosse inerente aos contratos celebrados pela Administração Pública. Essa exigência não desobriga em outras contratações realizadas diretamente da observância desse princípio.

2.2.24. Contratação de serviços com organizações sociais

É dispensável a licitação. estatui o inciso XXIV do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais³⁹, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão³⁹. As organizações privadas podem ser qualificadas, em cada esfera de governo, para atuar nas áreas do ensino, da cultura, da saúde, da pesquisa científica. do desenvolvimento tecnológico e da proteção e preservação do meio ambiente, à medida que seus atos constitutivos assim determinarem, conforme o art. 12 da Lei federal n. 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação das organizações sociais e dá outras providências, portanto, as contratações nos termos e condições desse inciso só podem ter por objeto um ou mais desses serviços, descartada a possibilidade da contratação direta com base nesse inciso de obras e compras, ainda que tais organizações pudessem ser exedutoras de umas e fornecedoras de outras. Isso não é tudo. Deveras, o preceptivo em comento exige que as atividades, cuja execução por parte dessas organizações sociais seja do interesse da Administração Pública, estejam, pois, contempladas no contrato de gestão.

3. Licitação inexigível

3.1. Introdução

Atendendo a um reclamo da doutrina, o legislador do Estatuto federal Licitatório cuidou de consignar nesse diploma os casos de licitação inexigível (art. 25), separando-os das hipóteses de licitação dispensável (art. 24) e dos casos de licitação dispensada (art. 17). Nesse passo, sem dúvida, andou bem. A matéria assim tratada restou mais bem sistematizada e de mais fácil

38. Sobre as organizações sociais, veja o n. 4.6.4 do item III do Capítulo VIII.

39. Sobre contrato de gestão. veja o subitem 1.7 do item VIII do Capítulo X.

452

compreensão' embora nem todas as hipóteses estejam perfeitamente enquadradas numa ou noutra dessas categorias. Nesta oportunidade só nos interessa conhecer o

regime jurídico da inexigibilidade de licitar e discutir as hipóteses exemplificativas arroladas no retromencionado art. 25.

Inexigível é o que não pode ser exigido, asseguram os dicionários. A seu turno, é a qualidade do que não pode ser exigido. Desse modo, a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação. É uma particularidade da pessoa que se quer contratar, encontrável, por exemplo, no profissional de notória especialização e no artista consagrado pela crítica especializada. É circunstância encontrada na pessoa com quem se quer contratar a qualidade de ser a proprietária do único ou de todos os bens existentes.

A inexigibilidade difere da dispensabilidade, já que nesta a licitação é possível, viável, só não se realizando por conveniência administrativa; naquela, é impossível por impedimento de ordem fática, relativo à pessoa que se quer contratar ou com quem se quer contratar. Não se trata, assim, de uma faculdade outorgada à pessoa obrigada, em tese, a licitar, mas do reconhecimento legal de que esta em certos casos pode celebrar o negócio de seu interesse sem o prévio procedimento licitatório, haja vista a inviabilidade de se instaurar uma competição para a escolha da melhor proposta, portanto, será inexigível a licitação sempre que houver inviabilidade fática de competição, concorrência, confronto, certame ou disputa. Nesses termos, é óbvio que tal situação levaria a pessoa, em princípio obrigada a licitar, a ser excluída dessa obrigação mesmo que a hipótese não estivesse prevista em lei, como acontecia no Direito anterior. A inexigibilidade também difere da licitação dispensada. Na inexigibilidade a Administração Pública não pode realizar a licitação por razão fática, enquanto na licitação dispensada a Administração Pública não pode promover a licitação por determinação legal.

Consoante a redação do art. 25, caput, do Estatuto federal Licitatório, vê-se que as hipóteses elencadas em seus três incisos não são taxativas. Com efeito, a locução “em especial”, consignada no final de seu texto, indica apenas uma exemplificação. Daí, outras hipóteses poderão surgir no dia-a-dia da Administração Pública e autorizar a

pessoa. em tese obrigada a licitar, a contratar diretamente, como ocorre, por exemplo, com o assenta-

453

mento de famílias carentes em área pública por elas invadida. A licitação para atribuir a cada família um lote seria incompatível com o interesse público, consistente no assentamento desses invasores. Com efeito, a licitação poderia levar a outro interessado, frustrando, assim, o projeto de assentamento, pois quem deveria ser assentado não o foi na medida em que outro acabou como vencedor do certame. Nas hipóteses enumeradas no art. 25. esse diploma legal já se encarregou de declarar a inviabilidade da competição. e, sempre que ocorrerem, a licitação é inexigível, podendo a entidade. em princípio obrigada a licitar, realizar diretamente o negócio de seu interesse. Nessas hipóteses os fundamentos da inexigibilidade são os próprios incisos em que os fatos serão enquadráveis, surtindo daí os devidos efeitos. As hipóteses não subsumíveis a tais incisos, se caracterizarem situação de inexigibilidade, são enquadráveis no capuz' desse artigo, como é o exemplo da distribuição de assentados em terras por eles invadidas.

A contratação com base nas hipóteses de inexigibilidade necessita de justificativa, que é o arrazoado preparado e assinado pelo agente responsável pela análise da viabilidade ou não da licitação. Se esta restar inviável, o processo assim instruído deverá ser levado à autoridade superior para, se for o caso. ratificar e publicar dita justificativa acompanhada do ato de ratificação. Esses atos devem ser praticados nos prazos legais. A partir do recebimento do processo o agente responsável pela citada análise tem três dias para promovê-la, preparar o ato declaratório da inexigibilidade com a devida justificativa, as condições da contratação, as sanções aplicáveis em caso de descumprimento do contrato e demais cláusulas peculiares e remeter o expediente à autoridade superior, que, concordando com o arrazoado e as condições propostas para a contratação, promoverá, em cinco dias, contados do recebimento do processo, sua ratificação e publicação, ex vi do disposto no art. 26 do Estatuto federal Licitatório. A publicação será na imprensa oficial. como determina esse preceptivo, e a sua falta impede a contratação, pois o ato declarando a inexigibilidade e o ato de ratificação não adquiriram eficácia. A falta dessa publicação nessa oportunidade por si só não invalida a contratação, embora, mediante o devido procedimento administrativo, deva ser responsabilizado o servidor omissor.

Autoridade superior, na ausência de ato indicador, cremos ser a competente para autorizar a abertura da licitação. Assim nos parece porque, se essa autoridade tem competência para avaliar a necessidade da licitação, há de ter também, por lógico, atribuição para ratificar a inexigibilidade. Essa autoridade é indicada no regimento interno da entidade. em tese, obrigada a licitar. Diga-se, ainda, que a inexigibilidade do procedimento licitatório não libera a entidade. de regra obrigada a licitar, das demais exigências. Então. deve tomar

454

as cautelas devidas, relacionadas com a comprovação da capacidade jurídica. técnica, econômico-financeira e com a regularidade fiscal. Deve ainda preocupar-se com a emissão da nota de empenho, a celebração do contrato, a publicação e com outras exigências legais, quando for o caso.

3.2. Hipóteses de inexigibilidade

A licitação, segundo o mencionado art. 25 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, é inexigível nas hipóteses abaixo relacionadas e analisadas:

3.2.1. Aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo

A licitação só tem razão de ser nas hipóteses em que se pode instaurar uma competição entre os licitantes interessados em negociar com a entidade. em princípio, obrigada a licitar. Inexistindo essa possibilidade torna-se inútil o certame e absurda a sua exigência. É o que ocorre, e aí o porquê da inexigibilidade, para a “aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo”, prevista no primeiro dos incisos do art. 25 do Estatuto federal Licitatório. Produtor tanto pode ser o agricultor como o industrial; é aquele que produz bens para o consumo. Empresa é a organização que produz ou fornece bens para o consumo. Representante comercial é o delegado de uma empresa voltada para o comércio de bens.

Pode a exclusividade ser absoluta ou relativa. É absoluta quando no país só há um fornecedor ou um único agente (produtor, empresa ou representante comercial) para prover os interesses da Administração Pública. Este é o fornecedor exclusivo. Não se extraia daí que a existência no Brasil de uma só montadora de veículos Ford seria razão suficiente para justificar a inexigibilidade de licitação e dela comprar veículos dessa marca, pois seus produtos são negociados por muitos concessionários, permitindo, por

consequente, a licitação. A exclusividade, portanto, diz respeito ao fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo, não ao fabricante, salvo se também for produtor e representante comercial exclusivo. A exclusividade é relativa quando no país há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça considerada há apenas um. Exemplo de exclusividade relativa de representante comercial temos nos concessionários Fiat. Embora existam vários representantes comerciais de veículos

455

Fiat no País, na praça considerada há apenas um, constatação que, contudo não legitima, de pronto, a contratação direta.

A exclusividade absoluta torna, de pronto, inexigível a licitação, mesmo não ocorre com a relativa. Nesta a licitação será exigível ou inexigível conforme exista ou não, na praça considerada, fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo, e seja considerado, como adiante será visto, o valor estimado do contrato a ser celebrado. De fato, lá não se tem como estabelecer qualquer confronto entre ofertantes de propostas. Nesses casos a contratação independe de licitação e tal circunstância, uma vez comprovada, é suficiente para legitimar a contratação direta. Aqui esse confronto pode acontecer entre o fornecedor exclusivo na praça considerada e outro com sede em praça não cogitada. A contratação nesse caso depende rá, pelo menos em princípio, de licitação.

É a praça comercial determinável pela grandeza do valor do contrato que se pretende celebrar. Assim, se o montante do ajuste determinar o convite, a exclusividade do produtor, empresa ou representante comercial é na praça em que se realiza a licitação. Se o valor do contrato pretendido indicar a tomada de preços, a exclusividade é no registro cadastral. Se o vulto do contrato indicar a concorrência, a exclusividade é no país. Considera-se, em suma, fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo, no caso de convite, o que é único na localidade; no caso de tomada de preços, o que é único no registro cadastral; no caso de concorrência, o que é único no país. Assim é, vez que no convite em princípio só participam os convidados, e estes, pela natureza do convite, são os da praça; na tomada de preços, em princípio, só participam os cadastrados; na concorrência, em tese, participam quaisquer interessados que atendam às condições do edital. A participação de não convidados no convite, desde que cadastrados, e dos não cadastrados em condições de integrarem a tomada de preços, não ilide a proposição defendida, pois esses interessados não influirão, em nada, na determinação do produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Ademais, só

têm direito de participar quando são realizadas licitações nessas modalidades. No caso inexistem licitações, não cabendo, portanto, falar-se em não convidados e não cadastrados.

Acertada a praça, a comprovação da exclusividade deve ser exigida pela Administração Pública beneficiada por dita circunstância. Essa prova deve ser feita por documento hábil, isto é, que dê certeza à alegada exclusividade. O documento pode ser um atestado fornecido pelo órgão do registro do comércio (Junta Comercial) do local em que se realizará a licitação, a obra ou o serviço. Esse atestado também pode ser expedido pelo sindicato, federação ou confederação patronal a que pertence o fornecedor OU.

456

ainda por entidade equivalente. Se, porém, nada disso for possível, cremos estar uma declaração daquele que se pretende contratar, exarada sob as penas da lei, na qual reste afinado que seu signatário é produtor, empresa

representante comercial exclusivo na localidade considerada. A declaração expedida por uma empresa, segundo a qual em determinada área ou região certo comerciante é seu fornecedor exclusivo, só deve ser aceita se corroborada por outras informações que levem à conclusão de que essa área ou região não é outra coisa senão a praça comercial para fins de licitação. Sozinha não deve ser aceita, dada a não-coincidência, que quase sempre se verifica, entre a noção de exclusividade (reserva de mercado) que tais declarações encerram e a noção de praça comercial para fim de licitação.

Hão que se ressaltar dessa regra situações especiais, como é o caso da obtenção de serviços de manutenção de veículos da única oficina mecânica ou da compra de gasolina do único posto de serviços automotivos existentes no Município. Nesses exemplos, por outra razão, é verdade, não se leva em conta a combinação modalidade licitatória—valor do contrato para selecionar o fornecedor exclusivo: basta a exclusividade, como assentou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao prescrever que “não há necessidade de realizar licitação para a aquisição de combustível quando houver no Território Municipal somente um ponto de revenda” (Parecer TC-25966/026/89). A licitação seria incompatível com os interesses públicos perseguidos pela Administração Pública, já que uma eventual vantagem de preço seria corroída pelos gastos decorrentes para se atingir a sede dessas empresas vencedoras do certame, situadas fora do Município.

E de suma importância observar que não basta para legitimar o negócio que o contrato respectivo tenha sido celebrado com fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo. Com efeito, se assim não se entendesse, estar-se-ia dando preferência a um fornecedor em detrimento de outros que produzem bens similares e afrontando os princípios da igualdade e da competitividade. Seria fácil burlar esses princípios e o princípio da obrigatoriedade da licitação, já que sempre se pode ter um bem ou um serviço fornecido ou prestado por alguém que é exclusivo, e bastaria que o contrato fosse com ele ajustado. Assim, por que comprar diretamente da concessionária da General Motors do Brasil certo veículo de passageiros se a Volkswagen do Brasil 5. A., a Ford do Brasil 5. A., e a Fiat Automóveis 5. A. produzem veículos similares e têm concessionárias na mesma praça? Somente porque se trata, na praça considerada, de concessionária exclusiva? Essa circunstância não é suficiente.

Caberia perguntar: nessa hipótese só se enquadra a aquisição de bens? A resposta é positiva. Contudo, é certo, pelo menos em relação a serviços.

457

que se pode ter situações em que determinados serviços são prestados por um único empresário. A inexigibilidade, no entanto, não será com base no inciso I, mas no caput do art. 25 do Estatuto federal Licitatório. Assim há de ser, já que esse inciso só prevê a hipótese para a aquisição de materiais equipamentos ou gêneros (bens de modo geral) que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. Nada prescreve em relação a serviços. Destarte, se não incluirmos no capuz' a contratação de serviços, quando somente um empresário pode prestá-los, a licitação será imprescindível, o que é um absurdo, e se a fundarmos no inciso j, ela será ilegal, pois estaríamos ampliando a hipótese de inexigibilidade.

3.2.2. Contratação de serviços técnicos profissionais especializados

Estabelece o inciso II do art. 25 do Estatuto federal das Licitações que é inexigível a licitação para a “contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13. de natureza singular. com profissionais ou empresas de notória especialização”. Essa disposição exige o procedimento licitatório para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados com profissionais (pessoas físicas) ou empresas (pessoas jurídicas) de notória especialização. São os serviços que, para sua execução, demandam do executor, além da sua normal habilitação técnica e profissional, conhecimentos profundos na área de atuação.

São serviços dessa natureza os elencados nos vários incisos do art. 13 do Estatuto federal Licitatório, ou seja, “estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos (I): pareceres, perícias e avaliações em geral (II): assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias (III): fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços (IV); patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (V); treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (VI); restauração de obras de arte e bens de valor histórico (VII)”. O rol é taxativo. Com efeito, a redação do artigo que o contém não permite outra inteligência. Ademais, por ser um elenco de serviços cuja execução por profissional ou empresa de notória especialização pode ser contratada sem licitação, a interpretação há de ser restritiva, ante a regra geral da obrigatoriedade de licitar.

A contratação de serviços técnicos profissionais especializados somente será legítima se se tratar de um dos listados no art. 13, e, ainda assim, se de natureza singular, conforme exigido pelo inciso examinando, e se o profissional ou empresa que se deseja para a sua execução for de notória especialização.

458

Por natureza singular do serviço há de se entender aquele que é portador de tal complexidade^{4º} executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação. Desse modo, uma defesa junto ao Supremo Tribunal Federal pode ter essa natureza singular, que o ingresso em juízo com um pedido de execução fiscal certamente não tem. Nessa linha, o Tribunal de Contas da União entendeu tratar-se de serviço de tal natureza o prestado pelo Escritório Sérgio Bermudes Advogados, contratado para tomar as medidas judiciais cabíveis contra a condenação sofrida pela Rede Ferroviária Federal 5. A. — RFFSA, condenada a pagar US\$ 100 milhões à Sevenge 5. A., ao asseverar: “A causa assumiu proporções e características excepcionais, capazes de justificar, em caráter igualmente excepcional. diante do fato consumado, a contratação de um grande escritório particular de advocacia, especializado no tipo de litígio” (DOU, 15 ago. 1994, p. 12310). Assim, não basta que seja serviço constante da lista; deve constar da lista e ter natureza singular. Fora disso, a licitação é necessária, ainda que o profissional seja de notória especialização.

Profissional de notória especialização, tema antes difícil de ser conceituado, hoje está definido no § 1 do art. 25 do Estatuto federal Licitatório, nestes termos: “Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua

especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. O profissional ou a empresa deve, assim, ser conhecido por aqueles que militam na mesma área e pelos seus clientes. E, na lição de Hely Lopes Meirelles, a fama consagradora do profissional ou empresa no campo de sua especialidade, o reconhecimento público de sua alta capacidade profissional. Fora disso a licitação é indispensável, ainda que o serviço seja um dos arrolados no art. 13 e qualificado como de natureza singular.

A legitimidade da contratação de serviços técnicos profissionais especializados sem licitação depende da coexistência desses requisitos.

40. A idéia de que a natureza singular dos serviços técnicos profissionais especializados esta ligada à complexidade na execução desses serviços, tornando-os insuscetíveis de iC1taçO foi usada pelo TCU (TC-22.225/927 — sigiloso) ao julgar improcedente a denuncia contra Banco do Brasil por ter promovido a contratação de serviços de advocacia (BLC n. 8. p. 340. 1993).

459

presença de apenas um não valida o negócio. Desse modo, não será lecaj a contratação de Celso Antônio Bandeira de Mello, advogado de notória ‘spe cialização, para promover as ações de execução fiscal de certo Município visto que esse tipo de serviço, embora consignado no inciso V do an, 13 do Estatuto federal Licitatório (patrocínio de causas judiciais), não é de natureza singular, isto é, não é de tal complexidade que o individualiza, e, por essa razão, não exige um profissional desse gabarito. O mesmo se poderia assegurar em relação a Burle Marx. se. em vida, tivesse sido contratado para executar os serviços de paisagismo de um campo de futebol de várzea. Do mesmo modo, não seriam legais as contratações de profissionais sem notória especialização para a execução de serviços técnicos profissionais especia lizados de natureza singular. Neste caso, os profissionais não atenderiam à exigência legal: não seriam de notório saber.

Ainda, cabe aduzir que não é bastante, para comprovar a notória especialização, a demonstração de que o profissional ou empresa que se deseja contratar atende a um dos citados requisitos arrolados pelo mencionado § 1 do art. 25 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Assim, não é suficiente, por exemplo, a

comprovação do bom desempenho anterior ou da existência de aparelhamento especial para que se tenha, sem mais delongas, por demonstrada a notória especialização do profissional ou empresa que se quer contratar. A notoriedade, cremos, deve ser resultante do atendimento de um conjunto mais ou menos largo desses requisitos. De fato, como entender-se alguém de notória especialização pelo simples fato de ter aparelhamento de alta tecnologia se não se demonstra que sabe operá-lo? Será que alguém que durante anos executou o mesmo serviço (colocar porta em geladeira numa linha de montagem) se transforma em profissional de notória especialização em razão dessa longa experiência?

Observe-se, também, que a notoriedade deve estar estreitamente ligada ao objeto da contratação. De sorte que não será válida a contratação sem licitação de serviços de engenharia com um profissional dessa área que é advogado de notória especialização em Direito Público. A notoriedade na área jurídica não supre a notoriedade que é necessária no campo da engenharia. Por fim, diga-se que a enumeração desse rol é meramente exemplificativa, conforme deixa claro a alternativa “ou outros requisitos relacionados com suas atividades” consignada no § 12 do art. 25 dessa lei.

A notória especialização não deve ser confundida com um único prestador, pois, se assim fosse, o fundamento da inexigibilidade seria outro, isto é, o caput do art. 25 do referido diploma legal. Por outro lado, cremos que a notória especialização há de ser entendida em relação ao vulto do contrato que se quer firmar. Não cabe, por conseguinte, exigir

460

maior rigor para a consagração desse reconhecimento. Destarte, se o vulto do contrato for de convite, é a pessoa assim reconhecida na localidade; se de tomada de preços, é o inscrito no registro cadastral; se de concorrência, o assim reconhecido no país.

Atente-se que só serviços, e ainda assim os elencados no art. 13 da referida Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública e s não vedados por esse diploma legal⁴¹, podem ser contratados diretamente com pessoa ou firma de notória especialização. Obras e fornecimentos não podem ser contratados sem prévio procedimento licitatório. com base

no inciso que se está a comentar.

Finalmente deve-se aduzir que nesses casos cabe ao contratado e somente a ele a execução do serviço desejado pela Administração Pública, como se infere do disposto no § 22 do art. 13 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Trata-se de contrato de execução personalíssima conforme tem entendido o TCU (RDA, 197:272). Tal execução, assim qualificada, deve constar do contrato, de sorte que a ninguém mais é dado o direito de prestar o serviço, sob pena de rescisão por descumprimento de cláusula contratual⁴². A outorga, no caso de serviços advocatícios, de subestabelecimento só seria legal para a execução de serviços materiais, como a retirada de autos de cartório, e outros que não os substanciais à execução do mandato recebido.

3.2.3. Contratação de artistas

Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar⁴¹ Os serviços de publicidade e divulgação não podem ser contratados diretamente, em face da expressa vedação contida no inciso II do art. 25 do Estatuto federal Licitatório.

42. Confira decisão do Tribunal de Contas da União na RDA, 197:272.

461

mas em relação à opinião pública. No mais, cabe observar, no que couber o que dissemos para a contratação de serviços profissionais especializados

III — MODALIDADES DE LICITAÇÃO

1. Aspectos introdutórios

A licitação não é sempre igual, obedecendo em razão de certas exigências a regimes jurídicos diversos que consubstanciam as suas espécies ou modalidades. As modalidades são as várias espécies de licitação conforme os respectivos regimes jurídicos. As modalidades de licitação variam, em quantidade e formalidades, de país

para país, mas guardam, em regra, os mesmos princípios, não se distanciando das espécies encontradas em nosso Direito.

Ao tempo em que vigia o Código de Contabilidade Pública existiam, como gênero, a concorrência, e, como espécies, a concorrência pública, a concorrência administrativa e a coleta de preços. Com o advento do Decreto-Lei federal n. 200/67, a matéria recebeu outra sistematização, e o instituto e suas modalidades foram concebidos sob novas denominações e regimes. A essa época tinha-se, como gênero, a licitação, e, como espécies, a concorrência, a tomada de preços e o convite. Quanto ao leilão e ao concurso, também previstos nessa legislação, reinava certa divergência entre os autores. Para uns, eram modalidades de licitação, enquanto para outros não o eram. Nós, apesar disso, criamos que, para os fins a que se destinavam, eram modalidades específicas de licitação. As modalidades licitatórias na vigência do Decreto-Lei n. 2.300/86 eram: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão, conforme arrolado pelo seu art. 20. Nesse particular nada foi mudado pela atual Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

2. As modalidades na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública

Atualmente e nos termos do art. 22 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, são modalidades de licitação⁴³:

43 Outra modalidade é o pregão. tratado no item 2.6.

462

I — concorrência; II — tomada de preços; III — convite; IV — concurso; V — leilão. foje, portanto já não cabe a discussão para saber se concurso e leilão são ou não modalidades de licitação, POIS esse diploma legal assim os considera. Essas modalidades formam dois grupos. O primeiro, composto pelas três primeiras indicadas, chamamos de grupo das modalidades sem finalidade específica vez que qualquer delas pode levar à contratação de uma obra, um serviço, um fornecimento ou alienação. O segundo, formado pelas duas últimas das mencionadas modalidades, denominamos grupo das modalidades com finalidades específicas, pois somente se prestam: o concurso, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, e o leilão, para alienações.

No primeiro grupo, a concorrência é a modalidade mais solene, enquanto o convite é a menos formal. A menos solene pode ser substituída por modalidade mais formal; o inverso não é permitido (art. 23, § 42, do Estatuto). Assim, o convite pode ser

substituído pela tomada de preços e esta pela concorrência. O convite não pode ser usado em lugar da tomada de preços, nem esta em lugar da concorrência. Em qualquer caso a concorrência pode ser utilizada. Embora essa afirmação decorra do § 42 do art. 23, sua utilização deve observar outros princípios, a exemplo do princípio da economicidade, ofendido, nesses casos, pelo alto custo da concorrência em comparação com o custo do convite. Ademais, há de entender-se que, com a promoção do convite nos casos em que cabe essa modalidade, atende-se à lei na sua literalidade e finalidade, sendo dispensável, então, a concorrência, ainda que para permitir maior competitividade. A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública veda a criação de outras modalidades e proíbe a sua combinação (art. 22, § 82). Só a União pode criar novas modalidades, dado que a quantidade, a denominação e o regime são regulados por normas gerais e essas só podem ser legisladas pela União (art. 22, XXVII, da CF). Na aplicação da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública não cabe à Administração Pública, mesmo a federal, criar outra modalidade licitatória. Também, está vedada a combinação de modalidades licitatórias (art. 22, § 82). Destarte será ilegal a exigência de lances fechados, sigilosos, num leilão. O lance fechado é próprio de outras modalidades, como na concorrência, enquanto o lance aberto, oral e renovável pelo licitante, é característica do leilão; ademais, esse procedimento de exigir no leilão lance fechado pode levar prejuízo à Administração Pública que leiloa um bem, pois impede a renovação de lances. O vencedor será o autor do maior lance, sem que o de menor lance, ainda que queira, possa suplantá-lo, como, certamente, ocorreria se o lance fosse aberto.

As modalidades licitatórias não se confundem com os tipos de licitação, arrolados no § 12 do art. 45 dessa lei, ou seja: a) licitação de menor

463

preço; b) licitação de melhor técnica; e) licitação de técnica e preço; d) licitação de maior lance ou oferta. As modalidades de licitações relacionam-se com o valor estimado do contrato, enquanto os tipos relacionam-se com o julgamento.

2.1. Concorrência

Está prevista no inciso I do art. 22 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública e definida no § 12 desse artigo. É a modalidade de licitação, em tese, obrigatória para as alienações imobiliárias, as concessões de uso, serviços e obras públicas, o registro de preços e para os contratos de grande vulto, aberta com publicidade, que admite qualquer licitante cuja habilitação será apurada no início do

procedimento. São suas características: a) anteceder aos contratos de grande vulto, ao registro de preços, às alienações imobiliárias e às concessões de uso. de serviço e obra pública; b) exigir publicidade; e) permitir a participação de qualquer interessado; d) habilitar o interessado no início do procedimento.

Por contrato de grande vulto entende-se, nos termos do art. 23, I e II, dessa lei, o de montante superior a R\$ 1.500.000,00, se objetivar obras e serviços de engenharia, e o de montante acima de R\$ 650.000,00, se visar a realização de compras e serviços diversos dos de engenharia. Esses valores poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo federal, que os fará publicar no DOU, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período, conforme estabelecido no art. 120 do Estatuto federal Licitatório.

Essa modalidade de licitação exige publicidade. Tratando-se de concorrência federal, a Administração Pública deve publicar o resumo do edital, chamado de aviso, uma vez no Diário Oficial da União, uma vez em jornal diário de grande circulação no Estado e, se houver, uma vez em jornal de circulação no Município ou na região onde será executada a obra, prestado o serviço’

44. A legislação atual não admite o tipo de licitação denominado pelo Decreto-Lei federal n. 2.300/86 licitação de preço-base, em que a Administração fixava um valor, aceitando as propostas situadas no intervalo determinado por um percentual acima e outro abaixo desse valor. Assim, se o valor-base fosse de R\$ 10.000,00 e o percentual de variação, de 10%. as propostas com valor inferior a R\$ 11.000,00 e superior a R\$ 9.000,00 eram aceitas para posterior julgamento. As superiores a R\$ 11.000,00 e as inferiores a R\$ 9.000,00 eram desclassificadas. Na realidade não se tratava de tipo de licitação, mas de critério de aceitabilidade das propostas.

464

fornecido, alienado ou alugado o bem (art. 21, I e II), observado, entre a última dessas publicações e o recebimento das propostas, o prazo mínimo estabelecido para cada caso, nos vários incisos do § 2º do art. 21 do Estatuto federal Licitatório. Quando tratar-se de concorrência de interesse do Estado, Distrito Federal OU Município, deve-se observar quanto a essa publicação o que estabelecemos três incisos desse artigo, salvo se essas entidades tiverem lei licitatória.

Ainda, conforme o vulto da contratação, o órgão ou entidade interessada no certame poderá utilizar outros meios de divulgação para ampliar o leque de competidores (art. 21, III). Tal ampliação pode ser conseguida com a publicação em

órgãos da imprensa privada ou com a divulgação de sua abertura por órgãos da imprensa falada ou televisada. A remessa do resumo do edital aos órgãos de classe dos eventuais proponentes é, nesse particular, muito útil. Essa maior publicidade não é obrigatória, embora seja conveniente. Não se deve, observe-se, remeter o edital e seus anexos a eventuais proponentes, dada a impropriedade dessa medida e a afronta ao princípio da igualdade, pois será impossível fazer a remessa a todos os interessados em potencial. Ademais, esse procedimento é próprio do convite; sua utilização na concorrência e nas outras modalidades de licitação viola abertamente o § 82 do art. 22 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

A notícia da abertura da licitação desejada pela Administração Pública, feita pelo aviso, deverá conter o nome da entidade licitante, a espécie de licitação e o seu número, o objeto licitado, o prazo mínimo até o recebimento dos envelopes de documentos e propostas ou da realização do evento (leilão, pregão), com a indicação do dia, hora e local para essa entrega e recebimento, data, hora e local para a abertura dos envelopes de documentação habilitatória, local e horário para a retirada do edital e seus anexos ou do disquete e CD ROM, quando for o caso, e para a obtenção de outras informações e os meios (telefone, fax, Internet) para esclarecimentos preliminares.

A contagem do referido prazo exclui o dia do início e inclui o do término, e só se inicia ou termina em dia de expediente no órgão ou entidade em princípio obrigada a licitar (art. 110 e parágrafo único). Assim, se a ultima publicação aconteceu no dia 15, segunda-feira, o prazo começa a ser contado no dia 16 (terça-feira); se ocorreu no dia 18 (sexta-feira), é contado a partir do dia 21 (segunda-feira). já que no sábado (19) e no domingo (20) não há expediente no órgão ou entidade licitante; se ocorreu no dia 25, e o dia, 26, inicial da contagem do prazo, não for de expediente no órgão ou entidade licitante, a data de início será o dia 27. O término desse prazo só pode acontecer em dia de expediente no órgão ou entidade licitante. Logo, se o temijno coincidir com dia em que não há expediente no órgão OU enti

465

dade licitante, esse final dar-se-á no dia imediatamente subsequente, desde que haja expediente no órgão ou entidade licitante.

Por dia de expediente entende-se aquele em que há trabalho normal no órgão ou entidade em princípio obrigada a licitar, para a solução de interesses próprios ou de terceiros. Não será assim considerado se o trabalho for somente interno, e terceiros, por qualquer razão, não puderem ter acesso às informações ou solução de seus problemas.

Desse modo, Vê-se que dia de expediente não se confunde com dia útil. Este é o reservado para o exercício habitual de toda e qualquer atividade civil, comercial ou industrial. Pode-se, pois, ter dia útil, sem que seja de expediente. É o que ocorre nos chamados dias de ponto facultativo, em que há atividade civil, comercial e industrial (dia útil), mas não há expediente nas repartições públicas em que ele foi declarado.

Ademais, a contagem é feita em dias corridos, isto é, sem saltar os sábados, domingos, feriados e dias em que não há expediente, consoante o disposto na parte final do art. 110 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Somente não será dessa maneira se esse diploma legal dispuser expressamente de modo contrário, como ocorre com o prazo para a apresentação das propostas no caso de convite (art. 21, § 2, VI), que é de cinco dias úteis. A contagem de qualquer prazo, quando se pretende que seja em dias úteis, deve ser expressamente assim indicada. A regra, portanto, é a contagem em dias corridos.

A possibilidade de qualquer pessoa participar dessa modalidade de licitação, chamada de princípio da universalidade, está prevista no art. 22, § 12, do Estatuto federal Licitatório. Desse modo, é ilegal a exigência de requisitos que vão além dos necessários à verificação da habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal do licitante. Se, apesar disso e da grande publicidade, ninguém atender ao chamamento, a entidade interessada na licitação restará liberada, nos termos do inciso V do art. 24 dessa lei, de cumprir dita exigência e poderá contratar com quem se interesse, desde que observe as condições da chamada licitação deserta e que a renovação do procedimento lhe traga prejuízo de ordem financeira (aumento do preço) ou administrativa (atraso no início do serviço). Por outro lado, se só um comparecer e atender ao disposto na legislação pertinente e no edital, e a proposta for vantajosa, com ele a entidade, em tese, obrigada a licitar deve contratar. O mesmo se pode dizer se dentre vários participantes só um for habilitado ou tiver sua proposta qualificada. A licitação, nesse caso, deve prosseguir normalmente, e uma vez atendidas todas as exigências do edital deve-se celebrar com esse proponente o competente contrato.

466

As informações e documentos ligados à comprovação da habilitação jurídica da qualificação técnica, da qualificação econômico-financeira e da regularidade fiscal dos ofertantes devem ser verificadas no início do procedimento como prevê o art. 22, § 12,

do Estatuto federal Licitatório. Essa análise ou apuração da qualificação dos licitantes ocorre na fase da habilitação, tratada no item IV, n. 2.2, deste Capítulo.

Deverá a direção da concorrência até o julgamento das propostas, nos termos do art. 51 do referido Estatuto, estar a cargo de uma comissão composta de, pelo menos, três membros. No julgamento das propostas, a comissão deverá levar em conta o disposto no art. 45 desse diploma legal, que estabelece: “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”. enquanto o seu § 12 estabelece: “Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I — a de menor preço — quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II — a de melhor técnica; III a de técnica e preço; IV a de maior lance ou oferta — nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso”. Sobre essa comissão, veja o que dissemos neste item, n. 2.7, adiante.

O art. 42 desse mesmo Estatuto ocupa-se da concorrência internacional! 45. Esta segue o procedimento da concorrência nacional, embora sujeita às diretrizes estabelecidas pelos órgãos responsáveis pela política monetária e pela política de comércio exterior. A Portaria n. GB-6, de 1969, do antigo Ministério da Fazenda, e a Resolução n. BC-153, de 1970, regulam a concorrência internacional. Nas concorrências internacionais podem participar tanto proponentes nacionais como estrangeiros. As firmas nacionais ou estrangeiras poderão participar individualmente ou consorciadas (reunião, sob

45. Sobre licitação internacional, veja Rosolea M. Folgosi, *Licitação e as Guidelines do Banco Mundial, m Direto administrativo e constitucional — estudos em homenagem a Geraldo Atahba*. org. Celso Aipjo Bandeira de Meio (São Paulo. Malheiros. 1997, p. 524); Marcos

Juruena Vullela Souto. Critérios de julgamento das licitações internacionais. BLC, n. 7/94, p. 320:

Joajice Maria Monte Azevedo *O Banco Mundial e o procedimento licitatório no Brasil*. RTCEMG,

12:83; e Eliana Goul Leão, *Concorrências internacionais*, BLC. n. 3/92, p. 89.

467

liderança de um. de dois ou mais interessados na concorrência para a execução de empreendimento que. isoladamente, não teriam condições de realizar) As empresas estrangeiras deverão comprovar que estão autorizadas a operar em nosso país e que seus atos constitutivos estão regularizados junto ao seu consulado ou embaixada e vertidos para o português por tradutor juramentado Nessas concorrências, quando for permitido ao proponente estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, o mesmo direito é concedido ao proponente nacional, embora o pagamento deva ser feito em moeda nacional, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento. Para fins de julgamento da licitação. as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram os proponentes nacionais quanto à operação final de venda. Eo que a doutrina chama de equalização das propostas⁴⁶.

Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública licitante, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, observadas as exigências contidas no § 52 do art. 42 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. O uso da concorrência para as licitações internacionais é a regra, mas essa lei (art. 23, § 32) admite a utilização da tomada de preços se a Administração Pública licitante dispuser de um cadastro internacional de fornecedores. Também se admite o convite quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. Entre outros dispositivos, os arts. 52, 23, § 32, 32, § 62, e 40, IX, tratam de aspectos particulares da concorrência internacional.

2.2. Tomada de preços

A tomada de preços está prevista no inciso II do art. 22 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública e definida no seu § 2. E

468

a modalidade de licitação indicada para contratos de vulto médio, que admiite determinados interessados cadastrados antes do início do procedimento. aberta mediante publicidade. Caracteriza-se por: a) destinar-se a contrato de vulto médio; b) permitir unicamente a participação de interessados previa- mente cadastrados ou habilitados; c) exigir publicidade; d) requerer prévia qualificação dos interessados. Por interessados previamente cadastrados ou habilitados entendemos os cadastrados nos termos do art. 34 dessa lei e os que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, § 22).

Por contrato de médio vulto entende-se, nos termos dos incisos I e II do art. 23 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, o de valor situado entre R\$ 150.000,00 e R\$ 1.500.000,00, se objetivar obras ou serviços de engenharia, e o de valor situado entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00, se visar a realização de compras e serviços diversos dos de engenharia.

Da tomada de preços só podem participar as pessoas previamente inscritas no registro cadastral e as que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, § 22). Dois, portanto, são os grupos que podem participar dessa modalidade de licitação. O primeiro, o dos já cadastrados, portadores do Certificado de Registro Cadastral⁴ em vigor (cadastramento normal), e o segundo, o dos não cadastrados mas que atendam a todas as condições de cadastramento e demonstrem nesse prazo o interesse de participar da tomada de preços aberta (cadastramento especial). Não obstante a diversidade da formalidade e da época do cadastramento, os integrantes dos dois grupos deverão estar cadastrados, daí nossa definição só mencionar interessados cadastrados. Quanto à participação dos integrantes do primeiro grupo, não há qualquer dificuldade, pois está disciplinada no art. 34 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Ademais era procedimento de há muito praticado pelas entidades obrigadas a licitar.

A dificuldade surge com a participação dos componentes do segundo grupo. Estes deverão, munidos de todos os documentos necessários ao cadastramento, demonstrar, solenemente, perante a comissão de licitação, o interesse de participar do certame aberto. Essa demonstração solene (carta, requerimento) deve ocorrer até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. Se a data para esse evento é o dia 18, a demonstração

46. Veja a decisão do TCU n. 638/94 (DOU. 7 nov. 1994). que mandou deduzir nos preços dos licitantes nacionais os valores referentes ao PIS e à COFINS.

47. Sobre registro cadastral. veja abaixo o n. 3.

469

deve acontecer até o dia 15. Não é contado o dia 18 (início do prazo), mas é computado o dia 15 (fim do prazo), consoante regra do art. 110 da referj da lei. A contagem é feita em dias consecutivos ou corridos. Desse modo se a data para o recebimento das propostas coincidir com uma terça-feira o último prazo para a demonstração do mencionado interesse é a sexta-fej.a que é contado por ser o último dia do tríduo.

A comissão de licitação recebe o pedido de participação mediante protocolo e sobre ele deve pronunciar-se, deferindo ou indeferindo a solicitação em sessão reservada a ser realizada antes da data da entrega das propostas. Dessa reunião será lavrada ata circunstanciada a ser juntada ao processo licitatório. Da decisão deve ser dado conhecimento ao requerente. Contra o indeferimento do pedido de cadastramento especial cabe recurso hierárquico, fundado, por semelhança, na alínea d do inciso I do an. 109 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Esse recurso, por ser contra ato de cadastramento, não tem efeito suspensivo, podendo a comissão de licitação prosseguir com o certame, recebendo e abrindo os envelopes de propostas antes do julgamento do recurso. Nada impede que a comissão de licitação, entendendo ser do interesse público a paralisação do certame até a decisão final do recurso hierárquico interposto, receba-o com efeito suspensivo. Deferida a solicitação, o requerente participará do certame, pois está para ele cadastrado. Na data designada entregará o envelope de proposta. prosseguindo normalmente com os demais interessados. O ato de deferimento, no caso, equivale ao ato que defere o registro normal de cadastramento. embora válido somente para aquele certame. Assim nos parece, dado que o interessado deve atender a todas as exigências para o cadastramento, não para a habilitação, que são situações diferentes.

Em princípio, o cadastro é o organizado pela Administração Pública licitante, ou, na falta desse, o adotado de outra entidade congênere, previamente escolhida pelo licitante (art. 34, § 2) e indicada no edital. Assim, um Município que não tem cadastro pode adotar o de um ou vários Municípios próximos. Não se deve permitir a participação de portadores de Certificado de Registro Cadastral de qualquer instituição,

já que expedidos com exigências e para categorias de interesses muitas vezes bem diversas, tornando, para a entidade licitante, equivocada a habilitação.

Tal modalidade de licitação também exige publicidade, da mesma forma que a concorrência. Valem portanto as considerações feitas a esse respeito para esta modalidade licitatória, para onde remetemos o leitor, evitando, desse modo, repetir os comentários.

A qualificação dos interessados é prévia, ou seja, efetivada por ocasião do cadastramento normal ou na oportunidade do cadastramento especial.

470

o Certificado de Registro Cadastral, expedido em função do normal processo de cadastramento, substitui, no caso da tomada de preços, a exibição de inúmeros documentos relativos à habilitação (jurídica, técnica, econômica e fiscal), quando indicado no edital (art. 32, § 32). Nesses casos, mediante a apresentação do Certificado de Registro Cadastral válido, o licitante está desobrigado de qualquer outra comprovação ligada a esses aspectos de sua qualificação. De outro lado, o Certificado de Registro Cadastral, a que se refere o § 1º do art. 36, substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação, prescreve o § 22 do art. 32 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

A direção e o procedimento da tomada de preços até o julgamento das propostas são da inteira responsabilidade da comissão de licitação, composta de, no mínimo, três membros, conforme exigência do art. 51 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Valem, aqui, também, as mesmas considerações que tecemos para a direção e julgamento da concorrência.

Ressalte-se, ainda, que essa modalidade de licitação pode ser substituída pela concorrência, sempre que a autoridade competente julgar conveniente, mas não pelo convite, conforme se infere do art. 23, § 49, do Estatuto federal Licitatório, e que pode ser utilizada para certames internacionais, nos termos do art. 23, § 39, desse mesmo diploma legal.

2.3. Convite

O convite, como espécie de licitação, está previsto no inciso III do art. 22 e conceituado no § 32 desse artigo da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. É a modalidade de licitação aberta sem publicidade, indicada

para contrato de pequeno vulto, que exige o convite a, no mínimo, três interessados escolhidos pela entidade obrigada a licitar e por ela tidos como habilitados e permite a participação de interessados cadastrados que manifestarem interesse com a antecedência de até vinte e quatro horas da data designada para apresentação das propostas. São suas características a) destinar-se a contratos de pequeno valor; b) exigir, no mínimo, três interessados, escolhidos pela Administração Pública licitante; e) facultar a participação de cadastrados que manifestarem interesse com a antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas; d)

471

presumir a habilitação dos interessados escolhidos; e) inexigir Publicidade no jornal oficial.

Por contrato de pequeno vulto entende-se, nos termos dos incisos i e II do art. 23 dessa lei, o de valor situado entre R\$ 15.000,00 e R\$ 150.000,00 se objetivar obra ou serviço de engenharia, e o de valor situado entre R\$ 8.000,00 e R\$ 80.000,00, se visar uma compra ou a execução de serviços diversos dos de engenharia.

Para o procedimento devem ser convidados, no mínimo, três prováveis interessados do ramo pertinente ao objeto do convite. Assim, se o objeto do convite é a refeição para presos, devem ser convidados no mínimo três restaurantes ou empresas especializadas no preparo de refeições, sob pena de nulidade do procedimento, vez que sem qualquer propósito o convite de empresas farmacêuticas ou de prestação de serviços de engenharia. Comprovado o atendimento dessa exigência o procedimento será legítimo, mesmo que dois ou apenas um dos convidados tenha atendido à convocação da entidade licitante. Se apenas um atender à convocação, o procedimento deve prosseguir, e se sua proposta satisfizer às exigências da carta-convite e for conveniente a contratação, esta deve ser celebrada com o proponente. Se nenhum dos convidados atender ao convite, tem-se licitação deserta, o que leva, em princípio, à dispensa de nova licitação, podendo a Administração Pública licitante contratar, nas mesmas condições do convite deserto, com qualquer interessado. se a convocação do novo procedimento causar-lhe prejuízo (art. 24, V). Não há, assim, que se refazer o convite, consoante prescreve o § 72 do art. 22 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Esse parágrafo também permite a realização do convite ainda que não se tenha na praça o número mínimo de três interessados, exigido, como regra, para a validade dessa espécie de licitação, restando, destarte, convidados os únicos dois existentes, por exemplo. Nessas duas hipóteses, tais circunstâncias deverão ser

devidamente justificadas, sob pena de repetição do convite (art. 22, § 72). Também o Tribunal de Contas da União tem o mesmo entendimento. formulado em decisão (TC-225.184/93-1) publicada no DOU, 16 maio 1994. Não obstante seja essa a prescrição legal e a orientação jurisprudencial, é sempre conveniente que, sendo possível, se faça o convite a número maior de interessados em potencial. O número de convidados, dentro do universo considerado, deve convencer a todos da lisura do procedimento. Assim, se no universo considerado de trinta forem convidados apenas três, e desses somente um comparece, é notório que esses números não convencem da lisura do procedimento; ao contrário, desmerece-a.

Nessa modalidade a entidade licitante presume como boas a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e

472

a regularidade fiscal dos convidados. Não é necessária qualquer medida visando averiguar esses aspectos da pessoa do licitante, salvo quanto à prova de regularidade para com INSS, pois nenhuma pessoa jurídica pode contratar com o Poder Público se estiver em débito com o sistema de seguridade social (art. 195, § 32) e para com o FGTS, que integram o envelope. Por essas razões, não podem participar interessados que não tenham sido convidados, dado que a entidade licitante não os entendeu habilitados, exceto os cadastrados que demonstrarem interesse no certame com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas, portanto o que não foi convidado e não está cadastrado não pode participar do convite, ainda que nas vinte e quatro horas que antecedem a entrega dos mencionados envelopes manifeste esse interesse. O conhecimento da inidoneidade após a convocação não vicia, em princípio, o convite. Este prosseguirá com os demais convidados, já que o inidôneo será alijado do procedimento. Tal inidoneidade, no entanto, viciará o convite se for o fator para a entidade licitante dirigir a escolha do proponente. Se em todo o procedimento a entidade licitante agiu com lisura, não se há de tê-lo por ilegal.

Para essa espécie de licitação não se exige publicidade através da imprensa oficial ou particular. A carta-convite, edital dessa modalidade licitatória, é enviada, sob protocolo, diretamente aos escolhidos pela entidade licitante e afixada em local apropriado (quadro de editais), colocado em lugar de fácil acesso aos interessados.

A direção do procedimento e o julgamento das propostas nessa espécie de certame licitatório também estão, pois essa é a regra, a cargo de uma comissão. Não obstante essa regra, a lei permite que nas unidades administrativas com pequeno número de

servidores essas funções sejam exercidas por um servidor designado pela autoridade competente (art. 51, § 19. Valem aqui as mesmas considerações que tecemos para a direção e julgamento da concorrência, para onde remetemos o leitor.

Ressalte-se, ainda, que essa modalidade de licitação pode ser substituída pela concorrência e pela tomada de preços, sempre que a autoridade competente julgar conveniente, conforme se infere do art. 23, § 42, do Estatuto federal Licitatório, e que pode ser utilizada para certames internacionais, nos termos do art. 23, § 39, desse mesmo diploma legal.

2.4. Concurso

Como modalidade licitatória, o concurso está previsto no inciso IV e definido no § 42 do art. 22 do Estatuto federal das Licitações e Contratos da

473

Administração Pública. É modalidade de licitação que observa regulanj, to próprio, aberta mediante publicidade, destinada à escolha, por comissão especial, de trabalho técnico, cient (fico ou artístico, que admite a participação de qualquer interessado, mediante a concessão de prêmios ou remuneração aos vencedores. Suas características são: a) exigir regulament0 próprio: b) destinar-se à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico c) permitir a participação de qualquer interessado; d) outorgar prêmio ou remuneração a um ou mais vencedores; e) exigir publicidade; f) direção e julgamento por comissão especial4’.

Suas condições e procedimento são fixados em regulamento próprio, conforme exige o art. 52 do Estatuto federal Licitatório. O regulamento. um para cada concurso, deve, nos termos do § 1 desse artigo, indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação dos trabalhos, as condições de realização do concurso e os prêmios que serão concedidos. Nada impede, até é conveniente, que se edite para esse fim um regulamento geral para, com base em suas regras, instituir-se o regulamento de cada concurso, a exemplo do que ocorre em São Paulo com o Decreto estadual n. 52.439/70. Esse regulamento introduziu alguma disciplina para a realização dessa espécie de licitação.

Destina-se o concurso, especificamente, à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico. Essas expressões devem ser tomadas em seu sentido comum. Não é indicado, nem é próprio, para a contratação de obra, serviço ou fornecimento. Ademais, seu julgamento não se submete aos vários tipos de licitação, como, aliás, está estatuído no § 1 do art. 45 do Estatuto federal Licitatório. Do concurso podem participar quaisquer

interessados, desde que, por evidente, atendam às prescrições regulamentares, consoante se infere do inciso I do § 1 do art. 52 desse diploma legal, que se refere a “qualificação exigida dos participantes”.

O vencedor ou os vencedores receberão o prêmio correspondente, cuja escolha cabe à Administração Pública licitante. Pode ser uma bolsa de estudos, uma viagem, ou mesmo certa importância em dinheiro. O Estatuto federal Licitatório refere-se à instituição de remuneração ao vencedor, mas, cremos, como sinônimo de prêmio, não como pagamento pelo trabalho realizado. Não há, assim, qualquer pagamento pelo trabalho realizado pelos participantes, mesmo que o regulamento prescreva a entrega de uma

48. Essa modalidade de licitação foi utilizada pelo então Prefeito de São Paulo. Reynaldo Emygdio de Banos. para a escolha do projeto de reurbanização do Vale do Anhangabaú.

474

soma em dinheiro. Qualquer pagamento nesse sentido desnatura o concurso. Dos trabalhos apresentados, conforme estabelecido no regulamento do concurso, a comissão escolhe um ou mais e os classifica. Os vencedores, de acordo com essa classificação, receberão os respectivos prêmios. A entrega dos prêmios está, nos termos do art. 111 do Estatuto federal Licitatório, condicionada à cessão dos direitos patrimoniais relativos ao trabalho, a que o vencedor faz jus, à entidade licitante, de modo que esta possa utilizar o projeto de acordo com o previsto no regulamento do concurso.

De sua abertura dá-se conhecimento aos interessados por meio da divulgação do edital, observado o que estabelece o art. 21 do Estatuto federal Licitatório. A direção do concurso e o julgamento dos trabalhos apresentados cabem a uma comissão especial, integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento do tema objeto do certame, consoante indicado no § 42 do art. 51 do Estatuto federal Licitatório. É comissão, assim, de alto gabarito. O concurso chega ao seu fim com a escolha dos trabalhos e entrega dos prêmios aos vencedores, sem lhes conferir qualquer direito de contratar a execução do projeto com a entidade licitante. A execução será objeto de nova licitação. Se o concurso tiver por objeto um projeto, o vencedor deverá autorizar a entidade licitante a executá-lo quando julgar conveniente (art. 52, § 2). O executor será escolhido mediante licitação, da qual o autor do projeto não poderá participar (art. 92, 1), salvo nas hipóteses do § 12 do art. 92 do Estatuto federal Licitatório, ou seja, como

consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração Pública.

2.5. Leilão

O leilão está previsto no inciso V e definido § 52 do art. 22 do Estatuto federal Licitatório. É modalidade de licitação aberta com ampla publicidade, precipuamente indicada para a venda de bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos, bens dados em penhor e bens imóveis adquiridos judicialmente ou mediante dação em pagamento, que admite qualquer interessado, independentemente, como regra, de habilitação, em que o vencedor é o que oferecer o maior lance, desde que igual ou superior a avaliação. São suas características: a) destinar-se à venda de bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos, bem dados em penhor e bens imóveis adquiridos judicialmente ou mediante dação em pagamento; b) Permitir a participação de qualquer interessado; c) exigir ampla publicidade; cl) dispensar, em regra, a habilitação.

475

O leilão destina-se, nos termos do Estatuto federal Licitatório, à venda de bens móveis inservíveis, produtos apreendidos, de bens dados em penhor e de bens imóveis adquiridos judicialmente ou mediante dação em pagamento. Inservíveis são os bens imprestáveis, sem utilidade em si mesmos; os que, ademais, esse proceder poderá acarretar prejuízo à Administração Pública. Esse também é o entendimento licitante, na medida em que os lances fechados não podem ser renovados.

de Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à nova lei das licitações públicas, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 117), ao asseverar que por “inservível permitida a satisfação de uma parte (sinal) nessa oportunidade e o restante

deve entender-se o bem que, por suas qualidades intrínsecas, é útil dentro de certo prazo. O bem arrematado é entregue, em qualquer das hipóteses, ao ser complementado o valor da oferta. De toda a reunião e do que

lhes a capacidade para o desempenho funcional”. Os bens inservíveis destinam-se a ser vendidos, na oportunidade e no preço determinados, para atender a uma necessidade específica da Administração. A direção do leilão cabe à comissão de bens

de Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à nova lei das licitações públicas, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 117), ao asseverar que por “inservível permitida a satisfação de uma parte (sinal) nessa oportunidade e o restante

ainda em condições de uso, mas sem utilidade para a missão de licitação, aplicando-se ao procedimento, no que couber, o rito da

Administração Pública sua proprietária, por força da aquisição de um mo-concorrência. O leiloeiro, no caso, funciona como um auxiliar da comissão

delo de maior capacidade operacional, por exemplo. Nesses casos, a alie- de licitação.

nação não pode ser por leilão, mas mediante licitação, cuja modalidade Com base no Estatuto federal Licitatório o leilão pode ser: comum.

será determinada pelo valor estimado do contrato de venda a ser celebrado isto é, o realizado por leiloeiro oficial sob a égide da legislação federal

com o vencedor desse procedimento, ou simplesmente determinada pela ava- (Decs. n. 21.981/32, 22.427/33 e 2.089/63 e Dec.-Lei federal n. 37/66) e

liação do bem objeto da venda, salvo se esse valor for inferior ao indicado condições estabelecidas pela Administração Pública licitante, e adminis pel alínea b do inciso II do art. 23, hoje igual a R\$ 650.000,00 (art. 17, § 6). trativo, realizado por agente da entidade interessada. Com base nessa ori Ben apreendidos são os apropriados pela fiscalização da Adminis- entação, as leis estaduais e municipais acabaram por consignar a possibili traça Pública, a exemplo dos retirados dos seus proprietrios-vendedores dade de se ter um ou outro desses procedimentos e o fizeram a nosso ver

sem licença de ambulante ou os considerados produtos de contrabando. O inconstitucionalmente. Com efeito, a previsão de que pode haver um leilão

Estatuto federal Licitatório menciona, ainda como objeto do leilão, a venda administrativo, conduzido por um servidor dessas pessoas políticas, vai

de bens penhorados. Certamente não se trata de bens penhorados, mas de muito além da simples fixação de norma administrativa de licitação e inva ben empenhados. dados em garantia nos contratos de mútuo celebrados de a competência da União para legislar, privativamente, sobre condições

por instituição financeira, a exemplo da Caixa Econômica Federal. O mu- para o exercício profissional (art. 22, XVI, da CF). É claro que para a União,

tuário não devolve o valor recebido e perde em favor do mutuante o bem que a prevê no art. 53 do Estatuto federal Licitatório, a objeção não tem

dado em garantia, e este pode, observado o competente procedimento, vendê- cabida. A regra é constitucional, vez que, como se asseverou, cabe-lhe le lo utilizando-

se do leilão. Esses são os bens erroneamente chamados de gislar sobre as condições para o exercício de profissões. Assim, o Estatuto,

penhorados. Os bens imóveis adquiridos judicialmente são os que passam nesse particular, acabou por modificar a legislação existente sobre leilões.

a integrar o patrimônio público por força de decisão judicial, a exemplo das De sorte que os Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal so sentença prolatadas em ações de usucapião e de desapropriação. Também mente podem realizar leilões comuns.

podem ser objeto de leilão os bens imóveis recebidos pela Administração Caberia, por fim, questionar se a Administração Pública pode partici Públic a título de quitação de seus créditos pecuniários. ou, como men- par de leilões promovidos por outras entidades. A nosso ver não, visto que

ciona a Lei federal n. 8.666, de 1993, recebidos em dação em pagamento. o leilão, se é uma modalidade que permite a escolha da melhor proposta,

Estas duas últimas faculdades estão previstas no § 5 do art. 22 dessa lei. Consubstanciada no maior lance para quem o realiza, não é assim para quem

No dia, hora e local aprazados e nas condições do edital, o bem for julgado seu vencedor (ofereceu o maior lance). Este sempre paga o

apregoadado e os lances são feitos oralmente pelos interessados. O maior maior preço, não o menor. Se, no entanto, o objeto do leilão for único (só

lance será o vencedor desde que igual ou superior ao valor da avaliação existe um) ou singular (existem vários objetos, mas todos estão nas mãos

(art. 22, § 52). Os autores dos lances podem renová-los. Vê-se dessa súmula de um só proprietário), cremos que a participação é legal, até porque a

que os lances não podem ser fechados, sigilosos, como se fossem propostas Contratação pode ser celebrada diretamente, já que inviável a licitação. A

476 477

escolha do leiloeiro oficial pode ou não depender de licitação. Dependerá de licitação se a Administração Pública puder escolher esse auxiliar. Se não puder escolhê-lo porque indicado pelo Registro do Comércio, a licitação é absolutamente impertinente.

2.6. Pregão

O advento da Lei federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, publicada no DOU do dia imediato, superou a Medida Provisória n. 2.026-7, de 23 de novembro de 2000,

reeditada sob o n. 2.108-10, de 26 de janeiro de 2001, e assim mantida até a edição da Medida Provisória n. 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, que a substituiu sem lhe promover qualquer alteração. Essa lei, tal qual a legislação revogada, instituiu o pregão como modalidade de licitação, sem promover grandes alterações. Não foram superados os decretos regulamentadores da então legislação pregoeira, ou seja, o Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000, com as alterações posteriores, e o Decreto, também federal, n. 3.697, de 21 de dezembro de 2000, dado que convalidados, ainda que implicitamente, pelo art. 10 dessa lei. Assim, ainda que revogada aquela legislação provisória não desapareceram seus regulamentos. No âmbito federal, portanto, não é indispensável a edição de novos regulamentos para a execução da lei instituidora do pregão, especialmente no que respeita ao pregão presencial ou comum e ao pregão virtual ou eletrônico. A par disso, diga-se que a Lei federal n. 8.666/93, chamada de Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública aplica-se subsidiariamente a essa modalidade de licitação, consoante prescreve o art. 99 da Lei federal a. 10.520/2002. A nova lei não menciona, mas é certo que suas regras são aplicáveis aos órgãos da Administração Pública Federal direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às entidades controladas direta ou indiretamente pela União, já que se aplica subsidiariamente ao pregão a Lei federal n. 8.666/93 e esta prevê, no art. 1, sua aplicação a esses entes. Não há dúvida que a lei instituidora do pregão se aplica aos Estados, Distrito Federal e Municípios e entidades que integram suas respectivas esferas administrativas, pois assim determina a ementa desse diploma legal e, se isso não bastasse, diga-se que o inciso I do art. 49, o art. 79 e o art. 11 dessa lei confirmam essa inteligência. Não obstante seja assim, essas entidades, observando as normas gerais da lei federal criadora do pregão, podem editar suas próprias leis e regulamentos, instituído, desse modo, legislação própria para disciplinar essa matéria.

O pregão era definido pelo art. 2 do mencionado Decreto federal n. 3.555/2000 como a “modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais”. Essa modalidade de licitação também pode ser realizada com a utilização de recursos de tecnologia da informação. Daí as duas espécies: pregão presencial ou comum e pregão virtual ou eletrônico. Tal

modalidade licitatória, antes instituída exclusivamente para a União. hoje é passível de utilização no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme deixa claro a ementa da nova lei. Essa assertiva é retirada de dispositivos da nova lei, especialmente o art. 79 O veto apostado ao art. 2, que se estendia. além da União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, não obsta essa inteligência, de sorte que, agora e sem qualquer dúvida, sua utilização por esses entes federados é perfeitamente possível, bastando que cada um tenha lei e regulamentação próprias. Enquanto essa legislação não existir, esses entes federados podem utilizar a Lei federal n. 10.520/2002.

A finalidade do pregão é a seleção da melhor proposta para a aquisição de bens e a execução de serviços comuns, conforme estabelece o art. 1 da nova lei. A seleção da melhor proposta é feita pelo critério do menor preço, considerando-se as propostas escritas e os lances verbais, sendo esta uma das características da nova modalidade licitatória. Uma vez selecionado o vencedor, dele

aberto o envelope de habilitação, cujos documentos habilitatórios estão indicados no mc. XIII do art. 42 ainda que tenha declarado, conforme exige o VII do art. 42, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação. Essa)nologia da fase externa (abertura dos envelopes de propostas e abertura dos velopes de habilitação) é a segunda característica do pregão. O conceito de s e serviços comuns é dado pelo parágrafo único desse artigo, que prescre“Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, ueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente flnidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Esses bens, a título de exemplificação, estão arrolados no Anexo II do Decreto federal a. 3.555/2000 e são úteis na identificação dos bens e serviços compreendidos por essa definição dada pela Lei federal n. 10.520/2002.

O processo do pregão é dividido em duas partes: a interna, chamada por essa lei de fase preparatória, substancialmente regulada pelo art. 32, e a externa, cuja disciplina e seqüência de seus principais atos estão indicados no art. 42 Todas as atividades da parte externa são da responsabilidade do pregoeiro, que deverá ser um servidor do órgão ou entidade promotora do pregão. No desempenho de suas atribuições o pregoeiro será auxiliado por uma equipe, integrada na sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego, preferencialmente pertencentes ao quadro de pessoai permanente do órgão ou entidade promotora do pregão. Os atos essenciais do pregão, inclusive os deconentes de meios eletrônicos, serão documentados no respectivo processo, com vista à sua regularidade pelos agentes de controle. Do pregão podem participar quaisquer

interessados, desde que atendam as exigências do edital de abertura do certame. A lei, no art. 52, proíbe qualquer exigência relacionada com a garantia de proposta, com a obrigatoriedade da aquisição, pelos participantes, do edital, como condição de participação no certame e com a cobrança de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não

479

serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

O prazo de validade da proposta é de sessenta dias, se outro não for estabelecido no edital, de sorte que se seu autor for convocado dentro desse prazo e não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o mc. XIV do art. 42 da lei, pelo prazo de cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

O art. 11 da nova lei do pregão permite que no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, nas compras e contratações de bens e serviços comuns, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços, seja adotada essa modalidade licitatória. A concorrência, antes obrigatória para a instituição do registro de preços, à vista dessa disposição passa a ser facultativa. Também poderá ser utilizado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios o pregão para o registro de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços comuns da área da saúde, conforme autoriza o art. 2-A, introduzido na Lei federal n. 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, pelo art. 12 da Lei federal n. 10.520/2002. O mc. 1 do art. 2-A considera bens e serviços comuns da área da saúde, aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado, o mc. II prescreve regra que permite à Administração Pública convocar tantos licitantes quantos forem necessários para atender o quantitativo desejado, quando esse não puder ser satisfeito pelo vencedor, observado o preço da proposta vencedora. Por fim, o mc. III estatui que na impossibilidade do atendimento do disposto no mc. II, excepcionalmente poderão ser registrados outros preços, diferentes da proposta vencedora, desde que se trate de objeto

de qualidade e desempenho superior, devidamente justificado e comprovada a vantagem. e que as ofertas sejam em valor inferior ao limite máximo admitido.

2.7. Comissão de licitação

O Estatuto federal Licitatório. com a redação que lhe deu a legislação superveniente, usa, com o mesmo sentido, a palavra “comissão” (arts. 43 e

479

44, § 12, 22 e 32) e a locução “comissão de licitação” (arts. 45 e 51, § 1), a par de outras, graficamente semelhantes, mas portadoras de sentido diverso, como “comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro adastral” (art. 51, § 2). “comissão especial” (art. 51) e “comissão de recebimento” (art. 15, § 82). e, assim, arranha a técnica legislativa⁴⁹. Essa, tida como a arte de fazer lei, exige para a mesma idéia idêntico vocábulo ou

qual locução. Não é correta, pois, a utilização de sinônimos ou palavras ;sar o mesmo conteúdo, mas deixemos isso de lado e

cuidemos de dizer O que é comissão de licitação, como é instituída e comsta, quais são suas atribuições, se admite espécies, a par de outros aspecinerentes. E, para nós que preferimos a expressão “comisum órgão colegiado⁵⁰ de, no mínimo, três integrantes,

responsável pela direção e julgamento da licitação. Não é, pois, pessoa jurídica, e por essa razão não pode ser sujeito de direitos e obrigações. Embora seja Assim, é-lhe reconhecida a capacidade processual⁵¹.

do art. 51 do Estatuto federal Licitatório, é obrigatória para a direção e o julgamento das várias modalidades de licitação, inclusive o convite, embora este possa ser atribuído a um servidor, consoante permitido e regulado pelo § 12 desse artigo. Colegiados semelhantes também são obrigatórios para a inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento (art. 51) e para o recebimento de materiais (art. 15, § 8). Se nada dispuser a lei de organização da entidade obrigada a licitar, a comissão de licitação vincular-se-á ao órgão indicado no próprio ato de sua constituição. Não é. Assim, órgão solto no espaço.

Fara tazer tace a certas despesas, essas comissões podem adotar o gime de adiantamento, conforme previsto pelo art. 68 da Lei federal n. 320/64, que estabelece normas gerais de Direito Financeiro para elabora-

Lentos e balanços da União, dos Estados, dos Muipios e do Distrito Federal, desde que instituído e regulado por lei da era da entichjde ohripcla em tese, a licitar. O

adiantamento é feito ao licitação, e este, após a realização da despesa, prevê o art. 51 do Estatuto federal Licitatório, a comissão I ser permanente ou especial. Permanente é a instituída

-. Sobre esses colegiados. veja o nosso Comissões de licitação. São Paulo. NDJ. 1997.

50. Órgão colegiado é o que decide e age pela manifestação de vontade da maioria de

51. É a capacidade para postular em juízo. mesmo sem ser pessoa de direito. a exemia massa falida, do espólio e da Câmara de Vereadores.

480

481

para dirigir e julgar a generalidade das licitações da entidade obrigada, em tese, a licitar, ou de um de seus setores administrativos. Assim, é permanente a comissão de licitação responsável pela direção e julgamento desses procedimentos que certo Município deva realizar, como é permanente a comissão de licitação responsável pelas licitações assim caracterizadas de um dos seus setores, como é o caso da Secretaria Municipal de Saúde. É especial a criada para os mesmos fins, a cada licitação aberta em que seu objeto encerra certa especificidade. A comissão permanente tem o caráter de perpetuidade, não se extingue com a conclusão das sucessivas licitações que dirige e julga, nem com a substituição, por uma razão qualquer, de todos os seus membros. Não é, portanto, constituída a cada ano seus membros, sim, são nomeados anualmente. A especial tem natureza temporária, extinguindo-se, automaticamente, com a conclusão dos trabalhos licitatórios que justificaram sua criação.

Atente-se que num dado momento podem existir várias comissões permanentes e diversas comissões especiais. consoante o vulto das primeiras e a simultaneidade das últimas. Podem coexistir uma comissão permanente e uma ou mais comissões especiais, sempre que se desejar atribuir a habilitação e o julgamento das propostas a pessoas qualificadas, circunstância esta não considerada na constituição da comissão permanente. Também é possível a simultaneidade de uma comissão especial e várias comissões permanentes. O que nos parece vedado é a existência apenas de comissões especiais. Ademais, para segurança e lisura do procedimento, pode-se constituir uma comissão para dirigir a licitação até a habilitação e outra para promover o julgamento, concluindo, Assim, os trabalhos licitatórios. Com efeito, nada obriga que uma só

comissão dirija, por inteiro, a licitação. O princípio da moralidade administrativa pode, muito bem, ser o fundamento dessa cisão no procedimento licitatório.

A par dessas, podem ser constituídas outras. Uma para deliberar sobre o pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento. expedir os competentes certificados de registro e praticar outros atos inerentes à adoção do sistema de registro cadastral. consoante regulado pelos arts. 34 a 37 do Estatuto federal Licitatório. Outra para o recebimento de materiais. Material significa qualquer bem, não, como se poderia imaginar, apenas o de construção. Esse colegiado é obrigatório quando O montante do recebimento for superior ao limite para convite, consoante consignado no art. 23 do mencionado Estatuto. sem esclarecer se se trata do limite para obras e serviços de engenharia ou do limite para outros serviços e compras. Cremos tratar-se do limite para compras. Essas comissões devem ter, no mínimo, três membros, nomeados por to da autoridade competente, juntamente com os respectivos suplentes. para o exercício do mandato de um ano. Não obstante essa seja a duração tio mandato, a qualquer momento, no transcorrer do procedimento. um ou

us membros podem ser substituídos. Bastam para tanto a edição ato de substituição, ajuntada de uma de suas cópias no processo licitatório ondense consignação dessa circunstância, quando for o caso, na balhos. Essa substituição não precisa ser motivada pela autoridade competente. Como a nomeação, ela é discricionária.

Por outro lado, só tem cabida o pedido de afastamento formulado por um ou por todos os membros da comissão de licitação quando o interesse público puder ser afetado pela não-ocorrência do desligamento. A solicitação do afastamento deve ser escrita, em termos e devidamente justificada.

482

Seu reuerente deve aguardar a decisão do pedido no exercício de suas atribuições na comissão de licitação, e antes do desligamento cabe-lhe orientar, quando for o caso, seu substituto, para que os trabalhos licitatórios não sofram solução de continuidade. A falta de um dos membros impede a realização dos atos de responsabilidade da comissão de licitação, salvo se for convocado o suplente. Não existindo suplente nomeado ou não estando presente qualquer dos membros. os trabalhos, como os da fase de habilitação, devem ser adiados. salvo se a comissão de licitação for composta por

membros e pelo seu regulamento puder decidir pelo voto da presentes. Abre-se essa fase e se dá notícia aos presentes da

ausência do membro, designa-se outra data e suspendem-se os trabalhos. De todos esses fatos, lavra-se ata circunstanciada.

Os membros das várias espécies de comissão mencionadas pelo Estatuto federal Licitatório devem pertencer aos quadros da Administração Pública (União, autarquia), salvo em relação à comissão de concurso, que pode

restrair-se a esses quadros. Os membros deverão ter qualificação, isto

conhecimentos relacionados com a licitação em si mesma e com o objeto dela. Não precisam ser profissionais habilitados. Observe-se que algumas

(Lei n. 10.544/88), exigem que o presidente da comissão seja um procurador (art. 46). Essas exigências, por certo, em ser atendidas, sob pena de nulidade da constituição desses órgãos. Se tratar de comissão de cadastramento para obras, serviços e aquisição de material, seus membros deverão ser profissionais legalmente habilitados (art. 51, § 2) e deverão ser de reputação ilibada e reconhecido conhecimento sobre o tema a ser tratado.

- Se servidores do quadro de entidade que não realiza um grande volume de licitações, desempenham suas atribuições juntamente com as inerentes

483

aos seus cargos, funções ou empregos, e podem receber pelo trabalho extra-jetão, por sessão, nas condições e termos estabelecidos em lei⁵². O recebimento do jetão não viola a regra da não-acumulação consagrada pela Constituição Federal, por não se tratar de cargo, emprego ou função. Nas entidades em que é grande o volume desses procedimentos, tais servidores satisfazem suas responsabilidades, em relação às licitações, depois de devidamente desincompatibilizados de suas atribuições normais. Nessa hipótese, não recebem qualquer jetão, por inexistir trabalho extraordinário.

Referidos membros são nomeados por ato administrativo, veiculado, quase sempre, por portaria da autoridade competente (Ministro, superintendente), juntamente com os respectivos suplentes. Os membros das comissões permanentes de licitação são nomeados para o exercício de um mandato de, no máximo, um ano de duração, vedada a recondução da totalidade desses membros para o mandato imediatamente subsequente, se se tratar da mesma comissão de licitação (art. 51, § 49). Assim, nova nomeação é possível e válida se entre esta e a anterior mediar um ano de carência, ou quando se tratar de outra comissão, visto não se estar diante de recondução, mas de nomeação ou, ainda, quando se tratar da recondução de parte desses membros⁵³. Entende-se também possível a participação do mesmo servidor em duas comissões de licitação, sejam elas

permanentes ou não, desde que não haja prejuízo para os trabalhos respectivos e, evidentemente, para o exercício de seu cargo, emprego ou função. Os membros da comissão especial são nomeados unicamente para cumprir os trabalhos relativos a uma licitação. Podem, portanto, ser nomeados repetidas vezes, sem qualquer restrição, pois a nomeação não é para a mesma comissão de licitação.

Uma e outra dessas comissões de licitação hão de ser, como todo órgão colegiado, presididas por um de seus membros. Estes, em reunião preliminar, poderão escolher o presidente da comissão de licitação, salvo se designado pela autoridade competente. na própria portaria de nomeação dos membros da comissão permanente ou de constituição da comissão especial. Ditas comissões decidem por maioria de votos, como normalmente se passa com os órgãos colegiados.

Cabe a essas comissões de licitação. substancialmente, prestar informações aos interessados. Antes de sua constituição. as informações são

52. Aos servidores da Administração Pública Federal. regidos pela Lei federal n.

8.112/90. é vedada a remuneração pela participação em órgão de deliberação coletiva. conSoafl te deteninado pelo art. 119 dessa lei com a redação que lhe atribui a Lei federal n. 9.527/97.

53. Nesse sentido já decidiu o TCU (TC-700-048/98-7. DOU. 21 jul. 2000).

484

prestadas pela autoridade que expediu o ato convocatório da licitação ou quem para isso for regularmente designado. Toca-lhes. ainda, instruir o processo licitatório e a ele juntar os documentos pertinentes; providenciar. a tempo, a publicação dos atos em que essa medida é exigida; realizar diligências: instaurar a fase da habilitação, promovendo, na data determinada. a abertura dos envelopes-documentação e a análise dos respectivos conteúdos. rubricando cada um dos documentos, por exigência do art. 43, § 2, do Estatuto federal Licitatório. Essa formalidade também já foi recomendada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Proc. TC-65.575/026/89, DOE. 10 maio 1990), conforme exigido no edital, cabe-lhes habilitar ou inhabilitar os proponentes segundo tenham ou não atendido inteiramente aos seus termos e condições; rever ex officio ou provocadamente suas decisões ou informar os recursos eventualmente interpostos em que sua decisão for mantida (art. 109, § 49). Também lhes cabe, na fase da classificação, a análise, julgamento e classificação ou desclassificação das propostas, conforme tenham ou não atendido inteiramente aos termos e condições do edital, e rever ex officio ou provocadamente suas decisões ou informar os recursos porventura

interpostos, cuja decisão cabe à autoridade superior (art. 109, § 42), e o exercício do poder de polícia no local onde seus trabalhos são realizados. Outras responsabilidades ainda são atribuídas a essas comissões, como a elaboração das minutas do edital e do contrato e o gerenciamento do ajuste celebrado, que sabemos não lhes ser pertinentes, bastando para entender-se assim a análise do art. 51 e do art. 6, XVI.

Algumas dessas atribuições, a exemplo da habilitação, da classificação, do julgamento, são de sua competência privativa e praticadas sem a anuência prévia ou posterior de qualquer órgão. Outras exigem antecipada análise de certos órgãos de assessoramento. Assim, tais atos serão inválidos se praticados por terceiros, ou irregulares se editados pela comissão de licitação sem essa prévia aprovação. Ademais, essa nulidade pode viciar, de forma irremediável, todo o procedimento da licitação. A irregularidade pode ou não levar a invalidade ao ato praticado. Será invalidado pela autoridade competente se nulo e causador de dano a alguém. A invalidação exige, em tese, processo administrativo em que se assegura amplo direito de manifestação ao beneficiário do ato invalidando.

Para o desempenho dessa ampla gama de atribuições, a comissão de licitação pode ser assessorada por órgãos ou entidades técnicas ou por especialistas, tanto no que se refere às licitações e aos contratos administrativos como no que concerne ao objeto licitado. Essa assessoria, diga-se, em nenhum momento substitui a comissão de licitação; apenas lhe presta ori 484

485

entação e apoio. sem que às suas conclusões esteja vinculada a decisão desse órgão colegiado. salvo se lei assim o determinar.

Sobre todo o acontecido nas fases de habilitação. classificação e julgamento, a comissão de licitação deve lavrar ata circunstanciada para cada uma delas. Tais atas deverão ser assinadas por todos os membros da comissão de licitação e pelos proponentes que o desejarem. consignando-se os nomes dos que se recusaram a isso e dos que, no momento, não estavam presentes.

Contra seus atos de habilitação ou inabilitação de proponente e de julgamento das propostas cabe recurso (art. 109), dirigido à autoridade superior através da comissão de licitação. Recebido o recurso, a comissão de licitação deverá comunicar esse acontecimento a todos os participantes para que, no prazo de cinco dias úteis, digam o que for de seus respectivos interesses. Após poderá rever seu ato ou decisão. mantendo-o ou reformulando-o. Mantido o ato ou a decisão, deve a comissão de licitação

encaminhar o recurso devidamente informado à autoridade superior, para decisão (art. 109, § 42)

Os trabalhos da comissão de licitação, pelo menos em tese, terminam com o encerramento da fase de julgamento e remessa do processo de licitação à autoridade superior para homologação e adjudicação ou o que couber. Só em tese, como dissemos. os trabalhos terminam nessa oportunidade, pois, em vez de homologar, a autoridade competente pode ordenar a correção de certos atos, a realização de diligências ou o refazimento de todo o procedimento. Essas atribuições são da responsabilidade da comissão de licitação. Destarte, seus trabalhos, no que respeita a certa licitação, estão efetivamente concluídos quando o respectivo procedimento estiver homologado e adjudicado e exauridos. em branco. os prazos recursais ou decididos os interpostos. Ainda se pode assegurar que estão encerrados esses trabalhos quando o procedimento for anulado ou revogado, com o esgotamento, in albis, do prazo recursal, sem que se tenha determinado seu refazimento no caso de anulação. Na revogação o refazimento é incompatível com essa espécie de extinção, não podendo ser ordenado à comissão de licitação.

Quanto à responsabilidade dos membros das citadas comissões, cabe transcrever as lições de Yara Darcy Police Monteiro. assim proferidas: “Se. por um lado. a investidura dos funcionários em órgão colegiado de expressiva relevância representa prestígio e confiabilidade, por outro respondem eles administrativa, civil e penalmente pela prática de atos contrários às disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos, pela conduta culposa ou dolosa que cause danos patrimoniais ao erário público e pela prática de ilícitos penais tipificados nos arts. 316 a 326, do Código Penal” (Boletim de licitações e contratos. São Paulo. Ed. NDJ, 1989, ano II, n. 2, p. 67). Ademais respondem solidariamente pelos seus atos nos termos do art. 51, § 3.

486

Estatuto federal Licitatório. Também respondem penalmente nos arts do art. 89 usque 98 desse mesmo Estatuto.

Essa, pode-se dizer. é a súmula do regime jurídico da comissão de itação, observável pelas entidades submetidas ao Estatuto federal das itações e Contratos Administrativos. Sob a égide de outras leis, devem- no que couber, promover as devidas adaptações.

Registro cadastral

O art. 34 do Estatuto federal Licitatório prevê a manutenção de regiscadastrais para fins de licitação e os artigos seguintes explicitam algum detalhamento de seu funcionamento e como deve ser o procedimento da Administração Pública em certas circunstâncias. Com base nesses dispositivos pode-se conceituar o registro cadastral como os assentamentos

alizados, mantidos pelos órgãos e entidades obrigadas a licitar; dos
s prováveis contratados, para fins de licitação e contratação⁵⁴.

Qualquer interessado poderá, a todo tempo, inscrever-se no registro cadastral, juntando ao seu pedido os documentos necessários para comprovar as exigências do art. 27 do Estatuto federal Licitatório, isto é, indispensáveis para retratar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a idoneidade econômico-financeira e a regularidade fiscal. O pedido de registro cadastral, nos termos do art. 51 desse Estatuto, deve ser processado e julgado por uma comissão permanente de cadastramento, integrada por três profissionais legalmente habilitados (art. 51, § 2). Estabelece o art. 36 desse Estatuto que os cadastrados serão classificados por categorias, tendo em vista sua especialização (obras, serviços, fornecimentos), subdivididos em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliadas em função dos documentos relacionados nos arts. 30 e 31 desse diploma legal e apresentados pelos interessados por ocasião do cadastramento. Os cadastrados devem ter seus assentamentos atualizados sempre que ocorrerem modificações nos aspectos necessários à avaliação de suas habilitações, sob pena de não espelharem a situação efetiva e atual dos cadastrados. Analisado e deferido o pedido de inscrição, é expedido o correspondente Certificado do Registro Cadastral CRC. Esse documento substitui os exigidos para a habilitação, consoante estabelece o § 3º do art. 32 do Estatuto federal Licitatório, se previsto no edital.

A manutenção dos registros cadastrais não é obrigatória. Os órgãos e entidades que não os têm poderão, a cada licitação, sindicá-los o proponente.

54. Sobre registro cadastral. veja BLC. n. 42, p. 621. ago. 1997.

487

— FASES DA LICITAÇÃO

1. Aspectos introdutórios

Quando editou o Decreto n. 3.722, que regulamenta o art. 34 desse legal, a intenção, se foi boa, não alcançou seus objetivos, pois da Instrução Normativa n. 5/95 persiste, conforme bem alertou

iniciou (BLC, n. 10, p. 601, São Paulo, NDJ. 2001).

exigindo-lhe a apresentação dos documentos consignados no art. 27 do Estatuto federal Licitatório ou utilizar os cadastros de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 34, § 2v). No uso desta Última faculdade deve-se escolher órgão ou entidade congênere (Município, outro de mesmo porte; banco estatal, outro banco estatal), dada a semelhança de exigências. Essa faculdade só poderá ser exercida pelos proponentes se e como prevista no instrumento convocatório⁵⁵.

As experiências mais significativas nessa matéria ocorreram na esfera federal, onde os Decretos n. 84.701/80 e 86.025/8 1, válidos naquilo que não afrontarem o Estatuto federal Licitatório, instituíram, respectiva.. mente, o Certificado de Regularidade de Situação Jurídico-Fiscal — CRJF e o Certificado de Registro no Cadastro Específico — CRCE. Hoje o cadastro de interessados em contratar com a Administração Pública federal está consubstanciado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores — SICAF⁵⁶, instituído pela Instrução Normativa n. 5, de 21 de junho de 1995, do então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado — MARE, alterada pela Instrução Normativa n. 9, de 16 de abril de 1996. O SICAF só é obrigatório no âmbito da Administração Federal. E um sistema prático, pois permite consulta on line para o acompanhamento das empresas que contrataram com a Administração Pública, no que concerne à obrigatoriedade de manter as condições de habilitação durante toda a vigência do contrato. Embora seja assim, em alguns aspectos é inconstitucional na medida em que, por exemplo, exige esse cadastramento para todos os proponentes, qualquer que seja a modalidade licitatória. Com efeito, não cabe exigir esse cadastramento indistintamente, se a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública apenas o exige para a tomada de preços. Em 9 de janeiro de 2001. o Presidente da República, talvez com a intenção de espancar essa inconstitu⁵⁵ Nesse sentido, veja decisão do TCU no Processo TC-019.293/93-3. DOU. 12 maio 1997.

56. Sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores — SICAF. veja Guadalupe M. Jungers Abjbj. BLC. n. 9. p. 437. NDJ. 1996. Não obstante a Instrução Normativa n. 5/95 do MARE e o Decreto federal n. 3.722/01. que regulamentou o art. 34 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, já ocorreram vanas decisões do Tribunal de Contas da União, uma (TC-001.930/003. BLC. n. 5. p. 322. NDJ. São Paulo. 2002) anterior a esse decreto e duas (TC-0 11,622/00-9. BLC. n. 11, p. 691. NDJ. São Paulo. 2001 e TC-004.914/01-1. BLC. n. 4. p. 257. NDJ. São

Paulo. 2002) posteriores. considerando o item 1.3 dessa instrução normativa, que exige o cadastro dos licitantes para qualquer modalidade de licitação, inconstitucional.

488

A licitação, como procedimento administrativo, compreende uma série de atividades e a prática de um conjunto de atos tendentes, uma e outra,

a alcançar um só resultado, ou seja, a escolha da melhor proposta para o contrato ou objeto de interesse da pessoa licitante. Essas diversas atividades e atos costumam ser agrupados pela doutrina em duas partes, uma interna, também chamada de processo, e outra externa, designada de procedimento. Quanto à parte externa e no que respeita à denominação e quantidade de suas fases e ao término do procedimento, não estão acordes os autores, conforme retratado por Adilson Abreu Dailari (Aspectos jurídicos, cit., p. 63). Para nós o procedimento licitatório tem, efetivamente, essas duas partes. A interna é destinada a firmar a intenção da entidade licitante e a obter certas informações necessárias à consolidação da licitação. Nessa parte, abre-se o processo de licitação, determina-se o seu objeto, estabelecem-se as suas condições, estima-se a eventual despesa e decide-se pela modalidade adequada, verifica-se a existência de recursos orçamentários, estima-se o impacto orçamentário-financeiro no exercício imple deva entrar em vigor, bem como nos dois subseqüentes, e obtém-se a declaração do ordenador da despesa de que o aumento

tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias 5. Após, obtém-se a autorização de abertura e a aprovação do instrumento.

E preparatória da segunda parte, ou da licitação propriamente dita. Esta destina-se a selecionar a melhor proposta à celebração do ato ou contrato desejado pela Administração Pública. É, especialmente na concorrência, di-

) i. A estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício financeiro em que entrar em vigor e nos dois subseqüentes e a declaração do ordenador da despesa de que

O aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias. são exigências do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000). Esses atos são obrigatórios para toda e qualquer licitação ou contratação direta que acarrete aumento da despesa.

489

vidida nas seguintes fases: a) abertura: b) habilitação; c) classificação: d) julgamento. Observe-se que uma ou outra dessas fases não existe em todas as modalidades de licitação. No convite e no leilão não há a fase de habilitação e, se exigida no leilão, é muito simples. Ademais, nem sempre acontecem nessa ordem, pois na tomada de preços a habilitação é prévia.

2. A seqüência das fases na concorrência

Vejamos, com alguma minudência, cada uma dessas fases na concorrência, indicando o que, substancialmente, ocorre durante sua realização e como devem comportar-se a entidade licitante e os particulares proponentes envolvidos em determinada licitação.

2.1. Fase da abertura

A fase de abertura é a primeira etapa do procedimento licitatório. Por ela tem início o procedimento da licitação. É a oportunidade em que a pessoa licitante notifica a abertura da licitação e aguarda a apresentação das propostas pelos eventuais interessados para a realização de negócio de seu interesse. Efetiva-se com o conhecimento público do instrumento convocatório. Esse instrumento é a carta-convite, para o convite; e o edital, para a concorrência. a tomada de preços, o leilão e o concurso. O edital é o instrumento através do qual a pessoa licitante notifica a abertura da licitação em uma das modalidades, fixa as condições de sua realização e do contrato e convoca os interessados para a apresentação das propostas para o negócio de seu interesse⁵⁹. Por suas variadas funções, o instrumento convocatório. edital ou carta-convite, é o ato mais importante dessa fase. Formalmente é composto por preâmbulo, texto e fecho. Preâmbulo é a parte de abertura do edital. Nos termos do art. 40 do Estatuto federal Licitatório, deverá conter disposições relativas à apresentação da licitação e do órgão ou entidade que a promove: ao número de ordem em série anual: à modalidade, ao regime de execução e ao tipo de licitação: à legislação a que se subsume: ao dia, hora e local para o recebimento da documentação e proposta dos licitantes, bem como a data, a hora e o local da sessão pública de abertura dos envelopes.

No texto, parte média do edital, devem-se prescrever as condições relacionadas à apresentação das propostas e à participação dos licitantes no

490

procedimento: aos critérios de julgamento das propostas; à descrição resumida. mas precisa, do objeto da licitação; ao local em que serão prestadas as informações; ao

prazo de execução do objeto da licitação; às garantias: aos recursos admissíveis: aos critérios de desempate; ao prazo e condições para a assinatura do contrato: às sanções para os casos de inadimplemento; às condições de pagamento; às condições de recebimento do objeto licitação: ao critério de aceitabilidade dos preços; aos critérios de reajustamento; às condições de pagamento. Em suma, deverá conter o disposto nos vários incisos do art. 40. Essas cláusulas, no que couber e guardadas

peculiaridades do convite, do leilão e do concurso, devem figurar nos
;pectivos atos convocatórios das várias modalidades de licitação.

O fecho, parte final do edital, deverá conter disposições quanto à sua ulgação. a data e a assinatura da autoridade competente.

As cláusulas ou disposições do edital e da carta-convite não podem ser jenciosas, isto é, não podem levar a um licitante certo, servindo, nessa hipótese. o procedimento licitatório apenas como capa de um certame aparentemente regular. Também não devem comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação, nem estabelecer preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos proponentes. ou, ainda,

tento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras. Apesar msso. se essas cláusulas que viciam o edital compuserem seu texto. cabe a qualquer cidadão impugná-lo, conforme faculta o disposto no § 12 do art. 41 do referido Estatuto. Tal impugnação pode ser oferecida independentemente de ter o impugnante qualquer interesse direto na licitação, desde que o faça até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação. Esse direito também pode ser exercido pelo licitante até o segundo dia que antecede a abertura dos envelopes de habilitação, consoante prescreve o § 2 do art. 41 desse Estatuto. Nessa hipótese cremos que a qualidade de licitante do impugnante deve ser devidamente comprovada, através da entrega dos envelopes contendo a documentação de habilitação e a proposta. Se o licitante não agir desse modo ou se aceitar as condições para só depois do julgamento que lhe foi adverso impugnar o edital, decai desse direito (2 do art. 41). Nesse sentido decidiu o extinto TFR ao julgar a Apelação em Mandado de Segurança n. 89.607-DF (DJU, 27 set. 1984). Resta-lhe, então, o recurso às vias judiciais para conseguir a impugnação. Esta via, por força do disposto na Constituição Federal, sempre lhe estará aberta⁵⁹. A medida judicial poderá ser

58. Sobre o edital. veja o amplo estudo de Celso Antônio Bandeira de Mello publicado na RDP. 39-40:26.

59. De fato, estabelece o art. 5. XXXV. que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

491

o mandado de segurança ou a ação ordinária de anulação do ato jurídico. No processo administrativo de impugnação ao instrumento convocatório é, no que couber, o mesmo indicado para a interposição do recurso hierárquico, uma vez que a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública não estabeleceu um que lhe fosse específico.

A minuta do edital deve ser examinada e aprovada por assessoria jurídica da Administração Pública, consoante prescreve o parágrafo único do art. 38 do Estatuto federal Licitatório. O original desse ato deverá ser datado e assinado pela autoridade competente e juntado ao processo de licitação, extraindo-se as cópias para os fins desejados (art. 40, § 12). Não deve, por outro lado, ser modificado, salvo se se reabrir o prazo de apresentação dos envelopes e se der idêntica divulgação à anteriormente promovida.

A publicidade do edital não é igual para todas as modalidades de licitação, dependendo, nesse particular, do que estiver fixado em lei. O que se publica, no entanto, não é o edital e seus anexos, mas tão-só o seu resumo, chamado de aviso. O aviso deve conter informações gerais sobre a entidade licitante, a notícia da abertura da licitação e o local em que os interessados poderão obter o edital e os informes sobre o procedimento licitatório aberto. Se houver interesse, a publicação do edital pode ser feita na íntegra. Quando tratar-se de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal ou que seja de seu interesse (financiamento ou garantia federal), a publicação resumida do edital de concorrência, tomada de preços, concurso e leilão é obrigatória, no mínimo, uma vez no Diário Oficial da União e uma vez em jornal diário de grande circulação no Estado e, se houver, em jornal de circulação no Município ou região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem. Sempre que for do interesse público, estabelece o inciso II do art. 21 do Estatuto federal Licitatório, a entidade licitante pode lançar mão de outros recursos de divulgação para ampliar o leque dos proponentes à área de competição. No convite, atende-se à exigência da publicidade com a remessa de cartas-convite a, no mínimo, três interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, cadastrados ou não, escolhidos pela entidade licitante. consoante estabelece o § 32 do art. 22 do Estatuto federal

Licitatório, e afixando-se um exemplar dessa carta-convide em quadro de editais colocado em local de fácil acesso aos interessados.

Tratando-se de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, a publicação resumida do edital de concorrência, tomada de preços, concurso e leilão é obrigatória, no mínimo, uma vez no Diário Oficial do Estado ou no do Distrito Federal e uma vez em jornal diário de grande circulação no Estado e, se houver, em jornal de circulação no Município ou região onde será realizada a obra, prestado o

491

serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem. Alerta-se que em relação ao Município, a obrigatoriedade da publicação no Diário Oficial do Estado é francamente inconstitucional. A publicação, nesses casos, será feita no Diário Oficial do Município. A publicação nesses casos só será assim se não houver lei licitatória estadual ou municipal.

A fase da abertura encerra-se, em tese, com o decurso do prazo destinado à apresentação dos envelopes contendo a documentação (comprovantes e informações relativas à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal de cada proponente) e a proposta (oferta de preço feita pelo proponente para a execução do objeto da licitação, compreendendo o modo de sua realização e o preço, conforme facultado pelo edital ou convite). A duração dessa fase varia segundo a modalidade e tipo de licitação. É de quarenta e cinco dias para o concurso e a concorrência, se a execução do contrato dela decorrente for no regime de empreitada integral ou se o julgamento da concorrência for do tipo melhor técnica ou técnica e preço. É de trinta dias para a concorrência nos casos não especificados para essa modalidade de licitação na hipótese anterior e para a tomada de preços, quando o julgamento for do tipo melhor técnica ou técnica e preço. É de quinze dias para a tomada de preços nos casos não especificados para essa modalidade de licitação na hipótese anterior. É de cinco dias úteis para o convite.

Esses prazos, sempre corridos, exceto em relação ao convite, são contados da última publicação, ex vi do § 32 do art. 21 do Estatuto federal Licitatório, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do final, desde que sejam dias de expediente normal na entidade licitante (art. 110, parágrafo único), ou da efetiva disponibilidade do edital ou da carta-convite. Juntam-se ao processo licitatório os comprovantes das referidas publicações ou os protocolos de remessa das cartas-convite e certifica-se a

disponibilidade do instrumento convocatório e seus anexos. Esse momento, isto é, o do encerramento desses prazos, ou da referida disponibilidade do instrumento convocatório, marca o início da fase de habilitação, quando existente.

O § 2 do art. 40 do Estatuto federal Licitatório elenca os anexos do edital. Esses anexos integram o próprio edital e são assim referidos nesse dispositivo: “1 — o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos; 11 — orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários⁶⁰ III — a mi 60 Sobre a obrigatoriedade de ser esse orçamento um anexo do instrumento Convocatório, veja BLC. n. 2, p. 112. 1997.

492

493

nuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor: IV — as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação”.

2.2. Fase da habilitação

Com o encerramento do prazo para o recebimento dos envelopes “documentação e proposta” tem início a fase da habilitação, que só tem essa cronologia, isto é, a segunda do procedimento, quando este é a concorrência. Na tomada de preços, acontece antes. No convite, leilão e concurso, em princípio, não existe, conforme se depreende do disposto no § 1 do art. 32 do Estatuto federal Licitatório. Nessa fase, em local, dia e hora designados no edital, a comissão de licitação, em ato público e na presença dos interessados, pede aos presentes que examinem os envelopes-propostas recebidos e os rubriquem, pois serão mantidos sob sua guarda e responsabilidade para serem oportunamente abertos. Após, inicia a abertura dos envelopes-documentação, cujos conteúdos são examinados e rubricados pelos membros da comissão de licitação e pelos proponentes presentes. O julgamento dos documentos apresentados é normalmente feito na mesma sessão pública em que foram abertos os respectivos envelopes ou, depois de examinados e rubricados pela comissão e pelos presentes, em sessão reservada, da qual só participam os membros da comissão de licitação e, se for caso, os assessores desse colegiado, bastando para justificar esse julgamento posterior a sua grande quantidade e complexidade. como é a análise dos balanços.

Observe-se que os proponentes, além desse exame, podem fazer anotações e preencher as planilhas que entenderem convenientes na defesa e garantia de seus interesses. Anote-se, ainda, que a abertura dos envelopes- documentação e a rubrica de seus correspondentes conteúdos devem acontecer em ato público, isto é, realizado em

recinto aberto e franqueado a qualquer administrado que tenha, ou não, interesse direto na licitação. Aliás, o Estatuto federal Licitatório permite a qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento da licitação, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (art 49. Se a interferência não perturbar nem impedir esses trabalhos, ela é legítima. Não obstante seja desse modo, somente os proponentes, os únicos que têm interesse direto no procedimento licitatório, têm-se manifestado informalmente ou de modo solene sobre tudo o que ocorre durante esses trabalhos, pois é incomum a presença, nessas sessões, salvo a de algum estudante, de cidadãos que não tenham interesse na licitação, e se presentes dificilmente interferem.

494

O exame dos documentos que se realiza nessa fase tem por base o instrumento convocatório. De sorte que devem ser eliminados do certame proponentes que não atenderam aos termos e condições desse instrumento convocatório, indicando-se, sempre, os motivos, e mantidos os que

integralmente. É nulo o ato da comissão de licitação que onente em desconformidade com esse ato ou que permite ao

proponente juntar documento faltante em outra ocasião (RT, 644:69). Esse comportamento da comissão de licitação é, portanto, vinculado. Sendo Assim, é nula a habilitação de proponente que não atendeu ao edital, tanto

é nula a inabilitação de licitante que o observou em todos os seus termos e condições. Os inabilitados são aliados do procedimento licitatório, iquanto os habilitados são confirmados. Essa fase, por dita razão, melhor ria se fosse chamada de fase da habilitação-inabilitação.

05 tornam-se iguais e têm o direito subjetivo público de relookes contendo as propostas e, conforme o caso, de ver

s as propostas apresentadas. Esses os efeitos jurídicos

tnto, a habilitação é o ato administrativo vinculado comissão de licitação confirma no procedimento da licios licitantes aptos, nos termos do edital. Contra o ato de habilitação recurso hierárquico com efeito suspensivo, no prazo de cinco dias Conta-se esse prazo da lavratura da ata, para os proponentes presenhabilitação, e da intimação pela imprensa oficial, para os licitantes ites, ex vi do art. 109, 1, a. O efeito suspensivo dessa medida recursal, z interposta, impede o prosseguimento da licitação. O processo deve alisado, lançando a comissão de licitação em seu bojo a competente :unstanciadia

informação desse acontecimento. Somente após a decisão desse recurso ocorrerá o prosseguimento da licitação.

A aptidão, à luz da qual os documentos são examinados, diz respeito habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação econômico- financeira, à regularidade fiscal e ao cumprimento do disposto no mc. XXXIII do art. 72 da Constituição Federal⁶¹, segundo dispõe o art. 27 do Estatuto

61. O mc. XXXIII do ais. da Constituição Federal prescreve: “proibição de trabalho noturno, penoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) anos e de qualquer trabalho a

menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz. a partir de 14 (quatorze)

anos . Ante a dificuldade da comprovação dessa exigência, a Instrução Normativa n. 27. de 7 de fevereiro de 2002. expedida pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, estabelece procedimentos para a expedição de certidões e prestação de informações sobre processos administrativos originários de ação fiscal. Essa instrução também aprovou os modelos de: Certidão Negativa de Infrações Trabalhistas à Legislação de Proteção à Criança e ao Adolescente

495

federal Licitatório, conquanto a Constituição da República, no art. 37, Xxi. só se refira à qualificação técnica e econômica. Embora assim disponha a norma constitucional, não acreditamos que o constituinte tenha pretendido eliminar a sindicabilidade dos licitantes no que se refere à capacidade jurídica, à idoneidade financeira e à regularidade fiscal. Houve, isto sim, pouca técnica do constituinte na redação desse inciso, como ocorreu ao qualificar, impropriamente, a licitação de pública e ao indicar apenas algumas contratações que exigem prévia licitação. Ademais, a regularidade fiscal é aspecto particular da qualificação econômica. Sobre essa controvérsia, veja o nosso trabalho “Requisitos da habilitação na licitação”, publicado pela Revista Informativo Municipalista, 3:6, fev. 1990. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 267). confirmado em outra de suas obras (Licitação e contrato administrativo, 9. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 121).

Esses aspectos, e exclusivamente esses, da pessoa do licitante são apurados através da apresentação, em envelope fechado e lacrado, identificado por letra (A) ou por número (1) e outros dizeres indicados no instrumento convocatório, de um conjunto

de documentos exigidos pela lei ou edital (arts. 28 a 31). Todos os documentos exigidos devem ser oferecidos individualmente pelos proponentes até o último instante do prazo fixado pelo edital. Nesse envelope, não transparente, fechado e rubricado no seu fecho, devem estar somente os documentos de habilitação, apresentados com estrita observância do edital. Tais documentos podem ser substituídos pelo Certificado de Registro Cadastral — CRC, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em atenção ao Estatuto federal Licitatório (art. 32, § 32). O CRC também substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31 quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação (art. 32, § 22).

Tais documentos devem ser apresentados em original, publicação em jornal oficial ou cópia autenticada e numa única via. A exigência de outras vias pode constituir uma ilegalidade, conforme já decidiu o TRF da P Região ao julgar a Remessa Ex Officio n. 89.01.06900-8-RO (DJU, 13 fIOV. 1989). É dispensado o reconhecimento de firmas, nosi termos do Decreto

(Anexo V) e de Certidão Positiva de Infrações Trabalhistas à Legislação de Proteção a Criança a ao Adolescente (Anexo VI). que serão expedidas conforme a situação existente nessa Secretaria, se requerida pelo interessado.

496

ral n. 63.166/68. Depois de examinados e rubricados pelos membros comissão de licitação e pelos presentes, devem ser juntados ao processo citatório, podendo ser verificados por qualquer interessado e expedidas as vidas certidões. Nada deve ser levado em conta pela comissão de licitação que não esteja a conforme o instrumento convocatório.

Concluído esse exame e, portanto, encerrada essa fase, é vedado o reexame, pela comissão de licitação, da aptidão de qualquer dos licitantes habilitados OU inabilitados para excluir ou incluir proponente no certame

itatório, salvo em razão de motivo superveniente ou conhecido pela comissão de licitação após o encerramento dessa fase (art. 43, § 59) Considera-se

concluída essa fase quando ocorrerem todos os atos e comportamentos exigidos legalmente e todos os recursos interpostos estiverem decididos. Também se considera concluída essa fase quando todos os interessados expressamente abrirem mão de qualquer medida recursal ou quando o prazo de recurso transcorreu em branco. Assim

concluída, essa fase torna-se preclusa. Há, como dizem os autores, preclusão, isto é, nada mais pode ser realizado no tocante a essa fase. Ressalve-se, por evidente, o reexame em decorrência de circunstâncias supervenientes (concordata, falência) ou em função de recurso sem efeito suspensivo decidido postenormente ou de ação judicial. Nessas hipóteses não se observa o efeito da preclusão e inabilita-se o proponente em

qualquer momento do procedimento (art. 43, § 52),

Se apenas um proponente atender aos requisitos de habilitação, só ele será confirmado e unicamente ele, por evidente, passará para a fase seguinte. Se nenhum satisfizer, encerra-se o procedimento e promove-se nova licitação ou, consoante permitido pelo § 32 do art. 48, pode a Administração Pública, conhecidos e sopesados esses fatos, ordenar à comissão de licitação que fixe o prazo de oito dias úteis ou de três dias úteis, no caso de convite, para a apresentação da documentação havida como viciada ou faltante. Se a situação se repetir, a licitação diz-se fracassada e outra deve ser aberta mediante prévia autorização da autoridade competente, salvo se devido ao incidente restar caracterizada uma situação de dispensa do certame enquadrável no inciso IV do art. 24 do Estatuto federal Licitatório, que permite a contratação direta em razão da necessidade de atendimento urgente para a situação que se instaurou. Se somente um proponente comparece e não satisfaz às exigências de habilitação, a ele devem ser concedidos os benefícios do § 32 do art. 48, pois ele, no caso, significa todos. Essa prerrogativa é da entidade licitante e não pode ser entendida como direito subjetivo público dos licitantes, portanto, em vez de se valer dessa faculdade a Administração Pública pode refazer a licitação. Seu exercício é da comassao de licitação, dado que lhe cabe resolver todos os incidentes do

497

procedimento licitatório, desde que previamente autorizada em relação aos que não lhe são inerentes, como é o caso. Ademais, só pode ser utilizada se todas as propostas forem desclassificadas. Se apenas uma ou algumas o forem, não cabe a faculdade. Não importa o motivo da inabilitação, pois só interessa que todas tenham sido assim consideradas.

Pode ocorrer outra situação: ninguém atende ao chamamento licitatório. Ninguém demonstra interesse entregando os envelopes de habilitação e proposta. E o que a doutrina chama de licitação deserta. Nesses casos, havendo prejuízo (financeiro, administrativo), a Administração Pública vale-se da faculdade outorgada pelo inciso V do art. 24 do Estatuto federal Licitatório e contrata com quem se interessa, observados

os termos e as condições preestabelecidas, isto é, da licitação deserta. Se não houver qualquer prejuízo, deve ser promovida nova licitação, convindo, nesse caso, que seja feita a revisão do instrumento convocatório com a intenção de saber o porquê do desinteresse ou se, embora no limite da lei, a publicidade não foi suficiente. Encontrando-se a suposta causa de tal desinteresse, o instrumento convocatório deve ser alterado, refeito, sob pena da repetição do desinteresse. Qualquer dessas duas situações precisa ficar descrita e comprovada, para que a autoridade competente possa decidir por uma ou outra solução. Essa decisão, diga-se, não é da comissão de licitação

Os interessados na licitação que não conseguirem atender a essas exigências são tidos por inabilitados e afastados do procedimento, recebendo intactos os envelopes da proposta (art. 43, II) quando não forem mais necessários e as cauções eventualmente prestadas para participar do certame. O primeiro desses atos é praticado ex officio pela comissão de licitação, enquanto o segundo, mediante requerimento do interessado. Do mesmo modo, são alijados do procedimento os ofertantes impedidos de licitar em razão das penas administrativas (suspensão do direito de licitar, imdoneidade para licitar) que lhes foram aplicadas, conforme previsto no Estatuto. Destarte, a inabilitação é o ato administrativo mediante o qual a comissão de licitação exclui do procedimento licitatório os proponentes não considerados aptos nos termos do edital ou impedidos de licitar. Contra o ato de inabilitação cabe recurso hierárquico com efeito suspensivo, no prazo de cinco dias úteis, contados da intimação ou da lavratura da ata (art. 109. 1, a, do seu § 22)⁶². Conta-se da lavratura da ata para os proponentes presentes à habilitação e da intimação, pela imprensa oficial, para os licitantes ausentes.

498

Habilitação jurídica é a qualidade natural de toda pessoa física ou a atribuída a toda pessoa jurídica para exercer direitos e contrair obrigações. Dela decorre a capacidade jurídica, tida como a efetiva aptidão da pessoa física ou jurídica para, com responsabilidade por seus atos, exercer direitos e contrair obrigações. A documentação que comprova a capacidade jurídica do proponente está indicada no art. 28 do Estatuto federal Licitatório. A capacidade jurídica da pessoa física é comprovada pela cédula de identidade, carteira profissional ou outro documento em que, sem dúvida, se possa inferir esse aspecto da personalidade jurídica do proponente. A capacidade jurídica da empresa individual é comprovada pelo registro comercial. A capacidade jurídica da pessoa coletiva é comprovada, conforme o caso, pela lei e decreto instituidores, como ocorre com as autarquias, ou pela lei autorizadora de sua criação e respectivo contrato

de constituição, como se dá com as empresas governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública), ou, ainda, pelos atos constitutivos (contratos, estatutos), conforme acontece com as empresas privadas (civil, mercantil, industrial), complementados. quando for o caso, pelas correspondentes alterações, tudo devidamente registrado nos órgãos públicos competentes, sempre que exigido por lei. Se de todo não bastar essa comprovação, a entidade licitante pode fazer outras exigências, em face das peculiaridades da licitação ou em razão da necessidade de registros especiais, como é o caso da inscrição, junto aos órgãos de segurança pública, de empresas prestadoras de serviços de vigilância e segurança, ou das empresas estrangeiras, cujo funcionamento deve ser autorizado pelo governo brasileiro.

A qualificação técnica (aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do objeto da contratação, averiguada no procedimento licitatório ou diretamente nos casos de em que não cabe a licitação) pode ser: genérica, específica e operativa, e, em cada um desses aspectos, deve ser apurada conforme exigido no edital ou no ato em que a Administração Pública é liberada da licitação. O Estatuto federal Licitatório, no art. 30, especialmente o inciso II, indica o que, nesse particular, a entidade licitante pode exigir do proponente. Qualquer exigência fora do previsto no ato de convocação e nesse estatuto é nula e pode ser obstada administrativa ou judicialmente. Observe-se que o veto presidencial ao inciso II do § 12 do art. 30 e às suas alíneas não impede exigências dessa natureza, pois decorrem de outros dispositivos da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, sobretudo do art. 30, 1P3. Por outro lado é perfeita-

62. Sobre os recursos que podem ser interpostos em razão dâprática de atos baseados na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, veja o n. 1 do item VI.

63. Nesse sentido, veja o parecer de Adilson Abreu Dailari na Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 4:299. 1998, a Sentença de Primeiro Grau de Júlio

499

mente exigível a comprovação da capacitação técnica profissional de empregado da proponente (art. 30, § 1. 1).

A capacidade técnica genérica é a aptidão geral reconhecida em favor de alguém para a execução de uma dada atividade regulamentada. comprovável pelo registro da pessoa no órgão fiscalizador do exercício profissional. Presume-se em favor do

registrado essa capacidade. Comprova-se, para fins licitatórios, a capacidade técnica genérica pelo registro profissional do licitante na entidade encarregada de exercer o respectivo controle do exercício profissional, a exemplo do CREA, da OAB, do CRM, do CORECON e do CRECI.

Capacidade técnica específica é a aptidão especial reconhecida em favor de alguém para a execução de certa atividade, comprovável com a apresentação de certidão que assegure ter o licitante realizado a contento objeto da mesma natureza do licitado. Assim, a certidão do Município de São Paulo que assegura ter o licitante executado, satisfatoriamente, obra de pavimentação asfáltica é prova de capacidade técnica específica para licitação que objetiva selecionar a melhor proposta para o asfaltamento de uma via pública, desde que compatível com o objeto licitado. Essas certidões ou atestados poderão ser tanto de pessoa pública como de pessoa privada. A capacidade técnica específica é mais que a genérica, pois o titular desta é necessariamente titular daquela, mas o titular da capacidade genérica pode não ter capacidade específica.

A capacidade técnica operativa é a aptidão para dispor de bens, equipamento e pessoal para a execução de determinado contrato. Para fins de licitação, é comprovada com a demonstração da disponibilidade de recursos materiais e humanos para a realização do objeto do contrato. De nada valeria a prova da existência desses recursos se não disponíveis, ou seja, se vinculados a contrato diverso que se executa em outro Estado, por exemplo. Observe-se que o exigido do participante na comprovação de qualquer desses aspectos da capacidade técnica operacional há de corresponder ao vulto e à complexidade do objeto desejado pela Administração Pública licitante. Exigência desproporcionada com o vulto e a complexidade do objeto vicia a habilitação ou, de outro modo, deve ser compatível com o objeto licitado. Não se exige que o proponente seja proprietário dos bens e equipamentos necessários à execução do contrato, mas que tenha sobre eles disponibilidade.

500

A qualificação econômico-financeira (aptidão para responder pelos encargos financeiros e econômicos decorrentes do contrato) é comprovada, pelo licitante, mediante a apresentação de certos documentos. Essa boa situação é demonstrada por índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo licitatório. Observe-se que o exigido do proponente, nesse particular, há de corresponder ao vulto e à complexidade do objeto desejado pela Administração Pública licitante. Exigência desproporcionada a essas finalidades vicia a habilitação e, por via de consequência, a

licitação. O Estatuto, no art. 31, arrola os documentos que podem ser exigidos, pela entidade licitante, do proponente. Assim, podem ser exigidos o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício. certidão negativa de pedido de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física, e garantia.

A regularidade fiscal (qualidade de quem está em situação regular para com o fisco federal, estadual, distrital e municipal) é demonstrada pelo licitante com a apresentação do conjunto de documentos arrolados no art. 29 do Estatuto federal Licitatório. Esse dispositivo exige a apresentação de prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas — CNPJ⁶⁴, prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual, Distrital e Municipal do domicílio ou sede do licitante e prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Não nos parece que deve ser exigida qualquer prova de regularidade em relação ao Programa de Integração Social — PIS, a Sindicatos dos Empregados e Empregadores, ao Programa de Assistência ao Servidor Público — PASEP.

Por fim, diga-se que essa fase se encerra com a realização de todas as atividades e atos por ela compreendidos e com a declaração, por parte da comissão de licitação, dos habilitados e inhabilitados, observado, conforme o caso, o transcurso do prazo recursal in albis ou a renúncia expressa de todos os proponentes ao direito de recorrer ou a desistência formal dos recursos eventualmente interpostos ou, finalmente, a solução dos recursos porventura apresentados. Encerrada, nestes termos, a fase da habilitação, não pode o licitante habilitado desistir da proposta apresentada, salvo motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão de licitação, ex vi do disposto no § 6 do art. 43 do Estatuto federal Licitatório.

César Silva de Mendonça Franco. de Jundiaí (BLC. n. 2, p. 109. fev. 1997). e o estudo

Qualificação técnica da empresa na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. de

Antônio Carlos Cintra do Amaral (RTDP. 5:45).

64. Sobre a instituição desse cadastro veja a Instrução Normativa n. 27, de 5 de março de 1998, do Secretário da Receita Federal.

Na habilitação podem ocorrer, entre outros, os seguintes vícios: a) exigência de documentos além dos pedidos por lei; b) exigência de prova de capacidade técnica ou financeira em data muito anterior à habilitação. c) exigência de prova de capacidade técnica incompatível com o objeto da licitação (comprovar o fornecimento de 15 mil pães. quando o contrato é de 3 mil mensais). Os prejudicados em razão desses vícios podem recorrer administrativa ou judicialmente.

De todo o ocorrido nessa fase lavra-se ata circunstanciada, que, aprovada e firmada pelos membros da comissão de licitação, licitantes presentes e eventuais estranhos, é juntada ao processo licitatório. A recusa por parte de alguns, no que respeita à assinatura dessa ata, deve ser noticiada nesse mesmo documento.

2.3. Fase da classificação

Concluída a habilitação nos termos retromencionados, inicia-se a etapa seguinte, isto é, instaura-se a fase da classificação. Nesta fase, em local, dia e hora designados pela comissão de licitação, em sessão pública, depois de examinada a autenticidade dos envelopes-proposta apresentados por esse colegiado. são abertos os dos proponentes habilitados. Ditos envelopes são os identificados pela letra B, ou pelo número 2 e outros dizeres mencionados no edital. O conteúdo (proposta e seus anexos) de cada um dos referidos invólucros é examinado e rubricado pela comissão de licitação e pelos proponentes presentes (art. 43, § 2). O julgamento formal das propostas e anexos pode acontecer na mesma sessão pública em que foram abertos os envelopes-proposta ou em sessão reservada, da qual só participam os membros da comissão de licitação e, se for caso. os assessores desse colegiado, sendo suficiente para justificar esse julgamento reservado o grande número de documentos ou a sua complexidade.

Esse exame é apenas de forma. Não há nesse momento qualquer preocupação com o conteúdo das propostas. Por ele verifica-se se o proponente observou os termos e condições do edital, no que concerne à elaboração e apresentação de sua proposta, sob pena de desclassificação. Não se tem como aceitar a proposta incompleta em suas partes essenciais (sem identificação do proponente. sem data ou sem assinatura). Essa será. sempre. rejeitada. Pode-se dizer. então, com os demais estudiosos, que a proposta que não atender aos termos e condições do edital ou carta-convite é inaceitável e deve ser desclassificada. Não obstante esse rigoroso procedimento. há que se compreender que

só a inobservância do edital ou carta-convite no que for essencial ou a omissão da proposta no que for substancial ou no que trouxer prejuízos à entidade licitante, ou aos proponentes. enseja a desclas-

502

sificação. De sorte que erros de soma, inversão de colunas. número de vias. imperfeição de linguagem, forma das cópias (xerox em lugar da certidão) e outros dessa natureza não devem servir de motivo para tanto.

Os proponentes podem também fazer anotações e preencher as planilhas que considerarem convenientes à defesa e garantia de seus interesses. Ressalte-se, ainda, que a abertura dos envelopes-proposta e a rubrica dos respectivos conteúdos devem ser em ato público, isto é, realizado em local aberto e franqueado a qualquer administrado que tenha ou não interesse direto na licitação. Aliás, como já referimos há pouco (n. 2.2). o Estatuto federal Licitatório permite a qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento da licitação, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (art. 42), facultando-lhe inclusive, se permanecer até o final dos trabalhos da sessão, assinar a ata que vier a ser elaborada.

Ao fim desse exame têm-se dois conjuntos de propostas. Um em que as propostas estão formalmente de acordo com o edital ou o convite e outro em que não estão conformes com o instrumento convocatório. As propostas do primeiro grupo são as classificadas, enquanto as do segundo são as desclassificadas (art. 48. 1), portanto, a “classificação” é o ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação acolhe as propostas apresentadas formalmente e nos termos e condições do edital ou carta-convite. Já a “desclassificação” é o ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação desacolhe as propostas apresentadas sem o atendimento formal e fora dos termos e condições do edital ou carta-convite. Por serem atos vinculados, tanto a classificação como a desclassificação devem ser justificadas, cabendo à comissão de licitação apresentar no que a proposta cumpre ou descumpre o edital ou a carta-convite. Na hipótese de classificação, basta mencionar que as propostas tais e quais cumpriram as exigências do instrumento convocatório. Na hipótese de desclassificação, o motivo há de ser expressamente indicado para cada uma delas. A falta dessa justificativa ou a sua falsidade pode ensejar a nulidade de qualquer desses atos, contra os quais cabe recurso hierárquico com efeito suspensivo. consoante regulado pelo art. 109, 1, b, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública⁶⁵. O prazo para a

interposição desse recurso será contado da intimação do ato recorrido ou da lavratura da ata da

65. Quanto aos recursos administrativos que podem ser interpostos contra atos praticados em função da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, veja o n. 1 do item VI. infra.

503

sessão pública em que ditos atos foram praticados. O efeito suspensivo dessa medida recursal impede o prosseguimento da licitação.

Se todas as propostas forem desclassificadas, a comissão de licitação, autorizada pela Administração Pública licitante, poderá fixar o prazo de oito dias úteis para que seus proponentes apresentem outras nos termos e condições do edital (art. 48, § 32). No caso de convite o prazo é reduzido para três dias úteis. As novas propostas poderão ser diferentes das anteriores, ou seja, outros valores poderão ser cotados, inclusive menores que os anteriormente apresentados (TC-929-499/98-0, DOU, 4 maio 2000). Essa prerrogativa é da entidade licitante, e não pode ser entendida como direito subjetivo público dos licitantes, portanto, em vez de se valer dessa faculdade a Administração Pública pode refazer a licitação. Seu exercício é da comissão de licitação, desde que autorizada pela Administração Pública licitante, e só pode ser utilizada se todas as propostas forem desclassificadas. Se apenas uma ou algumas o forem, não cabe a faculdade. Não importa o motivo da desclassificação, pois somente interessa que todas tenham sido assim consideradas. Se dessa fase só participar um proponente a ele deve ser estendida essa faculdade, pois está abrangido pela palavra todos.

Ao fim desse exame têm-se dois conjuntos de propostas. Um em que as propostas são firmes (feitas sem reservas), concretas (feitas sem remissão a outras), ajustadas ao edital ou carta-convite (elaboradas e apresentadas nos seus termos e condições) e sérias (com intuito e possibilidade de serem cumpridas), e outro em que as propostas não satisfazem a um ou a todos esses requisitos, como são as propostas inexeqüíveis (valor zero, simbólico, muito abaixo do mercado ou com prazo inadequado para a realização do objeto ou cumprimento de etapas do contrato ou no caso de licitação de menor preço para obras e serviços de engenharia que não atendam às exigências dos § 1 e 22 do art. 48). Também considera-se inexeqüível, embora por outro motivo, a proposta que apresenta valor muito elevado. A inexeqüibilidade é sempre relativa, já que se levam em conta para sua determinação as condições do mercado no momento da classificação.

Nessa fase, observe-se, podem ocorrer alguns vícios que comumente levam a anulação à classificação. São exemplos: a) classificação de proposta de licitante que deveria ter sido inabilitado; b) classificação de proposta em desconformidade formal substancial como edital ou omissa quanto às suas exigências. De todo o ocorrido nessa fase lavra-se ata circunstanciada, que, aprovada e assinada pelos membros da comissão de licitação, proponentes presentes e eventuais estranhos, é juntada ao processo licitatório. A recusa em assinar a ata deve ficar consignada em seu texto (art. 43, § 12). Se à classificação seguir-se o julgamento, a ata deve ser uma só. Encerrada a classificação, passa-se à fase do julgamento.

504

2.4. Fase do julgamento e ordenação das propostas em razão das vantagens oferecidas

Concluída a fase de classificação com a realização de todos os atos e atividades, inclusive os relacionados com os recursos eventualmente interpostos se recebidos com efeito suspensivo, tem início a fase do julgamento. a quarta do procedimento licitatório. O julgamento, via de regra, ocorre imediatamente após a classificação das propostas, conforme se depreende do procedimento indicado no art. 43 do Estatuto federal Licitatório. Por essa razão muitos autores unificam a classificação e o julgamento. Nós preferimos separar essas fases, dado que o julgamento pode acontecer em outra oportunidade, em sessão reservada, sem, portanto, a presença dos proponentes. Nessa ocasião só serão julgadas as propostas anteriormente classificadas. Durante o julgamento não são examinados os aspectos formais das propostas. A fase da classificação está preclusa e a ela somente pode-se voltar em razão de fato superveniente ou conhecido posteriormente pela comissão de licitação. Ademais, a separação dessas fases impede que a comissão de licitação acolha proposta inaceitável por não se conformar com o edital, a pretexto de que é vantajosa.

Nesta fase, as propostas classificadas são confrontadas entre si e à vista do exigido pelo instrumento convocatório. E o julgamento. Por esse processo de comparação chega-se à proposta vencedora, ou seja, a mais vantajosa para a Administração Pública licitante, e a partir daí arrolam-se em função do mérito, isto é, das vantagens que oferecem para a entidade licitante de acordo com os estritos termos e condições do instrumento convocatório, as demais. Para o julgamento não pode ser considerado nada fora do que foi permitido pelo instrumento convocatório. Para a ordenação das propostas começa-se com a que oferece maior vantagem (menor preço na aquisição de

certo bem), chegando-se por esse critério até a última, isto é, a mais desvantajosa para a Administração Pública (maior preço na aquisição de certo bem)⁶⁶. Nesse julgamento, tudo o que for oferecido pelo proponente além do pedido ou do previsto no edital há de ser desconsiderado, tido como se não estivesse escrito, ou como não integrante da proposta, se essa medida não a desnaturar, pois, se assim for, a rejeição da proposta é irremediável, mesmo que seja a mais vantajosa para a entidade licitante. Far-se-á o julgamento consoante o tipo de licitação previsto no edital: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta (art. 45, § 12).

66. Nesse sentido confira o Acórdão n. 22.019-SP do TJESP (RDP, 26:180).

505

A licitação de menor preço é aquela em que o fator decisivo do julgamento das propostas é o menor preço. Nenhum outro fator deve ser levado em conta na determinação desse preço, portanto, deve ser escolhida como a proposta mais vantajosa a que apresentar o menor preço em termos absolutos. Destarte, não se pode mais justificar a acolhida de proposta com um preço maior em razão da qualidade, rendimento, produtividade, prazo de entrega e condições de pagamento. Desse modo também pensa Toshio Mukai (Novo estatuto. cit., p. 48). E o critério prestigiado pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, embora não seja da simpatia da Administração Pública, que o rechaça, no seu entender, por propiciar negócios ruins, na medida em que o preço é proporcional à qualidade. A afirmação, em tese, é verdadeira, mas assim não é em face da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Com efeito, evita-se que isso aconteça descrevendo-se melhor o bem desejado (art. 14) ou promovendo-se a padronização (art. 15, 1) ou indicando-se a marca (art. 72, § 5).

A licitação de melhor técnica é aquela em que o fator de julgamento das propostas é uma das melhores tecnologias adotada pelo proponente na execução do objeto licitado, pois deve-se considerar o preço. Só é utilizável para serviços de natureza predominantemente intelectual (projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento, engenharia consultiva), consoante prescreve o art. 46. É própria para as licitações em que se quer a tecnologia mais moderna ou que melhor satisfaça às necessidades da Administração Pública licitante, dentro dos recursos financeiros destinados para tanto. O montante desses recursos deve estar referido no edital. De sorte que a Administração Pública não paga mais que o valor ofertado.

Para o julgamento das propostas que avançaram a fase da habilitação, devem-se levar em conta fatores pertinentes e adequados ao objeto licitado e que considerem a capacidade e experiência do proponente e a qualidade da proposta. a exemplo da metodologia, organização, tecnologia e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos e a qualificação das equipes técnicas mobilizadas (art. 46, 1). Ademais, o edital deve fixar uma valoração mínima, segundo a qual as propostas situadas abaixo são alijadas do procedimento. A essa valoração mínima chega-se por meio do cálculo da média das notas atribuídas pela comissão de licitação, dentro de escalas de valores explicitadas no edital, aos fatores considerados.

As propostas acolhidas prosseguem na licitação e delas são abertos os envelopes comerciais, isto é, os que contêm a proposta financeira. A vista das propostas financeiras acolhidas (devem atender aos aspectos formais, estar abaixo do valor que a Administração Pública se dispõe a pagar), imela-se a negociação das condições financeiras propostas, com a proponente mais bem

506

classificada no julgamento das propostas técnicas, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitéirios, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço. Em suma: pergunta-se à proponente vencedora em técnica se concorda em executar sua proposta pelo preço da vencedora em preço. Se concordar, celebra-se, com ela, nessas condições. o contrato. Se não concordar, faz-se a mesma indagação à segunda colocada em técnica, e assim por diante até que uma concorde ou se chegue àquela de menor nota técnica e menor preço.

Para essa espécie de licitação, usam-se três envelopes: o primeiro para os documentos, ou de n. 1. o segundo para a proposta técnica, ou de n. 2, e o terceiro para a proposta financeira, ou de n. 3. Abrem-se os envelopes de n. 1 e, dos habilitados, abrem-se os envelopes de n. 2, classificam-se as propostas técnicas conforme antes indicado, arrolando-as segundo o mérito, isto é, a melhor técnica, começando pela de maior pontuação obtida. Das classificadas abrem-se os envelopes de n. 3. Com as classificadas inicia-se, conforme anteriormente exposto, a negociação. Os envelopes de propostas técnica e financeira serão devolvidos, intactos, aos proponentes não habilitados, e os de propostas financeiras serão devolvidos, também intactos, aos proponentes não classificados tecnicamente.

A licitação de técnica e preço é aquela em que selecionadas, dos habilitados, as propostas técnicas conforme o indicado no edital, à vista do estabelecido no art. 46. 1,

da Lei n. 8.666/93, abrem-se de seus proponentes os envelopes contendo as propostas comerciais e delas faz-se a avaliação e valoração de acordo com os critérios consignados no edital, atribuindo-se, consoante o mérito, uma nota segundo certa escala prevista no edital, a que será dado um peso, também indicado nesse ato de abertura da licitação. Dos classificados tecnicamente são abertos os envelopes de proposta comercial. Aos classificados são atribuídos notas e pesos. Após essas medidas calcula-se a média de cada um dos proponentes classificados e arrolam-se as propostas em ordem crescente ou decrescente, conforme regulado pelo edital, e declara-se vencedor o proponente que obtiver a maior ou menor média segundo esse ato convocatório.

Para essa espécie de licitação devem-se usar três envelopes: o primeiro para os documentos, ou de n. 1, o segundo para a proposta técnica, ou de n. 2, e o terceiro para a proposta financeira, ou de n. 3. Abrem-se os envelopes de n. 1 e dos habilitados, abrem-se os envelopes de n. 2 e classificam-se as propostas segundo o mérito, isto é, a técnica que, consoante o edital, satisfaz aos interesses da entidade licitante, arrolando-se a proposta conforme a valoração obtida, começando-se pela que obteve o maior número de Pontos, acima da valoração básica estabelecida no edital. Todas as assim clas-

507

sificadas estão em igualdade de condições e delas abrem-se os envelopes de n. 3. Com os classificados far-se-á a ordenação final de acordo com a média aritmética ponderada das valorações das propostas técnicas e de preço.

O Estatuto federal Licitatório ainda prevê a licitação do tipo maior lance ou oferta (art. 45. IV). E o tipo de licitação especialmente adequado para venda de bens, outorga onerosa de concessões e permissões de uso de bens ou serviços públicos e locação em que a Administração Pública é a locadora, cuja proposta vencedora é a que faz a maior oferta. É tipo de licitação que não oferece qualquer dificuldade na sua promoção. Tirante o fato de que o procedimento licitatório deve levar ao maior preço, tudo o mais obedece à licitação de menor preço.

Na fase de julgamento podem ocorrer vícios que comumente ensejam a anulação da escolha da proposta vencedora. São exemplos desses vícios:

a) julgamento de proposta não classificada; b) julgamento de proposta de licitante inhabilitado; c) julgamento de proposta com base em vantagem não prevista no edital ou carta-convite. Contra esses atos e outras medidas semelhantes com as quais não se conforma o proponente cabe recurso com efeito suspensivo, no prazo de cinco dias úteis, contados da intimação da decisão (art. 109, 1, b. de o seu § 22). Desse modo, sua

interposição impede o prosseguimento da licitação, devendo a decisão ser proferida antes da homologação e adjudicação do certame.

De todo o ocorrido nessa fase, lavra-se ata circunstanciada, aprovada e firmada pelos membros da comissão de licitação e pelos presentes, inclusive os eventuais estranhos, se o desejarem, juntando-se ela no processo licitatório. A recusa por parte de alguém, no que respeita à assinatura dessa ata, deve ser consignada no próprio termo em que se consubstancia esse documento.

2.4.1. Divisibilidade do julgamento

O julgamento da proposta, em princípio, é uno e indivisível, admitindo, assim, uma só proposta vencedora e, conseqüentemente, um só licitante vencedor. Embora essa seja a regra, o edital ou carta-convite deve, quando o objeto permitir, como é o caso de material de escritório, informar que O julgamento será por itens (caderno, lápis, borracha, caneta, papel almaço com pauta, apontador de lápis), de tal forma que se possa ter diversas propostas para cada item e ao fim uma proposta vencedora por item. No exemplo, por via de consequência, ter-se-á vários vencedores, chegando mesmo a tantos quantos forem os itens. Observe-se que não são vanas propostas vencedoras por itens, uma vez que por item somente se tem uma proposta

508

vencedora. O julgamento, portanto, faz-se comparando as propostas que cotaram o mesmo item. Dessa forma prestigia-se o pequeno e médio proponente e amplia-se a competitividade. Nada impede que certo proponente ofereça proposta para mais de um ou mesmo para todos os itens licitados. Destarte, deve ser aceita parte dessa proposta que melhor cotou os itens caderno, lápis e borracha, desqualificando-a quanto aos demais. Pelas mesmas razões, pode-se acolher a proposta que melhor vantagem apresentou para a aquisição dos itens caneta e borracha e refazer a licitação para os itens não cotados ou cujas propostas não foram vantajosas para a entidade licitante ou, nesta última hipótese, comprar diretamente se ficar configurado um caso de dispensa. É a denominada licitação por itens⁶, que encontra seu fundamento de validade, substancialmente, no art. 15, IV. da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Nesse sentido vem decidindo o Tribunal de Contas da União, Com efeito, no Processo TC-007.759/94-0 esse Colegiado prescreveu que “é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação

por itens e não pelo preço global. com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade” (RDA, 198:352). É evidente que essa espécie de julgamento deve estar disciplinada no instrumento convocatório. Se, nesse particular, o edital ou a carta-convite for omissivo, não se tem como admitir a divisibilidade da proposta, do julgamento e da adjudicação. A omissão leva ao entendimento de que a licitação é por preço global. Admitido no instrumento convocatório o julgamento da licitação por itens, deve-se também prever adequadamente as exigências de habilitação. Assim, por exemplo, o capital exigido do proponente deve ser proporcional ao valor estimado do item cotado, não ao valor correspondente ao seu somatório, só exigível se o proponente cotar todos eles.

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública ainda permite outro regime de parcelamento do objeto nos casos de compra de bens de natureza divisível. Com efeito, prescreve o § 72 do art. 23 dessa lei que na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior 67 Sobre outros aspectos da divisibilidade do objeto da licitação, veja o art. 4 do item 1.

509

... não à demandada na licitação, com vistas à ampliação da competitividade podendo o instrumento convocatório fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. Nessa hipótese serão selecionadas tantas propostas quantas forem necessárias a atingir a quantidade licitada (art. 45, § 6v). Essas propostas poderão ter preços diferentes, desde que cada um seja compatível com os praticados pelo mercado, embora tal procedimento pareça-nos de duvidosa constitucionalidade⁶⁶,

2.4.2. Empate e Critério de desempate de propostas

Tecnicamente, todas as propostas deveriam ser diferentes, isto é, o procedimento não poderia levar ao empate de duas ou mais propostas. Apesar disso, na prática pode ocorrer a absoluta igualdade de propostas. Por essa razão o Estatuto federal Licitatório exige o desempate e prevê o critério para que isso possa ocorrer, quando ditas propostas estiverem colocadas em primeiro lugar. observados os efeitos da Emenda Constitucional n. 6, de 1995. Essa emenda revogou o art. 171 da Constituição Federal, extinguindo, assim, as diferenças entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e a

possibilidade, por lei, da concessão de certos privilégios à empresa brasileira de capital nacional. Como consequência dessa revogação não se tem como aplicar, na sua inteireza, o art. 32, § 22. desse diploma legal que, em igualdade de condições, assegurava preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: “1 — produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II — produzidos no País; III — produzidos ou prestados por empresas brasileiras”, enquanto o art. 45, § 22. desse mesmo Estatuto estabelecia que, em persistindo o empate, a vencedora será escolhida por sorteio, realizado em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados⁶⁹.

Em razão dessa emenda restaram revogados os incisos I e III do § 2 do art. 32 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, portanto em caso de empate deve ser dada preferência para bens produzidos no País. Em permanecendo o empate, utiliza-se o sorteio. Para esse desempate é vedado, prescreve o § 22 do art. 45 dessa lei, qualquer outro processo.

68. Esse procedimento, adotado antes da vigência do § 72 do art. 23. foi considerado inconstitucional pelo Procurador-Geral em exercício do TCU. consoante parecer publicado no DOU. 15 abr. 1997.

69. Sobre os efeitos da EC n. 6/95 sobre a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, veja o Parecer CONJUR n. 231/95. aprovado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (DOU. 20 nov. 1995, p. 18596).

510

Embora seja assim, é evidente que o melhor processo não é esse. embora possa ser o mais objetivo, pois por ele não se chega à melhor proposta. na medida em que simplesmente indica uma. Melhor seria que o desempate fosse feito mediante a apresentação. dentro de certo prazo. de novas propostas pelos proponentes empatados, à semelhança do que ocorre quando todos os licitantes são desclassificados. situação que se pode afirmar de empate. O sorteio será realizado em sessão pública em dia, hora e local designados com antecedência razoável pela comissão de licitação. Para essa sessão deverão ser convocados todos os licitantes que, por evidente, tenham tido suas propostas ordenadas segundo as vantagens oferecidas, não somente os empatados. O resultado do desempate mudará essa ordem, daí a determinação da lei para a convocação de todos os licitantes. A convocação pode ser feita por carta com protocolo de entrega ou pela imprensa oficial. Para a validade do sorteio não é necessária a

presença de um mínimo de licitantes, o que importa é a convocação comprovada de todos.

2.4.3. Proposta mais vantajosa

Proposta é a oferta incondicionada do valor que o licitante deseja receber da Administração Pública licitante se com ela vier a contratar a execução do objeto licitado. Embora seja assim, não é só isso. Com efeito, a Administração Pública licitante deseja a proposta mais vantajosa. Deveras, a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública estabelece, de um lado, que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa (art. 32) e, de outro, que a comissão de licitação, no julgamento das propostas, levará em consideração os tipos de licitação (art. 45), ou seja, o menor preço, a melhor técnica, a técnica e preço e o maior lance ou oferta. Sendo assim, é fácil perceber que por proposta mais vantajosa há de ser a que, à vista, exclusivamente, de um desses critérios, for a assim julgada pela comissão de licitação. Outra, de preços maiores, mas produto de melhor qualidade ou de melhor rendimento, não pode ser considerada a mais vantajosa para a entidade licitante, como outrora fora entendido pela doutrina e reconhecido pelo Judiciário (RDP. 12:211). Destarte, pode-se definir a proposta mais vantajosa como a que melhor atende aos interesses da entidade licitante, determinável segundo os tipos de licitação. É, em suma, a proposta vencedora. Nem sempre a proposta vencedora é a única, embora essa seja a regra. Pode-se ter mais de uma proposta vencedora no caso de licitação por itens ou nas hipóteses do § 72 do art. 23 dessa lei (compra de bens de natureza divisível), devendo ser, todas, qualificadas como mais vantajosas. Fora dessas hipóteses, se duas propostas forem iguais e por isso

511

poderão estar em primeiro na classificação, há que se proceder o desempate, consoante estabelece o art. 45, § 2, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Pode ocorrer que nenhuma das propostas satisfaça ao instrumento convocatório, devendo, nesse caso, a Comissão de Licitação ser autorizada a dar oito dias úteis para a apresentação de novas propostas. As novas propostas poderão ser diferentes das anteriores, ou seja, outros valores poderão ser cotados, inclusive menores que os anteriormente apresentados (TC929-499/98-O. DOU, 4 maio 2000).

A proposta é sempre apresentada com certo prazo de validade e quando isso não ocorre esse prazo é de no máximo sessenta dias (art. 64, § 32). Nada impede que esse prazo seja prorrogado pelo proponente a pedido da Administração Pública licitante,

dado cuidar-se de prazo de mera liberação de compromisso assumido⁷⁰. Nesse particular pode-se ir mais além, para aceitar-se proposta com prazo de validade já vencido. A contratação com o vencedor da licitação pode restar obstada por certo tempo, às vezes até longo, nada impedindo que, presente o interesse público e concordando o vencedor, o ajuste seja celebrado. Não se trata de prorrogação de proposta com prazo de validade vencido, mas de nova proposta com os mesmos valores. De fato, a concordância do proponente com a celebração do contrato nos termos da proposta vencida tem efeito de nova proposta⁷¹.

2.4.4. Discussão da proposta mais vantajosa ou vencedora

Em termos básicos, o conteúdo do contrato há de ser o do edital, embora não resulte unicamente desse ato. De fato, se o edital, como corriqueiramente se diz, é a matriz do contrato, não se tem legitimamente como aceitar qualquer discrepância entre essas duas manifestações, sob pena de nulidade do ajuste, ou, no mínimo, da cláusula destoante. “Nem seria compreensível”, assegura Hely Lopes Meirelles (Licitação e contrato, cit., p. 200), “que a Administração formulasse seu desejo no edital e contratasse em condições diversas do pedido na licitação.” Essa quase repetição dos termos e condições do edital, no contrato, é obrigatória, sob pena de a licitação transformar-se em farsa, afirmam os autores, sem muita precisão.

70. Nesse sentido, veja decisão do STJ publicada no BLC. n. 5, p. 181. 1990.

71. Essa também é a inteligência de Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações, p. 391).

512

Não obstante essa seja a regra, em algumas hipóteses pode-se contratar em termos e condições diversas do instrumento convocatório⁷².

Se assim é em relação ao instrumento convocatório, com maior razão há de ser no concernente à proposta, que também integra o contrato. O conteúdo do contrato nesse particular não precisa ser idêntico ao da proposta mais vantajosa: basta que encerre mais vantagens para a contratante. Nenhuma nulidade causará ao ajuste se os termos e condições da proposta vencedora forem discutidos e a contratante obtiver mais vantagens (menor preço, menor prazo de entrega, menor juro moratório) que as originalmente oferecidas pelo proponente e as consignar no contrato. Esse afastamento do contrato em relação à proposta vencedora cremos ser sempre possível e constitucional. O que não se permite é o distanciamento entre o contrato e a proposta com prejuízos para a contratante, conforme ensina Hely Lopes Meirelles. Essa

possibilidade, no entanto. não permite que o contratado entregue e a Administração Pública aceite outro bem. Sendo o mesmo bem. admite-se modelo de qualidade superior.

Desse modo. não cabe, salvo por exacerbado amor à literalidade do texto do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, imaginar que a locução “mantidas as condições efetivas da proposta”, nele consignada. veda tal discussão e a celebração do contrato com base nessa proposta melhorada, no interesse da contratante, dado que seria negar a própria finalidade da licitação, que é a busca da melhor proposta. Ademais, não há argumento lógico ou jurídico a sustentar essa interpretação, que, sem muito apego e razão, vem sendo defendida por alguns estudiosos.

Cabe, então, perguntar: qual o motivo dessa locução, nesse dispositivo constitucional, já que não pode haver palavra ou locução legal ou constitucional sem finalidade? A resposta é uma só: a defesa dos interesses do licitante vencedor, que não pode ser obrigado a reduzir seu preço, melhorar as condições de pagamento ou diminuir o prazo de entrega do objeto licitado. A locução em apreço, na verdade, é um anteparo que protege o licitante vencedor, elo mais fraco desse relacionamento, contra pressões da contratante. Isso, em absoluto, não impede que o autor da proposta vencedora melhore ainda mais suas condições.

72. Para aprofundar. veja o nosso trabalho *Validade das contratações em condições diversas do edital e da proposta*. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 3:41. 1997.

513

3. Homologação e adjudicação

Concluída a fase de julgamento, com o ordenamento das propostas em ordem crescente (tipo menor preço) ou decrescente (tipo maior lance) de vantagens em quadro comparativo, cabe à comissão de licitação preparar pequeno relatório sobre o procedimento onde conste expressamente mencionado o vencedor e remeter o processo à autoridade superior para deliberação, consoante a cronologia fixada pelo art. 43, VI, do Estatuto federal Licitatório, para que esta homologue o procedimento e adjudique o objeto da licitação ao seu vencedor. Com esse relatório, em tese, está concluído o trabalho da comissão de licitação. Essa deliberação não é outra coisa que não a homologação e a adjudicação. Praticado o primeiro, aguarda-se o prazo de recurso resolvendo-se qualquer medida dessa natureza que seja interposta para. só então, praticar o segundo. Essa sequência é mais cautelosa, pois a interposição de recurso

contra a adjudicação não alcança a homologação. Tirante esse cuidado, nada impede, e a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública parece induzir a isso, que essas decisões componham um só ato. Aliás, é o procedimento que preferimos.

Homologação é ato da autoridade competente, superior à comissão de licitação, pelo qual é promovido o controle de todo o procedimento licitatório no que respeita ao mérito e à legalidade. A homologação não é fase que integra o procedimento da licitação, pois incide sobre um procedimento já realizado para lhe dar eficácia. A autoridade competente para homologar é a indicada em lei ou regulamento⁷³. Normalmente é a autoridade que autorizou a abertura da licitação. Em São Paulo, calcado na Lei estadual n. 6.544/89, o Decreto n. 3 1.138/90 indicou os Secretários de Estado e os dirigentes de autarquias como as autoridades competentes para homologar licitações em suas respectivas áreas de atuação. No exercício dessa competência e conforme a circunstância, a autoridade competente pode: 12) homologar o procedimento e adjudicar o objeto da licitação ao vencedor: 22) devolver o processo à comissão de licitação, ordenando-lhe a correção de vícios sanáveis, verificados em qualquer parte do procedimento: 32) invalidar todo o procedimento ou parte dele se existentes vícios insanáveis: 42) revogar todo o procedimento por motivo de mérito.

73. Veja nesse sentido Parecer n. AGU/LA-02/99. anexo ao Parecer n. GQ- 191. DOU.

7 maio 1999.

514

Cabe ainda a essa autoridade atribuir ao proponente-vencedor, autor da proposta mais vantajosa, o objeto da licitação, confirmando, desse modo, o julgamento. Destarte, após a homologação opera-se a adjudicação. Há de ser assim, dada a seqüência do procedimento estabelecida no art. 43. que versa sobre o procedimento da licitação, e este é obrigatório, em vista do princípio formal que permeia todo o procedimento da licitação (art. 42, parágrafo único). Desse modo, não se deve levar em consideração a seqüência adjudicação — homologação apresentada pelo inciso VII do art. 38 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. pois esse dispositivo não cuida de procedimento licitatório. O que se adjudica ao vencedor é o objeto da licitação, não o contrato. Além disso, o vencedor, mesmo quando lhe foi adjudicado o objeto da licitação, não tem direito ao contrato. A adjudicação, ensina Adilson Abreu Daliari (Aspectos jurídicos cit., p. 109), é ato discricionário quanto à sua prática. mas vinculado quanto ao conteúdo. Desse modo, pode haver ou não a adjudicação. Se houver, será,

necessariamente, em favor do vencedor do certame. Se não fosse discricionário, aduzesse esse notável administrativista, o ato de adjudicação perderia qualquer sentido, vez que nada acrescentaria à classificação (ordenamento, para nós). e. se o seu conteúdo não fosse vinculado, nenhum significado teria a classificação (ordenamento, para nós).

Da adjudicação surtem os seguintes efeitos jurídicos: a) aquisição. pelo vencedor do certame, do direito de contratar com a pessoa licitante, se houver contratação; b) impedimento da pessoa licitante de contratar o objeto licitado com terceiro; c) liberação dos demais proponentes de todos os encargos da licitação; d) direito dos demais proponentes ao desentranhamento dos documentos apresentados; e) vedação de a Administração licitante promover novo certame enquanto em vigor a adjudicação; f) responsabilidade do vencedor, como se fosse inadimplente contratual, caso não assine o contrato no prazo marcado pela entidade licitante; g) vinculação do adjudicatário aos encargos, termos e condições fixados no edital ou carta-convite e aos estabelecidos em sua proposta.

Contra a homologação e a adjudicação cabe recurso de representação (art. 109, II), no prazo de cinco dias úteis, contados da ciência ou publicação do respectivo ato, com efeito devolutivo. salvo se a autoridade competente o receber com efeito suspensivo, como lhe faculta o art. 109, § 2, parte final. do Estatuto. O acolhimento do recurso com ambos os efeitos deve ser praticado comumente, dada a cautela que se impõe nessas oportunidades. Seria desastroso o acolhimento de recurso contra a adjudicação. ao final de seu processamento, em que o objeto da licitação já fora contratado.

515

4. Audiência pública

A Lei federal de Licitações e Contratos da Administração Pública obriga, no art. 39, que o processo licitatório seja iniciado com uma audiência pública, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas seja superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23,1, a, também dessa lei, que é de R\$ 1.500.000,00. Logo, se o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a R\$ 150.000.000,00, o processo licitatório será, obrigatoriamente iniciado com a realização dessa audiência pública. Audiência, no caso, é a reunião pública formalmente convocada pela Administração Pública licitante para se dar à população, de modo minucioso e completo, informações sobre o projeto (obra, serviço, fornecimento) que pretende realizar. Deve ser realizada com uma antecedência mínima de quinze dias úteis da data

prevista para a publicação do edital e sua convocação deve ocorrer, ao menos, dez dias úteis antes de sua realização. Vê-se que a audiência tem lugar depois da fase interna da licitação, mas antes da fase externa, ocasião em que a Administração Pública licitante já conta com todas as informações indispensáveis à realização da licitação e, portanto, em condições de satisfazer a preocupação dos presentes a esse ato público.

Essa publicidade há de observar os mesmos meios de divulgação previstos para a licitação, portanto publicação no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, no Município ou região onde será executada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem. Dessa audiência poderão participar e se manifestar todos os interessados, não podendo a autoridade responsável negar ou escamotear informações, esclarecimentos ou deixar de responder as indagações formuladas. Com efeito, ensina Antonio Roque Citadini (Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, 3. ed.. São Paulo, Max Limonad. 1999, p. 299): “Caso o administrador omita dados, ou informe incorretamente sobre questões à licitação, a audiência poderá ser anulada e o gestor responsabilizado na forma da lei”. A autoridade responsável deverá estar preparada e com todo o material relacionado com o objeto da licitação, para demonstrar o interesse público na obra, serviço ou fornecimento ou qualquer outro que seja o objeto da futura licitação e a sua viabilidade técnica e econômica. Essa autoridade deve apresentar o projeto básico, o orçamento e os estudos de impacto ambiental e de vizinhança. Para essa audiência os interessados deverão estar preparados, devendo, por essa razão, a Administração Pública licitante colocar à sua disposição, em

516

lugar de fácil acesso, todo esse material, inclusive um técnico para lhes prestar as informações e tirar suas dúvidas, durante os dez dias que antecedem sua realização, sob pena de não se atender aos objetivos da lei. Os assuntos apresentados e discutidos não obrigam a Administração Pública licitante, mas a autoridade responsável deve estar com sua atenção voltada para receber críticas e sugestões que, uma vez analisadas, poderão, quando procedentes, melhorar o objeto licitado e o texto do edital, da minuta do contrato e de outros anexos que integrarão o instrumento convocatório.

5. O problema das cooperativas

A participação de sociedades cooperativas nos certames licitatórios

sempre gerou desentendimento tanto na doutrina como na jurisprudência.

Ora elas são admitidas porque dotadas de um regime jurídico especial que

lhes dispensa um tratamento privilegiado, decorrente da determinação constitucional segundo a qual a lei apoiará e estimulará o cooperativismo (art. 174, § 2, da CF). Ademais, sua participação prestigiaria o princípio da competitividade. Ora não são admitidas devido ao tratamento privilegiado que recebem da lei, o que as torna, exatamente por isso, desiguais frente

aos demais participantes. Sua admissão, portanto, afrontaria o princípio da igualdade, sem mencionar que cabe às cooperativas prestar serviços aos cooperados, não a terceiros, como seria a Administração Pública licitante.

A licitação é procedimento que aceita todos os interessados que atendam às exigências estabelecidas no seu instrumento de convocação. Assim, não interessa, de antemão, saber que espécies de entidades vão dela participar (sociedade industrial, comercial, civil, governamental, cooperada), pois todas, atendidas as exigências do instrumento convocatório, serão admitidas no certame licitatório. Logo, se a cooperativa, como outra entidade qualquer, atender a tais exigências não há razão alguma para impedir sua participação na licitação e, uma vez vencedora, não há, menos ainda, motivo algum para que o respectivo contrato não seja com ela celebrado. Em suma: se a cooperativa atender, por inteiro, as exigências do instrumento

de convocatório, será habilitada e se vencedora será contratada; caso contrário será inabilitada e vedada será sua contratação. Observe-se que não cabe à comissão de licitação acomodar ou abrandar, na fase da habilitação, as exigências editalícias em favor da cooperativa sob o apanágio de que o Estado deve apoiar e estimular o cooperativismo, como cabe ao edital estabelecer exigências discriminatórias para prestigiar a cooperativa. Aliás, essa corrente orientação vem fazendo com que as cooperativas se amoldem ao comum das sociedades que pugnam por contratar com a Administração Pública.

517

V — REVOGAÇÃO, INVALIDAÇÃO E DESISTÊNCIA DA LICITAÇÃO

1. Introdução

Ocorrendo motivos de mérito (conveniência e oportunidade) ou verificadas razões de ilegalidade, a entidade licitante deve, respectivamente, revogar ou invalidar a licitação, embora em relação à revogação a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública não parece ser assim tão incisiva. Com efeito, prescreve o art. 49 dessa lei que a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por motivos de interesse público decorrentes de fato

superveniente devidamente comprovado, devendo por ilegalidade invalidá-la. Entendemos que nessas hipóteses não há para a Administração Pública licitante qualquer discricionariedade, ainda que seja usada a palavra “poderá”. Tanto na primeira hipótese — a revogação — como na segunda — a invalidação —, há um dever-poder de extinguir o procedimento licitatório. Com efeito, se a manutenção da licitação afronta o interesse público ou a lei, surge para a Administração Pública o dever-poder de revogar ou invalidar.

A revogação e a invalidação não precisam estar previstas no edital ou carta-convite para serem utilizadas pela pessoa licitante. Basta que a oportunidade ocorra e os motivos estejam presentes para que a entidade licitante possa exercitá-las. O que não se admite é o exercício dessas prerrogativas sem a competente demonstração da causa justificadora, conforme vêm decidindo os nossos pretórios (RDA. 100:149 e 108:328; RT, 509: 140 e 582:42; e MS 89.02.04343-6-RJ, DiU. 9jan. 1992). Previamente à revogação ou à invalidação, deve a autoridade superior comunicar ao vencedor da licitação uma ou outra dessas intenções, para que este, no prazo razoável que lhe for concedido, manifeste, exercendo o contraditório e a ampla defesa. o que for de seu interesse. A prática da revogação e da invalidação sem o atendimento dessas exigências é ilegal. Dessa decisão, cuja publicação é obrigatória, cabe recurso no prazo de cinco dias úteis. contados da intimação ou publicação do ato (art. 109, 1. e). Dito recurso pode ser recebido com efeito suspensivo, consoante estabelece o art. 109, 1, c, combinado com o disposto no § 2, parte final, desse mesmo dispositivo.

2. Revogação

É o desfazimento da licitação acabada por motivos de conveniência e oportunidade (interesse público) supervenientes, consoante dispõe o art. 49

518

do Estatuto federal Licitatório. Só será legítima se o motivo, sobre ser superveniente, for devidamente justificado. Ademais esse motivo deve ser pertinente e suficiente para justificar tal comportamento. O dever-poder de revogar não é deferido ao Judiciário, ao Legislativo ou ao Tribunal de Contas. salvo no concernente às suas próprias licitações. Nesses. a revogação cabe aos servidores competentes dos respectivos órgãos administrativos. Ademais. somente põe fim a procedimento concluído, acabado. Durante o desenvolver do procedimento, nada se revoga, apenas desiste-se. Os efeitos da revogação são ex nunc, isto é, desde agora. Dispõem, portanto, para o futuro. A revogação visa: a) impedir a celebração do contrato; b) liberar os

licitantes da responsabilidade do procedimento; e) investir o vencedor no direito a uma indenização; d) impedir a renovação do procedimento licitatório.

Não há dúvida que a finalidade da revogação é impedir a celebração do contrato, dada a ausência de conveniência do seu objeto (compra de uma motoniveladora que antes da contratação é doada à Administração Pública licitante). Se o objetivo da licitação foi alcançado, ainda que de outro modo, não há como prosseguir com o procedimento. Qualquer medida nesse sentido é ilegal, pois afronta o interesse público. É inquestionável que a revogação libera todos os proponentes, inclusive o vencedor. Não cabe, portanto, afirmar que mesmo ante a revogação do procedimento licitatório o vencedor só se libera com o decurso do prazo de validade da proposta, qualquer que seja, específico ou genérico, esse prazo. Com efeito, a proposta só tem sentido como parte integrante da licitação e se essa não mais existe por força da revogação, aquela também não pode existir. Logo, a liberação é de todos os participantes. O vencedor também se libera das obrigações assumidas com o decurso, sem contratação, do prazo de validade de sua proposta ou quando esta não contiver tal lapso, nos termos do art. 64, § 3.º do Estatuto federal Licitatório, que estabelece como prazo de validade da proposta o prazo genérico de sessenta dias. Tanto o prazo específico da proposta como o genérico são contados da data da entrega das propostas.

O vencedor, tendo em vista que a extinção da licitação se dá, na revogação, por mérito, isto é, conveniência e oportunidade da Administração Pública licitante, é investido no direito de receber uma indenização. Somente o vencedor tem direito à indenização, pois os outros foram eliminados em razão da finalidade da licitação, assumindo, assim, o risco decorrente da natureza competitiva do procedimento. O valor da indenização é igual ao montante das despesas efetivamente realizadas e comprovadas (projeto, desenhos, memoriais, digitação, taxas, cópias, viagens, certidões) que o vencedor realizou para participar da licitação revogada. A indenização, como restou afirmado, cobrirá, tão-só, as despesas havidas com a licitação ou em razão dela.

519

sem abranger, portanto, as vantagens e lucros como se fora efetuado e executado o contrato, já que a este o vencedor da licitação não tem direito. Ao contrário, assiste-lhe o direito de ser plenamente indenizado se a entidade licitante, desconhecendo sua qualidade de vencedor, contratar com qualquer um dos indicados no rol do julgamento ou mesmo com terceiros, estranhos ao procedimento. Se a revogação for arbitrária ou imotivada, cumpre-lhe anulá-la e restaurar seus direitos através de procedimento judicial

ou administrati vo, celebrando o contrato com a Administração Pública ou recebendo dela plena indenização. Somente nessas hipóteses o vencedor pode insurgir-se contra a revogação. Aliás, é notório que o fato de ser vencedor da licitação não lhe dá o direito de impedir a revogação, exceto se arbitrária ou imotivada, pois do contrário seria submeter o interesse público ao privado, obrigando desse modo, a Administração Pública a contratar.

A revogação é ato administrativo vinculado, embora assentada em motivos de conveniência e oportunidade. Vale afirmar: deve ser praticada quando esses motivos restarem configurados. Ademais, exige a competente justificativa, por força do que estabelece o art. 49 do Estatuto federal Licitatório. Por Outro lado, é ato da entidade licitante que só incide sobre a licitação concluída. acabada, só podendo ser praticado por ocasião da homologação ou depois dela, mas sempre antes da contratação e mediante indenização (RDA. 12 7:455). Isso significa que não pode haver revogação de atos ou fases do procedimento, vez que não se estaria revogando a licitação, e se esta é necessária o ato revogado há de ser refeito, A prática do ato de revogação é da autoridade à qual cabe promover a homologação ou de quem lhe seja hierarquicamente superior. Não é ato da comissão de licitação. Na Administração estadual direta e autárquica de São Paulo, esse ato é da competência dos Secretários de Estado (art. 22, IV. do Dec. estadual n. 31.138, de 9-1-1990. regulamentador, em parte, da Lei paulista n. 6.544/89, que trata das licitações e contratos da responsabilidade desse Estado-Membro).

Revogada a revogação da licitação, esta não se restaura, salvo se tal restabelecimento estiver expressamente previsto (art. 22, § 32, da LICC) no ato revogador. Nessas hipóteses, se o proponente vencedor concordar em contratar nos termos de sua proposta, nada há de ilegal. O que não cabe à Administração Pública é impor-lhe a contratação, dado o fato de que sua proposta ainda está formalmente válida. Entendemos, nesses casos, como legítima a recusa do vencedor da licitação em celebrar o contrato e, conseqüentemente, nenhuma pena pode sofrer. Sua recusa. sempre formal, permitirá à Administração Pública licitante consultar os demais proponentes, obedecida a ordem decorrente do julgamento (art. 64, § 22), sobre o desejo ou não de contratar nas condições do vencedor. Se a proposta não estiver

r, a contratação ainda assim será possível se com ela concordar o onente.

A regra é a não-repetição da licitação revogada, pois não atendia ao interesse público, não era mais conveniente ou oportuna. Sendo assim, não mo legitimar seu refazimento, pelo menos em data tão próxima. Essa regra, mas nada impede que em outra oportunidade a Administração fica promova nova licitação, se presente estiver um motivo de interesse comum. É o que ocorre quando se revoga uma licitação que objetiva a sele- da melhor proposta para construção de uma escola de primeiro grau, de no mesmo bairro o Estado pretende construir um prédio para igualdade e determina a abertura da competente licitação. Posteriormente, a-se a licitação, porque o Estado desistiu de sua empreitada.

O Estatuto federal Licitatório prevê que no caso de desfazimento (invalidação) da licitação ficam assegurados o contraditório e a (art. 49, § 32), garantia essa que é dada somente ao vencedor, o com efetivos interesses na permanência desse ato, pois através dele chegar ao contrato. Os demais já foram, por algum motivo, alijados ditame e na oportunidade tomaram as medidas que seus interesses aconavam. Além disso, contra a revogação cabe recurso hierárquico, no prazo cinco dias úteis, contados da intimação ou publicação do ato (art. 1, e, do Estatuto federal Licitatório). Seu efeito é apenas devolutivo, a autoridade competente poderá, se presentes razões de interesse público e motivando sua decisão, recebê-lo com efeito suspensivo, como é fitado pelo § 2 do art. 109 desse mesmo diploma legal.

desfazimento da licitação acabaria por motivo de ilegalidade. Pode alizada pela entidade licitante (RDA, 100:149, 108:328 e 332) e pelo Judiciário. Na primeira hipótese, diz-se simplesmente invalidação; na se- se meramente anulação. Ao Legislativo e ao Tribunal de Contas outorgou igual competência. O fundamento da invalidação da licitação - visto no art. 49 do Estatuto federal Licitatório.

lidação promovida pela entidade licitante pode decorrer de ato comportamento de sua própria iniciativa ou de ato ou comportamento de terceiros. No primeiro caso, diz-se de ofício; no segundo, provocada, de estabelece o art. 49 do Estatuto federal Licitatório. E de ofício sempre que a entidade licitante, revendo seu comportamento, entende-o ilegal e assim o declara. E provocada quando a rescisão decorre da iniciativa de terceiros (pessoa física ou jurídica), que, entendendo ilegal o comportamento da entidade licitante. o denunciam ou contra ele interpõem o

competente recurso, a devida medida administrativa (representação) ou judicial (ação popular. ação civil pública), observado o regime competencial Nas hipóteses em que cabe recurso administrativo, restando comprovada a denúncia ou julgado procedente o recurso, deve a entidade licitante declarar a invalidação do certame. Perante o Judiciário a anulação é sempre provocada, pois não lhe cabe atuar espontânea própria. Julgada procedente a demanda, a sentença deve decretar a anulação da licitação.

Para prevalecer a invalidação da licitação, a autoridade competente deve demonstrar cabalmente a ilegalidade, conforme têm entendido os nossos Tribunais (RT, 231:661 e 350:521). A ilegalidade capaz de levar à invalidação o certame tanto pode estar relacionada com a legislação competente (Constituição. lei, regulamento, regimento. instrução), já que não se atendeu a uma de suas exigências, como com o edital ou carta-convite, pois não se observaram, por exemplo, os critérios de julgamento. Assim, se afrontada a Constituição. a lei ou o instrumento convocatório. tem cabida a invalidação do certame.

A invalidação é ato administrativo vinculado, visto que fundada numa ilegalidade. Exige-se, portanto, a competente demonstração dos motivos que levaram a entidade a pôr fim ao procedimento. A falta dessa motivação pode levar a nulidade à invalidação. Esta é ato da entidade licitante que incide sobre a licitação acabada ou concluída, sem que isso signifique qualquer vedação para a entidade licitante declarar motivadamente a invalidade de qualquer ato ou fase do procedimento licitatório ainda em curso. Nesta hipótese não se está. como na anterior, extinguindo a licitação. Sempre que a invalidação da licitação se impuser. declara-se ela e se determina o seu refazimento. Igualmente. sempre que a invalidação do ato ou fase do procedimento for indispensável, declara-se ela e promove-se a reedição do ato ou a restauração da fase. de modo a se ter um certame isento de vício de ilegalidade. A diferença entre uma e outra dessas hipóteses está no momento do seu pronunciamento (na primeira hipótese. ocorre na homologação:

na segunda. acontece em qualquer fase do procedimento). na autoridade competente para a sua prática (na primeira hipótese. é a autoridade indicada para homologar ou a que lhe seja superior: na segunda, a comissão de licitação) e no próprio objeto da invalidação (na primeira hipótese. invalida-se toda a licitação: na segunda. só o ato ou a fase viciada e os atos e fases subsequentes). A prática do ato de invalidação, como extintivo da licitação. cabe à autoridade a quem toca promover a homologação e a

adjudicação. Na Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo essa competência é do Secretário de Estado (art. 22) ou do dirigente de autarquia (art. 2, parágrafo único), consoante estabelece o Decreto estadual n. 3 1.138/90. regulamento parcial da Lei n. 6.544/90.

522

Os efeitos da invalidação da licitação são ex tunc isto é, desde então. Io afirmar: retroagem para alcançar a ilegalidade no seu nascedouro e todos os atos e fases subsequentes inclusive o contrato se celebra consoante estabelece o § 2 do art. 49 do Estatuto federal Licitatório. A validação visa restaurar a legalidade da licitação. O desfazimento da licitação invalidação ou anulação não investe qualquer licitante no direito a ser indenizado, conforme têm decidido nossos pretórios (RDA. 52:248: 415:187. 428:248 e 750:384).

Essa firme orientação hoje está consigno § 1 do art. 49 do referido Estatuto. Nem mesmo o vencedor tem qualquer direito indenizatório. salvo se nulo o desfazimento, consoante já decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo, a Apelação Civil n. 131.446 (RDA. 104:235). Prevalece, assim, os atos nulos não surtem efeitos válidos. Escapam desse pacífico o entendimento os terceiros de boa-fé, que têm, Assim, seus direitos restados com a manutenção da relação que lhes deu origem ou com a correspondente indenização. Assim também deve ser tratado o vencedor da ação se em nada contribuiu para a ilegalidade, pois se a Administração lica, ao anular a licitação por ele vencida, causa-lhe um prejuízo, deve ele responder nos termos do § 62 do art. 37 da Constituição Federal. O tratado também não sofre qualquer prejuízo pelo que houver executada até a data da decretação da nulidade, se teve seu contrato declarado em razão da invalidação da licitação, ex vi do art. 49, § 12, do Estatuto Licitatório. conquanto não lhe seja imputável o vício. Cremos, não obstante essa previsão legal, que sua indenização, no caso, há de ser maior, obtendo também alcançar outros prejuízos decorrentes da extinção (art. § 6. da CF), o que se infere do parágrafo único do art. 59 da Lei federal. s Licitações e Contratos da Administração Pública. Nesses casos, estabelece o parágrafo único do art. 59 desse diploma legal, a Administração deve promover a responsabilização de quem deu causa à invalidade.

Como já aludimos em outra oportunidade, o Estatuto federal Licitatório prevê que no caso de desfazimento (revogação, invalidação) da licitação ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 49, § 32), Essa garantia é dada somente ao vencedor, já que ele é o único com efetivos interesses na permanência desse ato, pois através dele

pode chegar ao contrato. Os demais já foram, por uma razão ou outra, alijados do certame e na oportunidade tomaram as medidas que seus interesses aconselhavam. Ocorrida a revogação ou a invalidação, contra qualquer desses atos cabe recurso hierárquico, no prazo de cinco dias úteis contados da sua intimação ou

74. Em sentido contrário, veja acórdão do STJ na RT. 682:205.

523

publicação (art. 109, L e). Seu efeito é apenas devolutivo, mas a autoridade competente poderá, se presentes razões de interesse público e motivando sua decisão, recebê-lo com efeitos suspensivos, como é facultado pelo § 2 do art. 109 desse mesmo diploma legal. Este recurso tem cabida mesmo que o vencedor tenha sido intimado dessa intenção da Administração Pública para sobre ela se manifestar nos termos do § 32 do art. 49 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

4. Desistência

A revogação e a invalidação não se confundem com a desistência da licitação. Há desistência quando a entidade licitante, antes do final da licitação, renuncia ao seu prosseguimento. interrompe o seu curso, O motivo da desistência é qualquer um, desde que de interesse público e superveniente. Assim, deve, por exemplo, o Município desistir da licitação em andamento para a aquisição de mil e duzentas caixas de laranja se um benemérito citricultor se propõe a doá-las. Conseguido o objeto da licitação, mesmo que por outros meios, não há sentido lógico, nem jurídico, para o prosseguimento da licitação. Aliás, sua continuidade em tais casos seria ilegal dada a ausência de interesse público.

Na desistência, todos os licitantes apanhados por ela têm direito a uma indenização. Assim é porque a abertura de um procedimento dessa natureza e a conseqüente convocação de interessados para apresentarem propostas para o negócio de seu interesse hão de ser havidas como sérias, como de resto devem ser todos os comportamentos públicos. Ademais, não pode a entidade licitante causar danos a alguém. sob pena de ter de indenizar (art. 37, § 62, da CF), e a desistência, por não ser da natureza da licitação, causa danos aos proponentes.

Desse modo, pode-se dizer que a revogação diferencia-se da desistência pelas seguintes notas: 1) a revogação incide em procedimento acabado:

a desistência incide em procedimento em andamento; 2) na revogação só tem direito à indenização o licitante vencedor do certame; na desistência todos os licitantes que participavam do certame no momento de sua ocorrência têm direito a uma indenização. Com a invalidação, a desistência distingue-se: 1) na invalidação, o motivo é de ilegalidade, enquanto na desistência, é de mérito; 2) na invalidação, ainda que seja no transcorrer do procedimento, refaz-se o certame ou a parte invalidada e a subseqüente, enquanto, na desistência, põe-se fim em definitivo ao procedimento.

A desistência da licitação é ato da autoridade que determinou sua abertura. Não cabe, portanto, à comissão de licitação, que nem sequer deve ser consultada para tanto,

pois não lhe cabe opinar sobre decisões de alta administração. Contra esse ato não pode insurgir-se qualquer dos proponentes.

524

Estes somente têm direito a uma indenização, como vimos, cujo montante não pode ultrapassar o valor das despesas realizadas e comprovadas até esse momento em razão de sua participação no certame. O ato de desistência, como ato administrativo, deve ser devidamente motivado. Contra ele cabem os recursos administrativos e judiciais pertinentes. Se houver motivo para tanto, a desistência pode ser revogada e, se expressamente previsto, nessa revogação pode ser restaurado o procedimento, com o aproveitamento, no que couber, dos atos e fases já realizados. Não obstante a restauração, os proponentes não estão obrigados a prosseguir integrando o certame, ainda que esteja em vigor o prazo das propostas, salvo se concordarem.

VI- CONTROLE DA LICITAÇÃO

Todos os atos, decisões e comportamentos da Administração Pública ou de quem lhe faça as vezes estão inapelavelmente submetidos ao princípio da legalidade. Com os relacionados à licitação, não podia ser de outro modo, pois estão vinculados aos atos reguladores (lei, regulamento, edital, proposta) desse procedimento e passíveis, portanto, dos controles instituídos. Esses controles viabilizam-se pelos recursos administrativos, isto é, os interpostos no âmbito da entidade responsável pelo ato, decisão ou comportamento impugnado, e mediante ações judiciais, ou seja, as impetradas na esfera judicial contra atos, comportamentos e decisões em razão da ilegalidade que encerram, sem prejuízo, por evidente, do controle a cargo do Tribunal de Contas competente. Observe-se que, independentemente da interposição dessas medidas, cabe à entidade licitante revogar e invalidar seus atos sempre que afrontarem o ordenamento jurídico, em obediência ao princípio da autotutela. Esse seu comportamento é o que se chama de autocontrole ou controle interno.

1. Recursos administrativos

Em termos de licitação, recursos administrativos, em sentido lato, são todos os meios jurídicos que instauram o processo de reexame interno de ato, decisão ou comportamento da entidade licitante por motivo de ilegalidade⁷⁵. Têm esse objetivo as petições de recurso, de representação e de

75. Sobre recursos administrativos, veja o Capítulo XIV. que trata do Controle da Administração Pública.

525

pedido de reconsideração instituídas e reguladas no Estatuto pelo Capítulo V, denominado “Dos Recursos Administrativos”

Os recursos administrativos previstos no referido Capítulo V do Estatuto somente podem ser interpostos por quem tem legítimo interesse na licitação, no contrato ou no cadastramento. Legítimo interesse é o que justifica a interposição do recurso. Assim, tem legítimo interesse para recorrer o licitante que foi inabilitado pela comissão de licitação ou o que se insurge contra a habilitação de um de seus concorrentes. O mesmo se pode dizer do contratado que foi sancionado com a pena de multa e do interessado que teve seu pedido de inscrição no cadastro geral indeferido pela competente comissão de cadastramento. Em princípio, pois, só os envolvidos, direta ou indiretamente, na licitação, no contrato ou no registro cadastral podem recorrer. Vale dizer: os absolutamente externos a esses procedimentos não podem recorrer, embora se lhes reconheça alguma prerrogativa semelhante (arts. 42, 79, § 82, 15, § 62. 41, § 12) para fiscalizar ditos comportamentos da Administração Pública.

Qualquer desses recursos, quando providos, isto é, julgados procedentes, retroagem, nos seus efeitos, à data do ato, decisão ou comportamento recorrido, destruindo daí para a frente todo o processado, de modo a propiciar sua recomposição nos termos da lei. Se essa recomposição não for mais possível, o direito do recorrente deve ser resolvido por perdas e danos. Se o recurso não for provido, em tese, não cabe, no âmbito interno da entidade licitante, outra medida. Só perante o Judiciário, se não prescrito o direito, o ato, a decisão ou o comportamento ilegal, pode ser novamente combatido.

Os recursos devem ser interpostos nos prazos fixados, sob pena de decadência. Decadência é a circunstância que impede alguém de promover o que entende ser de seu direito por não ter agido no tempo oportuno. Assim, se o prazo é de cinco dias úteis para o licitante interpor recurso hierárquico contra a sua inabilitação e não o impetra nesse prazo, diz-se que decaiu desse direito. Não se lhe permite novamente essa medida. A ele, se ainda não prescrito o direito, somente lhe restam as vias judiciais. Esses prazos são contados de certo fato, ato ou evento. Dessa forma, para a interposição do pedido de reconsideração, previsto no inciso III do art. 109 do Estatuto federal Licitatório, o prazo de dez dias é contado da intimação do ato impugnado. Essa contagem obedece à regra instituída no art. 110 desse diploma legal: exclui-se o dia de início e inclui-se o do vencimento se dia de expediente no órgão ou entidade licitante. Esses dias, salvo expressa indicação, são consecutivos, corridos.

1.1. Recurso hierárquico

Numa interpretação conjugada do inciso I e do § 49 do art. 109 do Estatuto federal Licitatório resulta que o mecanismo de reexame de ato, decisão ou comportamento da entidade licitante, denominado simplesmente recurso pelo inciso I desse artigo, é, na verdade, o recurso hierárquico ou recurso administrativo em sentido estrito. Aliás, esse entendimento encontra respaldo no inciso II desse artigo, que prevê o recurso de representação. Se isso não bastasse diga-se que o uso da palavra recurso, sem qualquer qualificativo, significa recurso hierárquico, conforme ensinam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (Processo administrativo, cit., p. 176). Recurso hierárquico é o meio adequado para o superior rever o ato, decisão ou comportamento de seu subordinado, especialmente da comissão de licitação, quando devidamente interposto. Cabe dito recurso, conforme indicado no inciso I do art. 109 do Estatuto federal Licitatório, nos casos de: habilitação ou inhabilitação do licitante; julgamento das propostas: anulação ou revogação da licitação; indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; rescisão do contrato a que se refere o inciso I do art. 79 desse diploma legal; aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa. Deve ser impetrado no prazo de cinco dias úteis, contados da intimação do ato ou da lavratura da ata (art. 109. 1). Esse prazo é contado da intimação, para os ausentes, e da ata, para os presentes às sessões públicas (habilitação, julgamento) realizadas pela comissão de licitação. A inobservância desse prazo impede a interposição do recurso. O interessado decai desse direito, restando-lhe, se ainda não prescrito, o recurso às vias judiciais. A intimação do ausente é feita mediante publicação na imprensa oficial.

Sua interposição é formalizada por petição em que o recorrente expõe os fatos, indica o direito que entende ter sido violado e requer a providência que considera deva ser tomada para restaurá-lo. Sempre que necessário, o recorrente deve comprovar o alegado mediante a juntada dos documentos adequados e pertinentes. A petição deve ser dirigida à autoridade superior, conforme é da essência desse recurso e determina o § 49 do art. 109 do Estatuto federal Licitatório. Seu encaminhamento é promovido pela autoridade ou comissão que praticou o ato, proferiu a decisão ou teve seu comportamento recorrido.

O recurso recebido, no caso de licitação, será comunicado pela própria comissão de licitação aos demais licitantes, que nessa oportunidade integram o certame. Estes poderão impugná-lo no prazo de cinco dias úteis, alegando o que for de seu interesse (art. 109, § 39). Esse prazo é contado da data do recebimento da comunicação, que pode ser instruída com cópia do

527

recurso e dos documentos anexos e, se assim não for, deve indicar onde o processo correspondente pode ser examinado. Tal comunicação, efetivada por qualquer sistema escrito (correspondência, fax, telex) de comunicação, deve restar competentemente comprovada, isto é, no processo de recurso deve estar devidamente documentada ou certificada a sua entrega ou remessa. A impugnação deve ser escrita, em forma de petição, e protocolada dentro do mencionado prazo de cinco dias úteis, na entidade comunicante e responsável pelo ato, decisão ou comportamento recorrido.

Transcorrido esse prazo, dita autoridade, autora da medida recorrida tem cinco dias úteis para reconsiderar seu ato, decisão ou comportamento ou fazer subir o recurso, devidamente informado, à autoridade superior, competente para conhecê-lo e dar-lhe ou não o devido provimento. Se essa autoridade reconsiderar seu ato, decisão ou comportamento, dessa medida deve ser informada a recorrente e, após, arquivado o processo. Contra essa reconsideração não cabe qualquer recurso, já que todos puderam manifestar seus interesses no respectivo processo. Caso o recurso suba, a autoridade competente deverá decidi-lo no prazo de cinco dias úteis, contados do recebimento do processo, não do recurso, como está indicado no § 42 do art. 109 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A falta de decisão nesse prazo pode levar à responsabilização dessa autoridade, mas não deve ser entendida como concordância da entidade licitante com o recurso.

A contagem desses prazos, nos termos do art. 110 do Estatuto federal Licitatório, é feita excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do término, se um e outro desses dias forem úteis, ou seja, de expediente, no órgão ou entidade licitante. Assim, se o dia de início é o dia 10 (segunda-feira), o prazo de cinco dias conta-se do dia 11 (terça-feira), se nesse dia houver expediente na entidade licitante. O término desse prazo ocorrerá no dia 17 (segunda-feira), se este dia for útil. Nesse exemplo não foram

considerados os dias 15 (sábado) e 16 (domingo), porque não são havidos como úteis, já que nesses dias não há expediente.

O recurso em apreço, quando interposto contra o ato de habilitação ou inabilitação ou contra o julgamento, consoante prescreve o § 22 do art. 109 do Estatuto federal Licitatório, tem efeito suspensivo. Efeito suspensivo, e a qualidade dada pela lei ao recurso que suspende até a sua solução final o procedimento em curso ou que impede o seu início quando atacado por essa medida. Os demais recursos (representação e pedido de reconsideração) não têm essa qualidade; possuem, apenas, o efeito devolutivo, que é a regra. Todo e qualquer recurso tem efeito devolutivo, mas só os indicados em lei têm o efeito suspensivo. Assim, na falta de esclarecimento legal, o efeito do recurso é devolutivo, nunca suspensivo. Efeito devolutivo é a qualidade

528

natural do recurso que permite, à autoridade competente para conhecê-lo, o poder de rever todo o processado e decidir segundo o seu entendimento.

Embora o efeito suspensivo deva ser uma decorrência expressa da lei, no que concerne à sua incidência, o § 22 do art. 109 do Estatuto federal Licitatório faculta à autoridade competente receber, desde que o faça motivadamente e em face de razão de interesse público, com efeito suspensivo, os recursos interpostos nos demais casos do inciso I desse artigo. Ainda nos parece que os demais recursos (representação, pedido de reconsideração) podem ser recebidos com efeito suspensivo, desde que o recebimento se faça motivadamente e à vista de um interesse público, dada a genérica faculdade outorgada pelo mencionado parágrafo do art. 109 desse diploma legal.

Provido o recurso, seus efeitos retroagem à data do ato, decisão ou comportamento impugnado.

1.2. Representação

O inciso II do art. 109 do Estatuto federal Licitatório prevê o segundo dos recursos administrativos utilizáveis na aplicação dessa lei, e o denominou representação. É a petição dirigida à autoridade superior pleiteando a modificação do ato da autoridade inferior. A representação somente cabe nos casos de decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato de que não caiba recurso hierárquico. Assim, por exemplo, cabe esse recurso contra a decisão que muda o objeto da licitação ou do contrato ou transforma uma licitação por itens em global. No que concerne à interposição, ao

recorrente, à autoridade a quem deve ser endereçado, ao encaminhamento, à comunicação aos demais interessados, aos prazos pertinentes e à respectiva contagem, vale, *mutatis mutandis*, o que expusemos em relação ao recurso hierárquico. Observa-se, no que couber, para o processamento do recurso de representação o mesmo iter do recurso hierárquico, ante a inexistência de procedimento que lhe seja específico. Seu efeito é tão-só o devolutivo, mas pode ser recebido com efeito suspensivo se tal recebimento for devidamente motivado e existir interesse público.

O recurso de representação não se confunde com a medida, de mesmo nome, indicada no § 1 do art. 113 do Estatuto federal Licitatório, que faculta a qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica, denunciar ao Tribunal de Contas da União⁷⁶ contra irregularidades na aplicação

76. Essa faculdade também pode ser exercida perante as demais Cortes de Contas. quando as irregularidades estiverem relacionadas com a aplicação de lei estadual ou municipal, guardada. por certo, a competência de cada uma.

dessa lei. no que respeita ao controle das despesas decorrentes de contratos e outros instrumentos por ela regulados. Atente-se que, nesse mesmo sentido e com maior amplitude. o § 2 do art. 74 da Constituição Federal prevê essa faculdade, a ser exercitada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato na forma da lei. A representação mencionada no inciso II do art. 109 da Lei federal n. 8.666/93 é recurso, enquanto a referida no § 12 do art. 113 dessa mesma lei é mera denúncia. tal qual está consignado no § 2 do art. 74 da Lei Maior. Mediante aquela quer-se uma revisão do ato, decisão ou comportamento da autoridade recorrida, ao passo que, por esta, deseja-se a legalidade e moralidade dos atos, decisões e comportamentos denunciados e, evidentemente, a nulidade da medida irregular, ilegal ou imoral e a punição dos responsáveis, observado, sempre, o interesse público. Não se está pela denúncia, pelo menos em tese, buscando a revisão de qualquer dos atos, decisões ou comportamentos denunciados com o fito de atender aos interesses do denunciante, uma vez que esse não é o objetivo de tal faculdade, nem o Tribunal de Contas da União tem poderes para tanto.

Por fim, diga que o recurso de representação que vimos analisando, previsto no inciso II do art. 109 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, não se confunde com o direito de petição (art. 52, XXXIV. da CF)⁷⁷.

1.3. Pedido de reconsideração

O inciso III do art. 109 do Estatuto federal Licitatório permite ao interessado a interposição do denominado pedido de reconsideração, recurso contra ato de Ministro de Estado que o tenha declarado inidôneo para licitar ou contratar com a Administração Federal. Pode ser definido como o recurso dirigido pelo interessado ao Ministro de Estado, prolator de decisão que o considerou inidôneo para licitar ou contratar com a Administração Federal, visando sua modificação. Não obstante seja dirigido ao próprio autor do ato, não se trata de simples súplica, como é da essência desse instituto. E verdadeiro recurso. O dispositivo em apreço faz referência ao § 42 do art. 87, que não existe. Ademais a matéria diz respeito ao § 32 desse artigo e assim deve ser entendida errônea a menção ao § 42 Na esfera administrativa do Judiciário ou do Legislativo, por certo. a sanção de imdoneidade deve ser aplicada pela mais alta autoridade desses

poderes (Presidente do Tribunal, do Senado, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa

77. Sobre o direito de petição. veja subitem 4.1. do n. 4 do item II do Capítulo XIV.

530

e da Câmara do Distrito Federal e de Vereadores); nunca pelo Ministro de Estado, Secretário estadual ou municipal como parece sugerir o § 32 do art. 87 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Por conseguinte, o pedido de reconsideração, quando cabível, não deve ser dirigido a qualquer autoridade estranha a tais Poderes (Ministro, Secretário de Estado, Secretário Municipal) sob pena de quebra do princípio da harmonia e independência dos Poderes, mas à autoridade autora dessa sanção e por ela julgado. Mudado o que deve ser mudado, os mesmos princípios são aplicáveis aos Tribunais de Contas. Só pode ser interposto por quem sofreu a sanção. O prazo de interposição é de dez dias úteis, contados da intimação do ato. Não tem efeito suspensivo, salvo se assim for recebido. Sua interposição é formalizada por petição em que o recorrente expõe os fatos, indica o direito que entende ter sido violado e requer a revisão do ato. decisão ou comportamento impugnado. Cremos inconstitucional a parte do dispositivo em apreço que atribui a secretários a decisão desse recurso no âmbito dos demais entes federados (Estado, Distrito Federal, Município) por ser matéria de direito administrativo. Atribuir competências dessa natureza a agentes de tais entidades não é certamente da alçada da União, pois se reconhece a essas entidades plena autonomia para dispor sobre o regime de seus servidores, onde se inclui o rol de competência de cada um. A regra só obriga a Administração Pública federal direta e indireta.

2. Ações judiciais

O controle dos atos, decisões e comportamentos da entidade licitante, embora não o diga o Estatuto federal Licitatório, nem era necessário, também pode ser promovido na esfera judicial. Esse controle é somente de legalidade. Por ele o Judiciário, sempre mediante provocação, verifica a conformidade do ato, decisão ou comportamento da entidade licitante com a legislação pertinente, o ato convocatório e a proposta. mantendo-o se conforme, ou desfazendo-o se contrário.

As principais ações judiciais à disposição dos licitantes ou de terceiros para a viabilização desse controle são a ação de procedimento ordinário, notadamente a de anulação, cumulada ou não com pedido de indenização, o mandado de segurança e a

ação popular. Sobre estas duas últimas medidas, veja o que dissemos no Capítulo XIV. item IV, n. 6.1 e 6.2, respectivamente. A ação de procedimento ordinário é ajuizada pelo interessado, como é o licitante, para a obtenção de qualquer fim, cujo rito, disciplinado no art. 282 do Código de Processo Civil, desenvolve-se pelas fases postulatória, saneadora, instrutória e decisória. Interessado,

531

em termos de licitação, é o que demonstrou interesse no procedimento licitatório (adquiriu o edital e entregou os envelopes de documentação e proposta) ou o que, depois disso, foi alijado do procedimento. Seu pedido pode ser único, como o de anulação, ou cumulado a outro, como o de anulação e indenização. A prova dos fatos e do direito alegado é a mais ampla possível.

Não há necessidade do esgotamento dos recursos administrativos para a interposição da ação judicial. Esta pode ser impetrada sem que aqueles tenham sido interpostos, e, se interpostos, sem que tenham sido decididos, salvo se portadores de efeitos suspensivos. Assim, o que se veda é a interposição de ação judicial quando pendente recurso administrativo com efeito suspensivo. Se o recurso administrativo não tiver esse efeito, a ação judicial pode ser oferecida, mesmo que a medida administrativa ainda não esteja julgada. Por fim, diga-se que a decisão na esfera administrativa não impede o recurso às vias judiciais quando a decisão administrativa não atendeu, segundo seu entendimento, aos desejos do interessado.

3. Controle pelo Tribunal de Contas

Mutatis mutandis, ao controle do procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas aplica-se o que dissemos ao versar essa atividade desempenhada por essa Corte em relação ao contrato administrativo. Desse modo, remetemos o leitor ao item VI do Capítulo X. Especificamente, cabe ao Tribunal de Contas competente, por proposta de seu Ministro (TCU) OU Conselheiro (TCE ou TCM), solicitar cópia dos editais de licitação e outros documentos dos órgãos ou entidades sob sua jurisdição, que terão o prazo de lei ou o que lhe for fixado, contado do recebimento do ofício dessa Corte, para dar atendimento ao quanto solicitado, sob pena de responsabilização.

Os documentos recebidos serão autuados e protocolados, distribuindo-se o feito ao Relator. Este, se entender necessário, determinará a oitiva da assessoria jurídica sobre a legalidade e regularidade dos atos da licitação, no prazo legal ou no que lhe for determinado. Após as manifestações da Procuradoria da Fazenda e de outros órgãos da Corte de Contas, quando pertinente, caberá ao Relator levá-lo à apreciação do Plenário

desse Tribunal. A decisão tomada será comunicada ao órgão ou entidade licitante. Em sendo necessário, a Corte de Contas poderá convocar o responsável pela licitação para prestar esclarecimentos.

532

CAPÍTULO X

CONTRATO ADMINISTRATIVO

1— ASPECTOS GERAIS

1. Características e conceito

As relações jurídicas ajustadas pela Administração Pública decorrem, essencialmente, de atos unilaterais e de atos plurilaterais. Os primeiros são, quase sempre, atos administrativos, a exemplo da permissão de uso de bem público. Os segundos são contratos. Entre estes, a doutrina distingue os regidos pelo Direito Privado e os regulados pelo Direito Administrativo'. São os chamados contratos da Administração Pública (RDP, 91:19 e 92:131). Carlos Ari Sundfeld não faz essa distinção e considera todos os contratos da Administração Pública comZ administrativos2.

Os orientados pelo Direito Privado, ou seja, os regulados substancial- mente pelo Direito Civil, são chamados de contratos privados, e dessa espécie de ajuste são, por exemplo, os contratos de seguro e de locação, embora a legalidade desses ajustes e as respectivas formalidades dependam da verificação de exigências prévias (empenho, licitação) e posteriores (registros internos, publicação) reguladas pelo Direito Administrativo. Tais exigências não chegam a descaracterizar o regime e a natureza dessas avenças. Exigências desse naipe são encontradas, por exemplo, no art. 17, 1. da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Essa lei exige

1 Existem também os contratos de Direito do Trabalho, conforme ensina Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo. cit., p. 215).

2. Licitação e contrato administrativo, São Paulo, Malheiros. 1994, p. 199.

533

nessa oportunidade, para a alienação de bem público imóvel, autorização legislativa, avaliação e concorrência.

As avenças disciplinadas pelo Direito Administrativo são denominadas contratos administrativos e desses são exemplos os regulados pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. São contratos administrativos porque são assim denominados e regulados por esse diploma legal e porque se valem de cláusulas

exorbitantes, requisitos caracterizadores desses ajustes. consoante a melhor doutrina. Também são contratos administrativos os que têm por objeto o uso de bem público ou a prestação de serviço público. Esses, para nós, sem participarmos da discussão sobre a sua existência como espécie de contrato da Administração Pública, mas nos alinhando ao lado dos que a afirmam e tendo em vista nosso ordenamento jurídico. são os acordos que consideramos administrativos. Atente-se que devem ser celebrados com particulares, conforme indicado pelo Estatuto federal Licitatório no parágrafo único do seu art. 2. que tanto podem ser pessoa física como jurídica. Com essa restrição retiramos da espécie contratos administrativos os ajustes que vinculam um Município e a União, um Estado e o Distrito Federal, dois Estados ou dois Municípios, dada a impossibilidade de qualquer dos contratantes instabilizar o vínculo. Se assim não fosse. certamente haveria quebra da Federação (RDP, 26:152), quando pelo inadimplemento contratual o contratante viesse a intervir na execução do contrato.

Os contratos administrativos observam um regime jurídico próprio, estatuído pelo Direito Administrativo e indicado em cláusulas exorbitantes. Dito regime é marcado. na sua essência, pela possibilidade que tem a Administração Pública contratante. em razão do interesse público, de, em relação ao ajuste celebrado, modificar a execução a cargo do contratado, de rescindir o ajuste antes do termo fixado. de aplicar sanções e de intervir provisionamente na execução do ajuste nos casos em que seu objeto é a prestação de serviços essenciais. Essas características, mas não só essas, estão previstas no diversos incisos e parágrafos do art. 58 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Ocorre a instabilização do vínculo na medida em que a Administração Pública extingue a relação jurídica antes do seu término ou altera as condições da execução do contrato a cargo do contratante particular. Assim, durante a vigência do ajuste. a Administração Pública, unilateralmente, determina a ampliação do itinerário de certa linha de ônibus ou obriga o contratado a adaptar seus veículos para o transporte de deficientes físicos, sem que tais poderes decorram de cláusula contratual. Não se trata, pois, de exigir do contratado o cumprimento de disposição constante do contrato.

534

De outro lado, observe-se que esse poder não vai ao ponto de alterar o objeto do contrato ou as condições financeiras do ajuste, portanto, a pretexto de exercer o direito de instabilizar o vínculo, não pode a Administração Pública exigir, por exemplo, que o serviço de transporte de passageiros seja feito por meio de ônibus a gás, quando o

contrato previa ônibus comuns. movidos a diesel, ou decidir que os pagamentos sejam feitos em títulos da dívida pública, quando o proposto era pagamento em dinheiro. Se dessa maneira proceder a Administração Pública, pode o contratado considerar rescindido o ajuste e pleitear que o Judiciário assim o declare.

O poder de instabilizar pode decorrer de regras do ordenamento jurídico ou de cláusulas contratuais, ou, mesmo, do próprio objeto do contrato. O Estatuto federal Licitatório indica esse privilégio nos incisos I e II do art. 58, enquanto muitos contratos o explicitam e regulam seu exercício. Por fim, o poder de instabilizar o vínculo pode estar centrado no fato de que o objeto do contrato (serviço, bem público) deve ser prestigiado, dado que sobre ele, no que concerne à prestação. se for serviço público, ou ao uso, se for bem público, nenhum direito tem o contratante particular.

O respeito aos direitos patrimoniais do contratado consubstancia-se na rigorosa observância da equação econômico-financeira do ajuste. Esta, como se verá mais adiante, é a relação de igualdade entre o encargo do contratado e a correspondente remuneração a que faz jus ($E=R$), fixada no início e para perdurar durante toda a vigência do contrato. Essa relação encargo remuneração é inatingível validamente por ato da Administração Pública e, como tal, deve ser mantida durante toda a vigência do vínculo. Nem por lei pode ser violada, pois constitui direito adquirido do contratado. Desse modo, qualquer alteração que onere ou desagrave a prestação sob a responsabilidade do contratado, feita pela Administração Pública, deve ser levada em conta para o imediato restabelecimento da referida igualdade econômico-financeira.

Essas, com os respectivos conteúdos, as características substanciais do contrato administrativo. Desse modo, resta claro que não são características o interesse público e a presença da Administração Pública na relação contratual. Assim é, visto que o interesse público existe em todos os comportamentos da Administração Pública, inclusive nos contratos regidos pelo Direito Privado, e a sua participação também acontece nessa espécie de ajuste. Destarte, pode-se assegurar que esses elementos nada caracterizam, como nada caracteriza o objeto (obra, serviço, fornecimento) do contrato administrativo, pois materialmente igual ao do contrato de Direito Privado. De fato, que diferenças existem entre a obra (escola) pública e a obra (escola) particular? Entre os serviços de limpeza de um edifício público e os de limpeza de um edifício particular há alguma diferença? Nenhuma.

535

Ademais, são ajustes plurilaterais (mais de uma parte), formais (escritos),

2. Objeto

consensuais (acordados pelas partes). onerosos (remunerados) e comutativos (compensações para as partes), celebrados *intuitu personae* (execução sob a responsabilidade das partes). A execução *intuitu personae*, observe-se, não significa, em tese, prestação pela própria parte, mas tão-só sob sua responsabilidade. Quando o contrato exige a execução pela própria parte, diz-se contrato de execução personalíssima (pintura contratada com um artista plástico de renome). Nesses casos não cabe cessão ou transferência dos direitos do contratado, nem subcontratação. A impossibilidade da execução personalíssima resolve-se por perdas e danos, como assim são resolvidas todas as obrigações de fazer em razão do inadimplemento do obrigado ao seu cumprimento (art. 880 do CC).

Em face disso tudo, o contrato administrativo pode ser conceituado como o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular. Dessas avenças são exemplos os contratos de concessão de serviço público, de concessão de uso de bem público e de fornecimento de bens quando numa das extremidades da relação jurídica figura, como contratado, um particular, pessoa física ou jurídica. O ajuste, nesses casos, está submetido ao regime dado pelo Direito Administrativo, já sumariado por nós e substancialmente estabelecido na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

O conceito, por conseguinte, não abriga as convenções celebradas pela Administração Pública sob a égide do Direito Privado (RDA, 137:169), nem as que possam ser estabelecidas entre duas ou mais pessoas de Direito Público². As primeiras porque caracterizadas pela consensualidade na formação do vínculo e pela estabilidade de suas cláusulas (fazem lei entre as partes e não podem ser alteradas unilateralmente por qualquer dos contratantes). As segundas porque não se pode reconhecer a um dos contratantes qualquer supremacia. Os interesses das duas partes são do mesmo peso e natureza, ou seja, são públicos. Nesses ajustes não se tem como atribuir a uma das partes o poder para instabilizar ou extinguir o vínculo.

2-A. No mesmo sentido confira Fernando Antônio Dusi Rocha, *Regime jurídico dos contratos administrativos*, 2. ed., Brasília. Brasília Jurídica. 2000.

Prescreve o art. 38, caput, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que o procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo, entre outras indicações, a descrição sucinta de seu objeto. O objeto da licitação será o objeto do contrato, seu conseqüente lógico. Objeto do contrato é a obra, o bem, o serviço ou o fornecimento desejado pela Administração Pública e sobre o qual as partes contratantes fixam os respectivos direitos e obrigações. Deve ser possível, lícito e suscetível de apreciação econômica. Possível é o objeto de execução materialmente viável e que não esteja condenado pelo Direito; caso contrário tem-se um objeto impossível. No primeiro caso tem-se uma impossibilidade física; no segundo, uma inviabilidade legal. Assim, é materialmente inviável, como objeto contratual, a instalação de antena transmissora de sinais de TV em Marte. E, em tese, legalmente impossível, como objeto contratual, a venda de bem imóvel de uso comum do povo. O objeto do contrato há de ser lícito, ou seja, há de conformar-se com a moralidade administrativa, a ordem pública e os bons costumes. A concessão de uso de bem público para o plantio de maconha não terá, pelo menos em princípio, esses atributos. Esse objeto não será lícito.

As cláusulas do contrato devem estabelecer o objeto e seus elementos característicos, prescreve o inciso I do art. 55 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Conhecido o objeto, diga-se que os seus elementos característicos são os traços que o identificam com precisão e impedem que seja confundido com outro semelhante. Por isso que essa lei só permite a licitação de obras e serviços e, por conseguinte a posterior contratação, quando houver um projeto básico que atenda o conceito dado pelo inciso IX do seu art. 62. Assim também será nos casos de compras, pois esse diploma legal estabelece que nada será comprado sem a adequada caracterização de seu objeto (art. 14).

3. As partes contratantes

Nos contratos administrativos são partes, de um lado, a Administração Pública, chamada, nos termos do art. 6, XIV, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, de contratante, e, de outro, o particular, denominado, conforme indicado no inciso XV do mesmo dispositivo desse diploma legal, contratado. A Administração Pública, como contratante, tanto pode ser uma das entidades da Administração direta (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município), como uma de suas autarquias ou qualquer uma de suas entidades governamentais (sociedade de economia mista, empresa

pública, fundações), desde que prestadoras de serviço público. O particular, como contratado, pode ser pessoa física ou jurídica, e esta de natureza mercantil, industrial ou de prestação de serviço. Deve-se, pois, estar atento para não celebrar esse ajuste com órgãos públicos (Secretaria da Indústria e Comércio, Departamento de Obras), como temos visto, pois não são pessoas. Também não se deve, embora muito comum, mas errado, celebrar contrato com a Prefeitura, que é apenas a sede do Executivo municipal. O contrato, portanto, deve ser firmado como Município, que é pessoa jurídica de Direito Público interno (art. 41, III, do CC).

As partes precisam estar, para celebrar o contrato, devidamente representadas. A representação cabe a quem a lei atribui tal competência. Em se tratando da Administração Pública, a representação, por exemplo, da União ou do Município é do respectivo Chefe do Executivo. Cuidando-se de empresa governamental, a representação é de alguém de sua direção (diretor, superintendente), consoante dispuserem seus atos constitutivos. Essas competências podem ser delegadas. Quando se tratar de empresa privada, a atribuição é do sócio ou diretor designado no contrato social ou de quem for especialmente indicado para tanto. Ademais, tais representantes precisam estar, muitas vezes, autorizados por lei ou pelo órgão de deliberação da empresa privada (conselho deliberativo, assembléia geral). Qualquer irregularidade nesse particular pode levar à invalidação do contrato,

4. Competência legislativa

Quem pode legislar sobre contrato administrativo, isto é, quem pode fazer leis sobre essa matéria? A União, os Estados-Membros, os Municípios e o Distrito Federal ou, em suma, cada uma das pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade política pode, vez que o contrato administrativo é instituto do Direito Administrativo, e legislar sobre esse ramo do Direito Público cabe a cada uma dessas pessoas. A exigência de que tenham capacidade política é necessária, sob pena de se incluírem as autarquias, que só têm capacidade administrativa, entre os entes que podem legislar sobre esse tema. Chama-se de capacidade política a competência que a entidade tem para produzir, mediante lei, direito novo. No exercício dessa competência, ditas pessoas políticas atuam com ampla liberdade, embora devam observar as normas gerais sobre essa matéria editadas pela União, como prescreve o inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal. Assim, observadas as normas gerais, a competência legislativa é

de cada uma das mencionadas pessoas. Por essa razão, não estão as entidades menores (Estado-Membro, Município e Distrito Federal) obrigadas a atender a regras

538

editadas pela União que não sejam gerais. Sobre normas gerais, veja-se o que dissemos no Capítulo IX, item 1, n. 6.

A União já cuidou dessa matéria no Estatuto federal Licitatório — Lei federal n. 8.666/93 —, hoje vigente com as modificações, substanciais, introduzidas pelas Leis, também federais, n. 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/ 99. Esse Estatuto traz normas gerais de observação obrigatória por todos os entes federados e regras particulares de obediência obrigatória somente para a União. O mesmo vem ocorrendo com os Estados-Membros, a exemplo de São Paulo e de Minas Gerais, que disciplinaram os contratos administrativos nas Leis n. 6.544/89 e 9.944/87, respectivamente. e com os Municípios, a exemplo de São Paulo, que regulou essa matéria na Lei n. 10.544/88. Essas leis ainda estão em vigor em tudo o que não afrontarem as normas gerais do referido Estatuto. Alguns Estados, como Paraná e Espírito Santo, e o Distrito Federal regularam a licitação e o contrato administrativo por decreto, parecendo-nos inconstitucional esse procedimento.

5. Interpretação

Muitas vezes as cláusulas do contrato administrativo não são claras, em razão de suas expressões ou termos não serem precisos. Por esse motivo surge, de um lado, a dúvida quanto ao seu alcance e, de outro, a necessidade de sua interpretação, para precisar-lhe o conteúdo e, por conseguinte, os direitos e obrigações das partes. Assim, interpretar o contrato administrativo é buscar o verdadeiro sentido de suas cláusulas.

Apesar disso, é natural que não se possam interpretar todos os contratos administrativos do mesmo modo, usando iguais critérios. Destarte, devem-se separar os contratos de colaboração dos de atribuição. Os primeiros são os ajustes em que o particular se compromete a executar alguma coisa para a Administração Pública, enquanto os segundos são os que investem o particular num dado direito ou privilégio. Dos primeiros são exemplos os contratos de serviço e de obra pública; dos segundos são exemplos os contratos de concessão de uso de bem público.

Assim deve ser porque se privilegiará, na interpretação, a Administração Pública, visto que se quer o serviço público, nos contratos de colaboração, e o particular, em razão do interesse privado, nos contratos de atribuição. Logo, nos contratos de colaboração, a interpretação deve ser em favor da Administração Pública, já que as

convenções são celebradas em prol do interesse público. Nos contratos de atribuição, a exegese deve favorecer o particular, em face do fato de que os acordos são concertados preponderantemente em favor do interesse privado.

539

Na dúvida, porém, a interpretação do privilégio deve ser restrita. Ademais, na exegese do ajuste, não obstante de natureza administrativa deve-se ter em mente que o vínculo celebrado faz, tal qual nos contratos privados, lei entre as partes. A interpretação, por conseguinte, deve respeitar o essencial, não podendo alterar, por exemplo, o objeto do contrato, tanto quanto não pode desnaturar o que pretenderam as partes.

A par disso, deve-se afirmar que a interpretação há de concentrar-se no texto do contrato e nos documentos que o integram (lei, edital, cadernos de encargos, projetos) e, se de tudo não surtir a correta exegese, deve o intérprete lançar mão de elementos encontráveis fora do contrato, que lhe sejam pertinentes ou que lhe serviram de antecedentes.

6. Pré e pós-requisitos

A celebração do contrato, em um bom número de vezes, deve, sob pena de ilegalidade do ajuste, ser precedida de certos atos ou medidas da responsabilidade da Administração Pública. Assim ocorre com o contrato de concessão de serviço público, que exige para sua formalização licitação e autorização legislativa, ainda que a Lei federal n. 8.987/95, que instituiu seu regime jurídico, não faça esta última exigência, que decorre do art. 2 da Lei. também federal, n. 9.074/95. O mesmo deve ser dito do contrato de concessão de uso de bem público, mas acrescentando-se às mencionadas exigências, quando se tratar de bem de uso comum do povo, a desafetação. Para o contrato de obra ou serviço, a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública exige, como requisito prévio para sua celebração, previsão orçamentária, para a satisfação das despesas correspondentes. Por fim, em todos os contratos que levam a uma despesa é obrigatório o empenho prévio, conforme prescreve o art. 60 da Lei federal n. 4.320/64. que estabelece normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços públicos, salvo se a contratante escapar do regime de empenhamento prévio da despesa, como ocorre com algumas entidades governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública). Em ditos casos, faz-se em lugar do empenho a reserva do recurso no próprio processo administrativo. A avaliação e o exame e aprovação da minuta pela assessoria jurídica

são outros tantos pré-requisitos do contrato. Tratando-se de contrato celebrado diretamente, ou seja, sem licitação, devem, ainda, ser observadas as exigências do art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Se o contrato decorrer de licitação, essa exigência já foi cumprida no processo da licitação, bastando, se muito tempo se passou, confirmar ou re/ratificar as informações aí prestadas.

540

Uma vez celebrado o acordo, o instrumento há de ser registrado no órgão competente do próprio Poder Público contratante ou externo a ele. Em regra, o registro do instrumento contratual é feito na repartição pública interessada. consoante estabelece a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública (art. 60). Outra exigência, pós-celebração, é a publicação, em resumo, do contrato. Essa publicação é necessária para atender ao princípio da publicidade e, sobretudo, para dar eficácia ao ajuste, conforme prescreve o parágrafo único do art. 61 dessa lei. Destarte, deve ser publicado todo e qualquer contrato, seja qual for seu valor ou o instrumento utilizado (termo de contrato, nota de empenho de despesa, carta-contrato, autorização de compra, ordem de execução de serviço)³, ainda que sem ônus para a Administração Pública. Tal regra só é excepcionada nos casos de dispensabilidade e inexigibilidade de licitação, consoante o disposto no parágrafo único do art. 61. A publicação deverá ser providenciada pela Administração Pública contratante até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias contados dessa data. Assim, um contrato assinado no dia 5 de abril de 1999 terá providenciada sua publicação até o dia 7 de maio, devendo estar publicado até 31 de maio.

7. Vigência e eficácia

Vigência, em sentido amplo (lei, ato administrativo, contrato), é a circunstância que indica estar o ato jurídico em condições de ser eficaz, isto é, de poder produzir os efeitos para os quais está destinado. A vigência, quando se trata de ato jurídico escrito, conta-se, nos termos do art. P da Lei de Introdução ao Código Civil, da publicação. Quanto ao contrato administrativo, como de regra ocorre com a generalidade dos contratos, a vigência tem início na data da assinatura do ajuste ou em outra que lhe seja posterior (RDA. 12 7:469), portanto, só a partir dessa data se pode ter como vigente o contrato. Seus efeitos são, pois, para frente, em direção ao futuro. Embora seja essa a regra, a vigência ou os efeitos retroativos do contrato não estão, em tese, proibidos. As partes podem dispor sobre situações acontecidas, passadas, desde que não levem a uma despesa. A retroação não está vedada pela Lei federal das Licitações e Contratos da

Administração Pública, mas pela Lei, também federal, n. 4.320/64, que exige o empenhamento prévio da despesa⁴. Destarte, a partir da assinatura diz-se que o contrato está em vigor e assim permanecerá até o último dia de sua vigência, ou seja, até o termo final. Contam-se.

3. Vejao Anexo Ida Ata 29. de 19 de junho de 1991. do TCU, publicada na p. 13399 do DOU. 9 jul. 1991.

4. Ver RDA. 12 7:469.

541

portanto, o dia inicial e final da vigência do ajuste. Assim, se o contrato foi assinado no dia 2 de julho de 2001, pelo prazo de um ano, terminará no dia 2 de julho de 2002. Vale para tais ajustes a disciplina estabelecida pela Lei federal n. 810, de 6 de setembro de 1949, que define o ano civil. A contagem do prazo contratual não observa as regras de contagem dos prazos processuais ou os do procedimento administrativo estabelecidos pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Destarte, estando em vigor e em condições de produzir os efeitos desejados pelas partes, embora, em inúmeras vezes, esses efeitos estejam contidos. aguardando para desencadear o acontecimento de um termo (data) ou condição (aprovação pela autoridade competente). Quando isso ocorre, o contrato está em vigor, mas ineficaz quanto à produção de seus efeitos. A vigência extingue-se com o contrato.

Eficácia, de sua parte, é a qualidade do ato jurídico, lato sensu, de estar disponível para produzir os efeitos para os quais está preordenado. Nada se interpõe (termo. condição) entre a fruição dos efeitos do ato e o seu destinatário. Assim, são eficazes os contratos quando seus efeitos estão disponíveis para as partes, isto é, quando as partes podem executar suas obrigações e gozar de seus direitos. Regra geral, a eficácia ocorre simultaneamente com a vigência. Algumas vezes aquela é posterior a esta, como acontece com os contratos regidos pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que estabelece ser a publicação. em resumo, do contrato administrativo a condição de sua eficácia (art. 61, parágrafo único). Nessas hipóteses, diz-se que a eficácia está contida ou que o contrato é ineficaz: caso contrário, faia-se que é plena. Só em tese, repita-se, cabe falar em eficácia retroativa. Com efeito, a eficácia é atributo do contrato que só se viabiliza se existente o ajuste. A eficácia extingue-se com o contrato.

8. Prazo contratual

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, no art. 57, estabelece que a duração dos contratos por ela regidos fica vinculada à vigência dos respectivos créditos orçamentários, salvo as hipóteses indicadas nos incisos desse preceptivo. Crédito orçamentário é a autorização constante da lei de orçamento para a execução de programa, projeto ou atividade ou para o desembolso da quantia comprometida a objeto de despesa, vinculado a uma categoria econômica e, pois, a um programa⁵.

5. J. Teixeira Machado Jr. et al.. A Lei 4.320 comentada. 19. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro. IBAM. 1986. p. 11.

542

Esses créditos vigoram até o fim do exercício financeiro em que foram constituídos, consoante o disposto no § 22 do art. 167 da Constituição Federal⁶. Desse modo, o crédito aberto em 15 de fevereiro vigorará até 31 de dezembro do ano em que foi constituído. Essa vigência determinará, como regra, a duração do contrato, que não poderá ser maior que a duração desse crédito.

Destarte, em tese, os contratos só podem durar enquanto durarem os créditos orçamentários a que se atrelam. Estão a salvo dessa regra os contratos celebrados no último quadrimestre do ano. Nesta hipótese, poderão durar até o fim do exercício seguinte, porque até esse momento vigorará o crédito orçamentário correspondente. Desse modo, o contrato que vier a ser celebrado em 18 de setembro de 1999 poderá vigorar até 31 de dezembro de 2000, pois a vigência do crédito que lhe dá sustentação vigorará até essa data. Também escapam ao rigor dessa regra os contratos que não levam a qualquer despesa, a exemplo dos contratos de concessão de serviço público, dos contratos de concessão de serviço público precedido de obra pública e dos contratos de adesão que consubstanciam uma permissão de serviço público, regulados pela Lei federal n. 8.987/95. Por fim, escapam a essa regra, nos termos dos incisos do art. 57 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, os contratos nas seguintes situações:

Primeira: que contemplem projetos cujos produtos estejam computados nas metas estabelecidas no plano plurianual. Plano plurianual é a lei que define os investimentos e as despesas correspondentes de duração superior ao exercício financeiro ou, nos termos do § 12 do art. 165 da Constituição Federal, é a lei que estabelece, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública para as

despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Nos termos do inciso II do § 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, o projeto de lei do plano plurianual será remetido ao Congresso Nacional até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o fim da sessão legislativa, para vigorar até o término do primeiro exercício do mandato presidencial subsequente. Sua vigência será, portanto, de quatro anos. Essas disposições são obrigatórias para a União, mas seus princípios são

6. Dispõe esse parágrafo que “Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente”.

543

observáveis pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. É inegável, então, que tanto a União como as demais entidades federadas deverão ter lei do plano diretor, e somente os contratos que tenham os respectivos objetos contemplados em suas metas, desde logo, poderão ter um prazo maior que o de vigência do respectivo crédito orçamentário.

Atente-se que se inexistir dita lei nenhum contrato pode ser celebrado com prazo superior ao de vigência do correspondente crédito orçamentário. Assim, antes da abertura da licitação com vistas a selecionar proponente para com ele ajustar um contrato com duração além do prazo de vigência do correspondente crédito orçamentário, deve ser providenciada essa lei. Observe-se mais: se existir a lei do plano plurianual mas esta não contemplar o projeto, objeto de contrato de prazo superior ao de vigência do respectivo crédito orçamentário, a contratação destoante da regra geral consubstanciada no caput do art. 57 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública está peremptoriamente proibida. Nesse caso, antes da abertura da licitação com vistas a escolher proponente para com ele ajustar contrato com duração superior ao prazo de vigência do crédito orçamentário, deve ser providenciada a alteração dessa lei para que dela fique constando o projeto a ser licitado.

Esse prazo não está vinculado, em termos de grandeza, a qualquer dispositivo legal. De sorte que a Administração Pública poderá fixá-lo consoante a duração da

execução da obra ou do serviço. Esse prazo, portanto, pode ser, por exemplo, de três, cinco ou oito anos. Não há nesse caso qualquer teto, como existe para os contratos de execução de serviço continuado, consoante previsto no inciso II do art. 57 da Lei federal n. 8.666/93.

O plano plurianual não se presta só para prever investimentos, como a construção de um hospital ou de um viaduto, mas também para a indicação de serviços, a exemplo dos de desassoreamento de um rio, em que tanto lá como aqui a duração dos respectivos contratos é sempre longa. Assim, tal exceção ao prazo comum consignado na cabeça do art. 57 permite a contratação de obra ou serviço desde que uma e outro estejam previstos no plano plurianual. Ademais, essa exigência também deve ser observada pelas entidades da Administração Pública indireta, integrada por autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. De fato, seus contratos só poderão ter prazo maior que o fixado no caput desse artigo se os respectivos objetos estiverem contemplados no plano plurianual que lhes cabe aprovar.

A duração dos contratos que têm por objeto projetos contemplados no plano plurianual pode ser prorrogada. O inciso I do art. 57 da Lei federal n. 8.666/93 permite, além da fixação, desde logo, de prazo maior que o estabelecido como regra no caput desse artigo, a sua prorrogação. Assim,

544

fixa-se o prazo inicial de dois anos, e, se for do interesse da Administração pública contratante, prorroga-se, por exemplo, por mais um, dois ou três anos. Duas são as exigências para a legitimidade dessas prorrogações: uma, que haja interesse da Administração Pública; outra, que as prorrogações estejam previstas no instrumento convocatório. Essa exigência não oferece qualquer dificuldade, bastando unicamente sua genérica previsão editalícia. Não há, assim, qualquer necessidade de se mencionar qual é a grandeza da futura prorrogação nem quantas prorrogações poderão ser celebradas. O mesmo não se pode afirmar em relação à primeira das exigências, pois deve a Administração Pública contratante justificar o interesse na ampliação do prazo contratual. A justificação deve ser consignada no processo licitatório.

Segunda: que tenham por objeto a prestação de serviços a serem executados de forma contínua. O dispositivo somente prestigia serviços e, ainda assim, de execução contínua. São os serviços que não podem sofrer solução de continuidade ou os que não podem ser, na sua execução, interrompidos 9. Dessa natureza são os serviços de vigilância, de manutenção e de limpeza. Para esses contratos a Lei federal das

Licitações e Contratos da Administração Pública prevê um prazo máximo de sessenta meses. Assim, desde logo, o ajuste pode ser celebrado por um prazo maior que o de validade do crédito orçamentário, se menor que esse teto. Esse prazo é escolhido discricionariamente pela Administração Pública contratante, não se exigindo, portanto, qualquer justificativa. Vencido o prazo, extingue-se o contrato e nova licitação deve ser aberta para a escolha do futuro contratado, salvo se prorrogado por período igual e sucessivo em razão da obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração Pública contratante. A possibilidade de prorrogação não precisa estar prevista no instrumento convocatório nem no contrato. Também não há de observar o limite de 25%, fixado no § 1º do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, ou a modalidade licitatória original.

Terceira: que tenham por objeto a locação de equipamentos e a utilização de programas de informática⁹. O dispositivo (art. 57, IV) só prestigia

7. Para aprofundar, veja nosso estudo: Prazo e prorrogação do contrato de serviço continuado. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. v. 4. 1998.

8. A Instrução Normativa n. 18, de 22 de dezembro de 1997, do então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, define, entre outros institutos, os serviços continuados como os “serviços auxiliares necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro”.

9. Sobre esse objeto da licitação, veja Jessé Torres Pereira Júnior (Licitação de informática. Rio de Janeiro. Renovar. 2000).

545

essas operações (locação e utilização) se se tratar de equipamentos e programas de informática. Fora dessas hipóteses, o prazo inicial há de ser o de validade do crédito orçamentário, não podendo sua duração estender-se por até quarenta e oito meses. Não se presta, portanto, para validar contrato com prazo maior que o fixado no caput do art. 57 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que tenha outro objeto, como a compra de bens de informática ou a execução de serviços de informática, por exemplo. Cuidemos, assim, de conhecer essas possibilidades.

O inciso não foi preciso ao mencionar a palavra “aluguel”. tomando-a como sinônimo de “locação”. Aluguel é, tecnicamente, o preço que o locatário paga para ter a sua disposição determinada coisa, enquanto locação é o contrato através do qual uma

pessoa. o locador, compromete-se a entregar determinada coisa. objeto de ajuste, para o uso de outra, o locatário. mediante o pagamento de certo preço, o aluguel. Destarte, o contrato de locação que tenha como objeto, por exemplo, um microcomputador pode ter. desde logo, o prazo de até quarenta e oito meses.

Equipamento, no caso, significa todo e qualquer bem necessário à execução de serviços de informática, a exemplo da impressora e do scanner. Não é, assim, qualquer equipamento. O anexo do Decreto federal n. 1.070. de 2 de março de 1994, arrola os bens considerados como de informática, ou seja, os equipamentos de informática. Nada além desses pode ser objeto da locação prevista e regulada no inciso que vimos comentando. Programa de informática é um bem e, como tal, pode ser objeto de compra. É muito comum ver-se na imprensa escrita a oferta de programas como o “VirusScan”, próprio para detectar e eliminar vírus de arquivos compactados e de disquetes, por exemplo, e de Jurisprudências de Tribunais. Por ser um bem, também pode ser objeto de utilização por pessoa diferente de seu proprietário, mediante locação ou comodato, como sugere a palavra “utilização” grafada no texto do inciso IV do art. 57 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que vimos comentando. Só desse modo justifica-se o emprego dessa palavra nesse dispositivo. Será locação se houver o pagamento de um aluguel e será comodato se inexistir esse pagamento. Assim, poder-se-á ter: a) contrato de locação de programa de informática; b) contrato de comodato de programa de informática.

A locação de outros equipamentos, em termos de prazo, escapa dessa regra, consoante regulado pelo art. 62, § 3, 1, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Com efeito, por força desse dispositivo, a Administração Pública pode receber em locação qualquer bem pelo prazo que melhor atenda ao interesse público.

546

Anote-se, por fim, que é vedada a celebração de contrato sem prazo de vigência ou, na dicção dessa lei. com prazo de vigência indeterminado (art. 57, § 32)¹⁰

8.1. Prorrogação

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, em duas vezes, pelo menos, usa a palavra “prorrogação”, quando cuida da duração dos contratos. Uma no § 1 e outra no § 2 do art. 57. Nesses e noutros dispositivos estão, substancialmente, as notas do regime jurídico da prorrogação dos contratos regidos por esse diploma legal. A palavra “prorrogação” é de origem latina (prorrogatio, de

prorrogare) e significa alongar, dilatar, ampliar determinado prazo. Indica uma ampliação de prazo e só tem sentido quando este está próximo da extinção, não muito antes e nunca depois. De sorte que há impropriedade quando se fala em prorrogação no início do prazo e há irregularidade quando este já se extinguiu. Não se prorroga o que está expirado, acabado. em suma, que não está em vigor. Com a prorrogação, o prazo anterior e o posterior somam-se e passam a constituir um espaço de tempo sem qualquer solução de continuidade. Com a prorrogação não ocorre a interrupção do lapso. Em relação ao contrato, significa a ampliação do prazo inicialmente estabelecido para o ajuste. O prazo da ampliação pode ser menor igual ou superior ao inicialmente convencionado, observado, quando for o caso, o limite máximo legal previsto. Tudo dependerá do interesse público a ser atingido com a dilatação do prazo contratual.

Para se consolidar a prorrogação não é exigido licitação nem lei autorizadora; basta que esteja prevista e regulada em lei. Assim é nas hipóteses do § 1 do art. 57 do Estatuto federal Licitatório. Ocorrida uma dessas hipóteses, as partes podem prorrogar o contrato, sem delongas; do contrário, não cabe a prorrogação. De fato, estabelece esse preceptivo ser possível a prorrogação desde que ocorra um dos motivos nele elencados. A prorrogação é formalizada por termo de aditamento, ou, como preferem alguns, por termo de prorrogação. Este deve ser analisado e aprovado pela assessoria jurídica da Administração Pública (art. 38, parágrafo único). Assinado o aditamento, deve ele, em resumo, ser publicado (art. 61, parágrafo único), para que alcance a eficácia desejada, e promovido o seu registro junto aos órgãos competentes da Administração Pública contratante e.

10. No mesmo sentido confira-se a decisão do TCU n. 766/94. referida no Processo TC-550.122/96-6 dessa mesma Corte (DOU. 13 ago. 1996). e a decorrente desse processo.

547

quando for o caso, nos demais registros. Não se pode, assim, falar em prorrogação tácita. Aliás, nesse sentido já decidiu o TCU (RDA, 201:307).

Por outro lado, deve-se afirmar que não cabe ao contrato criar outras hipóteses de prorrogação. como era comum. Com efeito, a disposição contratual, a exemplo de outras, consignada ainda hoje em muitos contratos, segundo a qual o ajuste restará automaticamente prorrogado se não for denunciado até trinta dias antes de seu vencimento por qualquer das partes. não tem mais lugar nos contratos regulados pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A regra hoje vigente.

ex vi desse dispositivo e por força do princípio da obrigatoriedade de licitar, é a não-prorrogação. Esse expediente, ilegal, sem dúvida, deve ser evitado, conforme já decidiu o TCU (Processo TC - 011.624/93-1, DOU, 28 set.1994).

A prorrogação, por expressa disposição legal, deve ser justificada e previamente autorizada pela autoridade competente (art. 57, § 2, do Estatuto). A justificativa e a autorização são manifestações solenes, isto é, escritas. A autoridade competente é a indicada em lei, regulamento ou ato. Em São Paulo, para dar atendimento ao art. 87 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, foi editado o Decreto n. 31.138/90, que relacionou as autoridades competentes para a prática dos atos mencionados nessa lei paulista. Segundo esse decreto, a autoridade competente para autorizar a prorrogação é o Secretário de Estado, na Administração direta, e o dirigente autárquico, nas autarquias (art. 2). No âmbito federal, é a autoridade subscritora do edital ou a que determinou a abertura da licitação.

A possibilidade do aumento do prazo não pode ser pretexto para substituir o contratado nem para alterar as condições anteriormente ajustadas. Todos os demais termos e condições do ajuste devem ser mantidos (art. 57, § 1a). A única coisa que se permite na prorrogação é o aumento do prazo, nada mais, portanto, pode-se definir a prorrogação do contrato como a ampliação do prazo inicialmente estabelecido para o ajuste, mantido o mesmo contratado e respeitadas as condições anteriormente ajustadas, nos casos legais permitidos.

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, no art. 110, prescreve que na contagem dos prazos por ela estabelecidos “excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento”, enquanto o parágrafo único desse preceptivo determina que só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade’. Essas regras não se aplicam aos prazos de vigência dos contratos administrativos, pois estes são prazos processuais próprios dos processos judiciais e administrativos. Assim, o prazo do contrato começa no dia da sua assinatura e termina no dia convencionado, ainda que seja sábado, domingo ou feriado.

548

Além do mais, deve-se afirmar que esse entendimento encontra apoio no princípio segundo o qual a Administração Pública somente se vincula contratualmente a alguém por manifestação prévia e solene. donde decorre que qualquer prorrogação, independentemente da sua duração, também deverá acontecer desse modo e no prazo de vigência do contrato. Se assim não aconteceu, o contrato está exaurido, extinto, e

qualquer ato praticado após essa data. inclusive sua prorrogação, não encontra validade no ordenamento jurídico.

8.2. Redução

O comum é a prorrogação do prazo contratual, mas não se deve estranhar a possibilidade de sua redução. Redução é a diminuição do prazo do contrato. A redução não está expressamente prevista na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, mas é deduzida de seu texto. De fato, se o contratado é obrigado a aceitar a supressão de até 25% do valor inicial do contrato, resta evidente que se o contrato for de duração prolongada, como são os contratos de execução de obras e serviços, o prazo deve ser reduzido proporcionalmente”. Essa redução é formalizada por aditamento contratual, visto caracterizar-se como uma alteração do contrato.

9. Garantias

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública faculta à Administração Pública o direito de exigir dos que com ela contratam uma garantia, que tem por fim assegurar a execução do contrato. Pode ser definida como toda reserva de bem ou de responsabilidade pessoal com vistas a assegurar a execução do contrato e, conforme o caso, utilizável pelo Poder Público contratante para ressarcir-se de prejuízos causados pelo contratado ou pagar-se de multa que lhe fora aplicada e não satisfeita. Pode ser exigida se instituída por lei e, ainda Assim, se dita exigência constar do edital ou da carta-convite, veículos que abrem o procedimento da licitação, conforme regulado pelo art. 56 dessa lei.

Cabe à Administração Pública contratante indicar, discricionariamente, no instrumento convocatório se para a execução do contrato será exigida uma garantia. Se omissa esse ato, a garantia não pode ser exigida, ainda que prevista em lei, como é o caso da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. De outra parte, uma vez exigida, não pode ser

11. Nos termos do inciso II do § 2 do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, esse percentual pode ser maior se acordado pelas partes.

dispensada pela Administração Pública contratante, pois estar-se-ia celebrando contrato com violação do edital. Feita a exigência, cabe ao contratado indicar, segundo seu único interesse, dentre as várias espécies de garantias arroladas por essa lei, qual a que prestará. Poderá, assim, escolher entre: “1 — caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; II — seguro- garantia; III — fiança bancária” (art. 56).

Caução é a reserva de bem que o contratado faz para garantir a execução do contrato ou, em suma, suas próprias obrigações contratuais. Essa reserva de bens diz-se real por consistir na entrega de bens à Administração Pública contratante. Tais bens podem ser uma soma de dinheiro ou um montante de títulos da dívida pública, conforme escolhido. A escolha cabe, como afirmado, ao contratado, que, em se tratando de títulos da dívida pública, também escolhe entre os existentes (federal, estadual). Está prevista no art. 56. 1, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A caução deve ser prestada até a data indicada pela Administração Pública contratante e sempre antes da assinatura do contrato.

Seguro-garantia, no caso do Estatuto federal Licitatório é a obrigação contratualmente assumida por seguradora até o montante previsto no edital, objetivando a execução do contrato. Não é garantia plena da execução do contrato, como o nome sugere. Formaliza-se mediante apólice de seguro. Pela apólice, a seguradora assume, até o mencionado montante, a execução do contrato ou, o que é mais comum, compromete-se a indenizar, até esse montante, a Administração Pública contratante. Está prevista no art. 56. II, do Estatuto. Deve ser prestado antes da celebração do contrato e no prazo fixado pela Administração Pública contratante.

Fiança bancária é o dever de responder pelas obrigações contratualmente devidas e não cumpridas pelo contratado ou afiançado, que certo banco assume perante a Administração Pública contratante. É garantia fidejussória que o banco presta até o valor fixado pela Administração Pública no instrumento convocatório. A escolha da instituição bancária cabe ao contratado. Está prevista no art. 56, III, do Estatuto federal Licitatório e deve ser formalizada antes da assinatura do contrato e no prazo fixado pela Administração Pública contratante.

Observe-se que a garantia, prestada em qualquer de suas modalidades, quando exigida, não pode ser superior a 5% do valor do contrato, ex vi do § 22 do art. 56 do Estatuto federal Licitatório. Pode, por certo, ser menor, consoante se infere do disposto nesse parágrafo. Não obstante, cremos que não pode ser pequena a ponto de não

cumprir com sua finalidade. Assim, a garantia, quando exigida, não pode ser fixada em valor irrisório que desvirtue seus fins, tomando-se insuficiente à defesa do interesse público. Foge a esse limite máximo a garantia a ser prestada em favor da Administração

550

Pública contratante quando esta entrega bens de seu patrimônio ao contratado, que ficará seu depositário. Nessas hipóteses, a garantia deverá corresponder aos valores desses bens (art. 56, § 52), independentemente da garantia de execução do contrato, se exigida. Se esta for exigida, duas serão as garantias que o contratado deverá prestar. A garantia prestada nos termos do § 52 do art. 56 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, ao contrário da garantia de execução, que é facultativa, é obrigatória, consoante a literalidade desse parágrafo e o princípio da indisponibilidade dos bens, direitos e interesses públicos.

O percentual será de 1% quando se tratar de garantia para participar da licitação, conforme previsto no art. 31, III, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, se prevista no edital. Essa prescrição, ainda que aparente afrontar os princípios no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, é constitucional, dado cuidar-se de exigência indispensável a garantir a celebração do contrato, obrigação assumida pelo proponente ao ingressar no procedimento licitatório.

O garantidor, quer na caução pessoal, quer na fiança bancária, só se libera de sua responsabilidade com a execução do contrato (art. 56, § 42). Essa regra só é assim para quem deve obediência ao Estatuto federal. De sorte que Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios observam o que, nesse particular, estiver estabelecido em suas leis. Estas podem, por certo, regular a matéria de modo diverso, permitindo a liberação da garantia na medida em que vai sendo executado o contrato, mantendo-se, então, a constância da garantia sem onerar o contratado. Assim está, por exemplo, regulado na Lei paulista n. 6.544/89 (art. 51, § 32) e na paulistana n. 10.544/88 (art. 75). Se a lei for omissa quanto à liberação parcelada da garantia e nada dispuser o instrumento convocatório, há de ser reputada proibida.

Se a garantia for prestada em dinheiro (Real), sua devolução, em qualquer hipótese (liberação da garantia a final, de uma só vez, ou ao longo da vigência do contrato, em várias parcelas), deve ser feita em valor atualizado monetariamente, consoante prescreve o art. 56, § 42 do Estatuto federal Licitatório, observada a disciplina instituída pelo Plano Real. Assim, só será devolvida atualizada se o contrato foi celebrado por prazo superior a um ano. Se o contratado oferecer títulos da dívida

pública, devem ser devolvidos os títulos caucionados, no mesmo montante acrescido dos rendimentos ocorridos no período. Não podem ser devolvidos outros títulos, nem

12. O TCESP, ao examrnar a questão, considerou constitucional a exigência dessa garantia, conforme decisão, por maioria de votos, publicada no DOE. 4 jun. 1996.

551

tampouco pode ser devolvido em dinheiro o valor dos títulos caucionados. Se a garantia for consolidada mediante seguro-garantia ou fiança bancária, nada será devolvido. Nesses casos, informa-se, conforme o caso, à seguradora ou ao banco fiador, por ofício, que o contrato tal ou qual por elas garantido foi fielmente cumprido, chegando normalmente ao seu termo. estando por essas razões liberadas da responsabilidade assumida.

De reverso, diga-se que. se a garantia, por qualquer motivo (satisfação de multa ou débitos de responsabilidade do contratado). tornar-se menor que o valor inicialmente ajustado, ou mesmo desaparecer, deve o contratado, conforme o caso. complementá-la ou restaurá-la, sob pena de rescisão do contrato, no prazo marcado pela Administração Pública. A garantia, em termos de valor, deve ser atualizada nas mesmas condições da atualização do valor contratual, conforme prescreve o § 22 do art. 56 do mencionado Estatuto. Se o banco fiador ou a seguradora tornar-se insolvente. deve o contratado substituí-lo, sob pena de rescisão, no prazo estabelecido, indicando outro garantidor à Administração Pública contratante. Essa substituição formaliza-se por aditamento contratual, para que do contrato ou do instrumento autônomo de garantia fique constando o novo garantidor.

Ao contratado também cabe pedir a substituição da garantia prestada por outra que indicar, sempre que entender que essa operação lhe seja conveniente. Nessas hipóteses, verificada a ausência de riscos e prestigiado o interesse público, a Administração Pública contratante aceita o pedido de substituição, configurando-se o acordo previsto na alínea a do inciso II do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A substituição. uma vez concertada entre as partes, é formalizada por termo de aditamento, que deve ser publicado em resumo e, após, registrado no setor competente da Administração Pública contratante.

10. Inatingibilidade das cláusulas contratuais por lei posterior

As cláusulas de qualquer contrato, inclusive o administrativo, são inatingíveis por leis posteriores à sua celebração, pois prestigiados como atos jurídicos perfeitos ou por constituírem direito adquirido, consoante estabelece o art. 59, XXXVI. da Constituição Federal. Essa mesma preocupação é vista no art. 6 da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, os contratos administrativos devem ser executados como foram celebrados, a salvo, portanto, das ingerências decorrentes de leis posteriores, a exemplo

da Lei de Responsabilidade Fiscal. Também estão a salvo, por certo, de atos administrativos normativos, a exemplo dos regulamentos, editados após a celebração do contrato administrativo.

552

Essa também é a inteligência do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, é comum essa Corte decretar: “Tratando-se de contrato legitimamente celebrado, as partes têm o direito de vê-lo cumprido, nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento, a regular, inclusive, os seus efeitos. Os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que foi firmado pelas partes. Aí, não há que invocar o efeito imediato da lei nova” (RTJ, 106:3 17).

Tal intangibilidade não protege os ajustes administrativos, nem poderia, das alterações determinadas pela Administração Pública contratante em função do interesse público e nas hipóteses previstas em lei regedora dos contratos administrativos.

II— FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Conceito

A legislação, em tese, regula a formalização dos contratos administrativos. Na esfera federal, essa matéria obedece a regras estatuídas pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública nos arts. 60 a 64. No âmbito dos Estados-Membros e dos Municípios o assunto é disciplinado pelas respectivas leis. E o que ocorre no Estado de São Paulo, em que a matéria está regulada pela Lei estadual n. 6.544/89, e na esfera do Município de sua Capital, disciplinada pela Lei municipal n. 10.544/88. De qualquer forma, essa regulamentação é praticamente igual à federal. A formalização pode ser definida como a materialização do contrato. Esta, também chamada de forma, é escrita. Não se admite o contrato verbal. E nulo e de nenhum efeito o contrato verbal, estatui o parágrafo único do art. 60 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A única ressalva aí feita é ao contrato de pequenas compras e de pronto pagamento. Entende-se por compras de pequeno valor e de pronto pagamento as que não excedam a 5% do limite fixado na alínea a do inciso II do art. 23 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, hoje igual a R\$ 4.000,00, conforme estabelece esse mesmo parágrafo único.

2. Instrumento

2.1. Conceito

Do disposto nos arts. 60 a 64 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública depreende-se que o contrato administrativo há de

formalizar-se mediante um instrumento, dentre os vários facultados por essa lei. Genericamente, ensina a Enciclopédia Jurídica Eletrônica Leib Soibeman. instrumento, em sede jurídica, é o “documento destinado desde o início a servir de prova de um ato”. Sendo assim, instrumento de contrato é o documento destinado a comprovar a existência de um contrato celebrado pela Administração Pública. O instrumento é, portanto, o veículo do contrato ou o continente do ajuste, enquanto este. o contrato, é o seu conteúdo.

2.2. Espécies

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública indica exemplificativamente. no art. 62. como instrumentos de formalização do contrato: o termo de contrato, embora aí esteja mencionado instrumento, a carta- contrato, a nota de empenho de despesa. a autorização de compra e a ordem de execução de serviço. Esses instrumentos, portanto, não são os únicos, mas somente os mais comuns, podendo existir outros. como é o caso da nota fiscal.

O termo de contrato é o assento do contrato em livro próprio nas repartições interessadas. Algumas vezes isso não é o suficiente, pois a lei pode exigir instrumento público, como é o caso da compra e venda de bem imóvel acima de certo valor’-. Nesses casos. resta dispensada a lavratura do termo de contrato e seu registro na repartição interessada, embora seja indispensável um resumo desses atos. O termo de contrato só é obrigatório. consoante o disposto no art. 62 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, quando: I— resultar de tomada de preços ou concorrência; II — for caso de dispensa ou inexigibilidade; III — seu valor enquadrar-se nos limites da tomada de preços ou concorrência. A contrario sensu do disposto no § 4 do art. 62 desse diploma legal, acrescentamos outra: quando o contrato tiver certa duração ou dele resultarem responsabilidades futuras. a exemplo da obrigação de prestar assistência técnica. Fora daí. sua utilização é facultativa, podendo ser substituído por outro instrumento que melhor atenda aos interesses da Administração Pública contratante (art. 62). Nesses casos. a inobservância dessa formalidade, por ser da substância do ato. leva à nulidade o contrato celebrado. Quando exigido o termo de contrato. sua minuta deve acompanhar. como anexo, o instrumento convocatório, conforme determinado pelo § 2 do art. 40 dessa lei.

13. Com efeito, estabelece o art. 108 do Código Civil: “Não dispondo a lei em Contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem a

constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País’.

554

Qualquer alteração contratual é também formalizada por termo, chamado termo de aditamento, cujo assento obedece aos mesmos princípios. Esses instrumentos (termo de contrato e termo de aditamento) são lavrados na repartição pública interessada, que deles manterá arquivo cronológico e índice sistemático (art. 60). Essa lei dispensa o termo de aditamento para formalizar a variação do valor contratual nos casos de reajuste previsto no próprio contrato, as atualizações, as 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 corrigido, por não caracterizarem alterações contratuais. Nesses casos o registro dessas modificações é feito por simples apostila (art. 65, § 82).

A carta-contrato (carta ou ofício em que uma parte propõe o negócio e a outra o aceita, apondo-lhe o seu “de acordo”), a nota de empenho de despesa (registro de operações envolvendo despesa orçamentária, promovido pela Administração Pública ou outra entidade a isso obrigada), a autorização de compra (documento em que se confere ao setor competente a competência para realizar certa compra) e a ordem de execução de serviço (documento em que se determina ao contratado a realização do serviço) são utilizáveis de acordo com a disciplina instituída legalmente.

2.3. Forma

A forma dos instrumentos contratuais, como se depreende do já explanado, é a escrita, não se admitindo o contrato oral, salvo na hipótese mencionada (art. 60, parágrafo único). Além da forma escrita, a lei pode exigir a observância de determinada formalidade, isto é, uma particularidade da forma. Assim ocorre com os contratos relativos a direitos reais sobre bens imóveis, em que é exigida a escritura pública, e com os contratos originados de uma concorrência, em que é obrigatório o termo de contrato. A inexistência da forma escrita leva à inexistência do contrato (art. 60, parágrafo único), enquanto a inobservância da formalidade leva à nulidade, consoante o art. 2 da Lei de Ação Popular.

Esses vários instrumentos, sob o aspecto formal, apresentam características e composição próprias que os diferenciam substancialmente, embora ostentem partes comuns. Delineadas no termo de contrato, o único instrumento a ser examinado sob dito aspecto. Aos demais, no que couber, aplicam-se as observações adiante lançadas.

2.4. Partes do termo de contrato

Sob o aspecto formal, o termo de contrato, assim como a lei e o regulamento, é composto de três partes: preâmbulo, texto e encerramento.

555

Preâmbulo é a parte superior do termo de contrato, onde são consignados os nomes dos contratantes. Exemplificando: em primeiro lugar a contratante (Estado de São Paulo. Município de Belo Horizonte); em segundo. a contratada (Comercial AZ Ltda., Química Três Rios S. A.). Observe-se que a contratante é a pessoa jurídica de Direito Público (Município) ou Privado (Sociedade de Economia Mista), não, como temos visto, a pessoa que a representa (Prefeito, diretor) ou um de seus órgãos (Secretaria da Justiça). Quando for o Município, o seu nome é que deve figurar. não o da respectiva prefeitura: esta é apenas a sua sede. Tais senões. na maioria das vezes, não desobrigam a Administração Pública'4.

Ao nome das partes deve-se acrescentar a respectiva qualificação e sede (pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, conforme o caso, inscrita no CNPJ sob n. tal. com sede na rua tal). Além do nome das partes, o preâmbulo deve, em seguida a cada uma, trazer o nome de seus representantes e correspondente qualificação (brasileiro, casado, portador do CIC e da CIRG, residente em tal lugar). Se para a celebração for necessária uma autorização, deve ela ser previamente conseguida e essa circunstância deve ser anotada (devida- mente autorizada pela Lei municipal n. 20, de 15-12-1988, ou pela assembléia geral, conforme ata arquivada na Junta Comercial, sob n. tal). Ainda, nos termos do art. 61 do Estatuto federal Licitatório, o preâmbulo deve conter a finalidade. o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo de licitação ou de dispensa e a indicação de que as partes se sujeitam a tal ou qual legislação. Não obstante todas essas exigências. tem-se entendido que o seu descumprimento não importa em nulidade do contrato'5. Para o TCU esses vícios são sanáveis, consoante orientação publicada no DOU, 7 ago. 1990.

Texto é a parte mediana do termo de contrato. Nele devem estar consignadas as cláusulas que expressam com precisão e clareza a vontade dos co-contratantes no momento da celebração do contrato e que consubstanciam o conteúdo do ajuste. Devem, substancialmente, descrever o objeto do ajuste, estabelecer as condições de sua execução e definir os direitos. obrigações e responsabilidades dos contratantes, observados os termos da licitação, isto é, do edital e da proposta. Um bom roteiro dessas

cláusulas encontra-se no art. 55 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

As cláusulas não podem estabelecer nada que contrarie o instrumento convocatório e a proposta. Embora seja assim, é indubitável que o contrato

14. Nesse sentido confira o v. acórdão do Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara, publicado na RDP. 35-6:223.

15. Confira, nesse sentido. Marçal Justen Filho. Comentários à lei de licitação. cit., p. 382. e Carlos Pinto Coelho Motta. Eficácia. cit., p. 284.

556

pode trazer outras vantagens para a Administração Pública contratante. resultantes de entendimentos mantidos com o vencedor da licitação e futuro contratado, expressadas em cláusulas, portanto diversas desses atos da licitação' 6. O contrário, isto é, o oferecimento ao contratado de vantagens não previstas nos elementos componentes da licitação é vedado. Para os contratos celebrados sem licitação, o texto deve ter suas cláusulas elaboradas com base no ato que autorizou e na proposta (art. 54, § 2).

A doutrina costuma dividir as cláusulas consignadas nessa parte do contrato em essenciais e acessórias. As primeiras, sob pena de nulidade do ajuste, não podem ser omitidas pelo texto, enquanto as últimas. sem qualquer sanção, podem ser omitidas. Sobre elas afirma Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 206): "Todo contrato administrativo possui cláusulas essenciais ou necessárias, e cláusulas acessórias ou secundárias. Aquelas fixam o objeto do ajuste e estabelecem as condições fundamentais para sua execução; estas complementam e esclarecem a vontade das partes, para melhor atendimento do avençado. As primeiras 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 uma das partes; as segundas, por sua irrelevância, não afetam o conteúdo negocial, podendo ser omitidas sem invalidar o ajuste".

São essenciais as que definem o objeto e fixam seus elementos característicos; tratam do regime da execução (empreitada, administração contratada. tarefa) ou das formas de fornecimento (instantâneo, contínuo): fixam o preço e as condições de pagamento; estabelecem os critérios e as condições para a rescisão do contrato ou do reajustamento do preço; mencionam os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e recebimento (definitivo ou provisório) do objeto; indicam os recursos para atender às despesas decorrentes do ajuste; disciplinam a

instituição, perda, recomposição e liberação da garantia; mencionam a responsabilidade das partes; indicam as penas e o valor da multa; arrolam e disciplinam os casos de rescisão: reconhecem, nos casos de rescisão, os direitos da contratante. Essas cláusulas, também chamadas de necessárias, estão relacionadas exemplificativamente nos incisos do art. 55 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. São acessórias as cláusulas que esclarecem o local de pagamento; indicam ou enumeram leis aplicáveis ao ajuste.

16. Para aprofundar estudo nessa matéria, veja nosso trabalho *Validade das contratações em condições diversas do edital e da proposta*, publicado na Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 1977. 3:41.

557

Também são diferenciadas no texto do contrato as cláusulas de serviço e as cláusulas financeiras. Cláusulas de serviço são as de execução a cargo do contratado, a exemplo da obrigatoriedade de manter um preposto durante a execução da obra ou do serviço e a que obriga a remoção diária dos entulhos decorrentes da demolição. Essas cláusulas podem ser alteradas unilateralmente pela Administração Pública contratante, sem que a isso se possa opor o contratado, cujo direito, no caso, é a compensação econômico-financeira decorrente desse comportamento estatal, salvo se a medida for ilegal. Financeiras são as cláusulas referentes ao preço e condições de pagamento, cuja execução cabe à Administração Pública. Essas cláusulas não podem ser alteradas, salvo mediante acordo, ou nas hipóteses em que os encargos do contratado foram diminuídos em razão das alterações técnicas promovidas, no projeto, pela Administração Pública contratante¹ ou quando esta suprime em razão do interesse público parte do objeto do contrato, observados, neste caso, os limites legais.

Encerramento é a parte final do termo de contrato. É o fecho. Nele as partes declaram que, por estarem de acordo com o pactuado, o assinam em tantas vias de igual teor e forma, para os mesmos efeitos e direitos, e, depois da consignação do local e data, apõem suas respectivas assinaturas. Essas assinaturas devem obedecer à ordem em que as partes são mencionadas no preâmbulo. Ademais, em razão da presunção de legitimidade desse instrumento e da falta de lei genérica que imponha alguma obrigação nesse sentido, não precisam ter suas firmas reconhecidas, nem tampouco carecem de testemunhas, salvo se uma ou outra dessas exigências estiver contemplada em lei ou ato da entidade contratante. Com relação aos contratos das empresas governamentais (sociedades de economia mista, empresa pública), tidas como entidades privadas, pode

surgir alguma dúvida quanto à necessidade de atendimento dessas formalidades (testemunha, reconhecimento de firma). Se forem prestadoras de serviço público e o contrato estiver regulado pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, é evidente a desnecessidade dessas formalidades, em face do princípio da presunção de legitimidade que os alcança, salvo, como alertamos, se existir determinação legal ou administrativa específica. Se forem exploradoras da atividade econômica, seus instrumentos contratuais, pelo menos em tese, não gozam dos favores da presunção de legitimidade devendo. Assim, ter firma reconhecida e testemunhas.

17. Nesse sentido confira o v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Ap. 235-179-1/9) publicado pela RT. 723:321.

558

2.5. Exame e aprovação da assessoria jurídica

Estabelece o parágrafo único do art. 38 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração Pública. Essa assessoria jurídica é a existente na estrutura da Administração Pública. Se inexistir, pode ser viabilizada mediante a instituição de um órgão ou através da criação e provimento de um cargo de assessor jurídico, a que, um ou outro, se atribuirá dita competência. Enquanto isso não acontece, pode ser feito um convênio com a OAB local, remetendo-se-lhe para exame e aprovação as mencionadas minutas. O fato de existir na comissão de licitação um membro inscrito na OAB não dispensa a prévia oitiva da assessoria jurídica, pois suas manifestações não são proferidas como assessor jurídico, mas como membro desse colegiado. O exame diz respeito ao mérito e à legalidade dessas minutas, respondendo solidariamente o assessor com o seu autor, caso sejam apurados vícios inconcebíveis após a conversão desses documentos em instrumento convocatório ou termo de contrato. Enquanto a conversão não ocorrer nenhum vício se materializa, não cabendo responsabilizar o assessor, salvo administrativamente e na medida em que sua atuação não foi diligente. Por outro lado, não cabe qualquer responsabilização se a manifestação restou fundamentada e a tese sustentada é juridicamente aceitável^{P8}, assim como não cabe responsabilizar a autoridade que age em função de orientação dada pela assessoria jurídica. A ausência de manifestação da assessoria jurídica, contudo, não acarreta, por si só, a nulidade de qualquer desses atos, mas enseja a apuração de responsabilidades, ensina Carlos Pinto Coelho Motta (Eficácia, cit., p. 199). A nulidade decorre do vício

intrínseco do ato resultante da conversão dessas minutas em edital, carta-convite ou contrato. Destarte, se hígido qualquer desses atos, não cabe anulá-lo pela falta do prévio exame e aprovação da sua correspondente minuta. O exame da assessoria jurídica deve ser escrito e conclusivo. Nele devem ser apontados os vícios, se existentes, e a forma de corrigi-los. Nesses casos é necessário que após as devidas correções as minutas retomem a esse órgão para novo pronunciamento e, se for o caso, aprovação. Não havendo vício algum, tal circunstância deve ser explicitada e aprovada a minuta. A assessoria jurídica não pode deixar de proceder a essa manifestação sob pena de responsabilidade administrativa e, conforme o caso, civil e penal.

18. Nesse sentido, veja Mana Sylvia Zanelia Di Pietro. Temas polêmicos sobre licitação e contratos. 2. ed.. São Paulo. Malheiros. 1995, p. 117.

559

Quando mantêm o mesmo texto substancial, variando apenas no preâmbulo, no prazo, na forma de pagamento e fecho, podem ser aprovadas por ato da autoridade superior minutas padronizadas para edital, carta-convite e contrato que tenham por objeto obra, serviço ou fornecimento até determinado valor. Ultrapassado esse valor, observar-se-á o procedimento normal.

2.6. Conhecimento do termo de contrato

O art. 63 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública permite, de um lado, a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, de outro, faculta a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos, exceto em relação aos contratos sigilosos, se assim forem justificadamente declarados. Ainda que essa lei fosse omissa quanto a essas faculdades, todo licitante teria o direito de conhecer os termos do contrato e do respectivo processo licitatório, tanto quanto qualquer interessado teria o direito de obter cópia autenticada desses documentos. A primeira parte era desnecessária, dado que a segunda, ao mencionar “qualquer interessado” e atribuir-lhe idêntica faculdade, acabou por absorvê-la, pois interessado é toda pessoa, física ou jurídica, licitante ou não licitante. Não bastasse isso, oferta menos ao licitante que ao interessado, uma vez que àquele apenas propicia o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório. De qualquer modo, o cunho didático que esse dispositivo encerra é relevante no exercício da cidadania. Ademais, presta-se a inibir contratações sigilosas, feitas ao arrepio do processo licitatório, e a desestimular a

prática de ilegalidades que por esse processo de divulgação viriam ao conhecimento público’9.

O pedido das cópias, escrito, formulado sob a forma de requerimento e em termos, não pode ser negado, salvo na falta de prévio pagamento dos respectivos emolumentos ou de esclarecimentos quanto aos fins e razões do pedido^{2º} ou quando cuidar-se de contrato sigiloso, prévia e justificadamente assim declarado pela Administração Pública. A recusa imotivada por parte da Administração Pública pode ser combatida mediante mandado de segurança. Nesse pedido, o requerente deve indicar as cópias dos documentos desejados e, se for o caso, de todo o processo, que deverão ser expedidas com a devida autenticação. Esta é feita pela própria Administração Pública responsável pela sua expedição ou por quem tem dita incumbência. Nas cópias, não há

19. Nessa linha de entendimento confira Marçal Justen Filho (Comentários. cit., p. 388).

20. Veja nesse sentido o art. 2 da Lei federal n. 9.051/95.

560

necessidade da menção dos motivos pelos quais o interessado está requerendo sua expedição. Tais documentos assim formalizados têm a natureza de certidão, prestando-se pois para todos os fins de direito. A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública não fixa qualquer prazo para essa expedição. Este é fixado pela Lei federal n. 9.051/95, de caráter nacional, que dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direito e esclarecimento de situações, em quinze dias improrrogáveis. Nesse prazo a Administração Pública, direta e indireta, dos três níveis de governo, há de expedir as certidões solicitadas, restando, desse modo, regulamentado o inciso XXXIII do art. 52 da Constituição Federal. As leis estaduais, distritais e municipais poderão fixar outro prazo, desde que menor. A Constituição paulista fixou esse prazo em dez dias (art. 14).

3. Cláusulas exorbitantes

Nos contratos administrativos reconhecem-se em razão da lei, da doutrina e da jurisprudência, a favor da Administração Pública contratante, certas prerrogativas, a exemplo de: a) modificar a execução do contrato a cargo do contratante particular; b) acompanhar a execução do contrato; c) impor sanções previamente estipuladas; d) rescindir, por mérito ou legalidade, o contrato. Esses privilégios ou, mais precisamente, deveres-poderes, consubstanciam as cláusulas exorbitantes, que, segundo Vedel, são as não comuns ao contrato de Direito Privado porque nulas (desigualam as partes) ou

impróprias (poder de fiscalização e de impor sanções) para essa espécie de ajuste. Tais cláusulas estão indicadas nos vários incisos do art. 58 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Com fundamento na primeira dessas cláusulas, a Administração Pública pode, unilateralmente, a qualquer tempo, alterar a prestação da responsabilidade do contratante particular (aumentar o percurso de linha de ônibus concedida; exigir acréscimos no fornecimento), em função das necessidades públicas, sem que esse possa opor-se, atendido, quando for o caso, os limites impostos pelo § 1 do art. 65 dessa lei. O contratado, no caso, tem unicamente o direito à devida compensação financeira, conforme previsto no § 62 do art. 65 do Estatuto federal Licitatório. Por esse dispositivo, em havendo modificação unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deve restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste.

Durante a vigência do contrato, cabe à Administração Pública, por força dessas cláusulas, acompanhar sua execução, isto é, velar para que o contratante particular observe ou realize tudo o que foi pactuado. Esse acompanhamento compreende as atribuições de orientar (estabelecer normas.

561

diretrizes; dar informações sobre a execução do contrato), de fiscalizar (verificar o material utilizado e a forma de execução do objeto do contrato, confirmar o cumprimento das obrigações comerciais. trabalhistas e tributárias a cargo do contratado), de interditar (paralisar a execução do contrato por estar em desacordo com o pactuado) e de intervir (assumir a execução do contrato). O contratado a essas medidas não tem como se opor. salvo se desempenhadas com arbítrio.

A imposição de sanções previamente estipuladas em lei ou no contrato é atribuição irrenunciável, sob pena de responsabilidade da Administração Pública, que, nesse particular, procede auto-executoramente. Ocorrida a inadimplência do contratante particular, surge para a Administração Pública o dever-poder de impor a pena, inclusive a de rescisão, sem necessidade do auxílio do Poder Judiciário, ressalvados os casos de cobrança de multas. de apreensão de bens e outras penas em que o punido oferece resistência. Nesses casos, a Administração Pública há de recorrer ao Judiciário para fazer valer sua pretensão. Observe-se que, para a legalidade da pena, há de ser dado ao infrator amplo direito de defesa (CF, art. 52, LV).

Por fim, a Administração Pública pode extinguir o vínculo por mérito ou legalidade. Não havendo mais interesse (oportunidade ou conveniência) na manutenção do liame, pode a Administração Pública extinguir a relação jurídica. E a rescisão por interesse público, também chamada de rescisão por mérito. Ademais, o desfazimento pode decorrer de uma ilegalidade (falta de adequada publicação do instrumento convocatório). Assim, se o ajuste carece de legalidade, toca à Administração Pública desfazê-lo. E a rescisão por ilegalidade. Tanto a rescisão por mérito como a rescisão por ilegalidade são comportamentos obrigatórios da Administração Pública e, mais que isso, devem ser praticados no momento oportuno, sob pena de responsabilidade. A manutenção dessas situações não se afeiçoa com o princípio da legalidade nem com o princípio da supremacia do interesse público.

Apesar de todos esses poderes da Administração Pública, não fica o contratante particular desamparado. O ordenamento jurídico resguarda-o contra o arbítrio do Poder Público e o protege economicamente contra as exigências da Administração Pública e dos prejuízos no caso de extinção do vínculo por mérito, pois, se assim não fosse, difícil seria encontrar quem quisesse contratar com o Poder Público. Na primeira hipótese, o fundamento dessa proteção é o § 6 do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, enquanto na segunda é o princípio da distribuição igualitária dos ônus por todos os membros da coletividade. Contra o arbítrio pode o contratante particular valer-se do mandado de segurança e do habeas corpus, conforme o caso.

562

4. Publicidade

O princípio da publicidade obriga a Administração Pública a divulgar oficialmente todo e qualquer comportamento que lhe diga respeito. Aliás, estabelece, nesse sentido, o art. 37 da Constituição Federal que a Administração Pública (direta, indireta e fundacional) de qualquer dos entes federados obedecerá, entre outros, ao princípio da publicidade. A mesma exigência é repetida pelo art. 32 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Assim, o instrumento contratual levado a efeito pela Administração Pública deve ser publicado (RDA, 126:449).

Não bastasse isso, a publicidade é necessária para atribuir eficácia ao contrato. É o que estabelece o parágrafo único do art. 61 dessa lei, portanto, enquanto não tornado público, o contrato é ineficaz (RDA. 111:145), isto é, não pode qualquer das partes, por exemplo, fruir seus efeitos financeiros (pagar, receber). Em suma, até o momento da publicação, não pode ser executado. Note-se que para tal efeito é irrelevante o valor do

contrato, e, mesmo que esse valor inexistia porque se cuida de contrato gracioso, a publicação é necessária. Também para essa finalidade é despidendo saber a espécie de instrumento de contrato utilizado para formalizar o ajuste. Qualquer discussão (se é termo de contrato publica, se é nota de empenho não publica) nesse sentido é absolutamente estéril. A falta da publicação, se não enseja a nulidade do contrato, apenas deixa-o inerte, ineficaz, e dá ensancha à responsabilização dos agentes responsáveis pela desídia.

Assim pensamos dado que o parágrafo único do art. 61 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública não faz qualquer distinção entre os vários instrumentos (termo de contrato, carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra, ordem de execução de serviço) formalizadores do contrato²¹, tanto quanto não faz a menor diferença entre as múltiplas modalidades licitatórias (concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão) quando exige para fins de eficácia que o contrato seja publicado. Em qualquer hipótese sua publicação, ao menos resumida, é necessária. Por outro lado, não se deve extrair de texto pouco claro interpretação que contraria o princípio da publicidade. Daí ter agido bem o legislador paulista ao estabelecer, no art. 60 da Lei n. 6.544/89, que o termo de contrato e demais instrumentos hábeis serão publicados. Somente escapam a essa regra os contratos sigilosos.

21. Nessa linha, veja decisão do TCU (Processo TC-25.410-9 1-1) publicada no DOU.

18 mar. 1992.

563

É claro que o contrato pode ser publicado por inteiro, mas isso não é essencial, nem necessário. Basta que seja publicado um resumo (número, nome das partes, objeto, valor, prazo, data). O conhecimento por qualquer interessado do inteiro teor do contrato publicado resumidamente pode ser alcançado mediante pedido de certidão ou de cópia autenticada (art. 63). A publicação do contrato é providência que cabe à Administração Pública, a ser cumprida até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, devendo ocorrer em até vinte dias contados daquela data. Os vinte dias são corridos ou consecutivos, já que só os anteriores cinco dias estão qualificados de úteis. Embora seja atribuição da Administração Pública (art. 61, parágrafo único), cremos que essa responsabilidade pode ser conferida ao contratado. O que se quer é a publicação do ajuste, que pode ser conseguido através desta parte sem qualquer prejuízo ou

ilegalidade. Algumas vezes isso facilitará o processo de publicação, dado que a sede, por exemplo, do Diário Oficial da União está muito distante da entidade contratante, mas próxima da sede do contratado. Cremos, nesse particular, ser legítimo consignar no edital que a publicação e outras formalidades ficarão sob a responsabilidade do contratado, que delas se desencumbirá a seu tempo, assumindo, inclusive, seus custos.

A publicação que atende ao princípio da publicidade é a oficial, isto é, a levada a efeito na imprensa oficial. Aliás, é assim que está determinado pelo parágrafo único do art. 6122 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Uma única publicação satisfaz a exigência legal, vez que esse parágrafo usa a palavra no singular: “publicação”. O mesmo regime, no que couber, deve ser aplicado ao aditamento²³.

5. Registro

O contrato administrativo, como vimos anteriormente, dispensa, pelo menos em tese, o reconhecimento das firmas das partes e a assinatura de testemunhas, dado que, tal qual o ato administrativo, goza de presunção de legitimidade. E do registro cartorário também está dispensado? A resposta é afirmativa para a maioria desses ajustes, pois seus efeitos, inclusive contra terceiros, eclodem com a publicação. Alguns, no entanto, precisam desse registro. a exemplo dos contratos de concessão de uso e de concessão de direito real de uso, para valer contra terceiros²³. Ademais, nenhum contrato está dispensado do registro administrativo nas repartições competentes da Administração Pública contratante. consoante estabelece o art. 60 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Mudado o que for necessário, o mesmo se deve afirmar em relação aos aditamentos.

564

III — EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Conceito

A execução do contrato administrativo está tratada, substancialmente, nos arts. 66 a 76 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Execução do contrato é o cumprimento do disposto nas suas cláusulas. Significa, pois, cumpri-lo no que respeita à realização do objeto, à observância dos prazos, às condições de pagamento e a tudo o que ficou, em cláusula, edital ou proposta, estabelecido pelas partes. A execução, como se vê, não é só atribuição do contratado: ela também cabe à Administração Pública, conforme consta do art. 66 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Substancialmente. é verdade, a execução está a cargo do contraente particular. que por ela deve responder. inteira e pessoalmente, já que o ajuste foi celebrado em razão de sua pessoa (*intuitu personae*). Isso não significa. salvo contratação em que seja exigido. que a execução deva ser personalíssima (a que só pode ser prestada pelo contratado. como ocorre. p. ex.. com a execução de uma obra de arte, em que se quer o trabalho do artista contratado). Daí ser possível, em tese. a transferência e a subcontratação. como veremos mais adiante.

2. Acompanhamento

A Administração Pública contratante pode. e deve, acompanhar toda a execução do contrato. Esse acompanhamento é. nos termos do art. 67 do Estatuto federal Licitatório, uma obrigação da Administração Pública. Esse

22. Sobre imprensa oficial e princípio da publicidade. veja o o. 2.4 do item V do Capítulo 1.

23. Sobre o aditamento, confira o item IV. n. 5. *infra*, onde tratamos do instrumento de alteração do contrato.

24. Confira o art. 246 da Lei de Registros Públicos LRP e o art. 60 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

565

dever-poder outorgado à contratante. segundo a doutrina, compreende as atribuições de fiscalizar, orientar, interditar e intervir, vinculadas à perfeita execução do ajuste. Para ajudar a Administração Pública nessa fiscalização podem ser contratados terceiros. O agente fiscalizador anotarà em livro próprio, todas as informações, ocorrências e medidas determinadas.

Esse acompanhamento. como assegura Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit.. p. 213). não atenua nem retira a responsabilidade técnica e os encargos próprios do contratado, só se expressamente ressalvado pela Administração Pública. O mesmo pode ser dito em relação aos danos que o contratado pode causar a terceiros em razão de sua culpa ou dolo. A ele, nos termos do art. 70 dessa lei. caberá responder. O acompanhamento não reduz e muito menos exclui essa responsabilidade.

3. Cláusulas “*rebus sic stantibus*” e “*pacta sunt servanda*”

As obrigações contratuais devem ser compreendidas em função das circunstâncias que serviram de base para a respectiva avença. Com efeito, as partes uniram-se tendo presente uma dada situação e a expectativa de certos e determinados resultados, não em vista de situação e efeitos diversos que poderiam levar à inexecução do ajuste e, até

mesmo, à ruína de um dos contratantes. Vale dizer, eventos supervenientes e imprevisíveis que possam influir sobre qualquer dos aspectos pactuados (cláusula financeira, execução) autorizam a revisão do contrato para que a relação encargo — remuneração ($E=R$) não se modifique. É a situação de fato existente na época do acordo que deve prevalecer diante da superveniência de fatos imprevisíveis. modificadores do inicialmente ajustado pelas partes. Essa realidade não é outra coisa senão a aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus* do Direito Romano, aplicável aos contratos administrativos. Destarte, a relação encargo — remuneração, comumente chamada de equação econômico-financeira, há de permanecer constante desde o início ao fim do contrato, salvo em termos nominais.

A força da cláusula *rebus sic stantibus*, cujo apogeu de sua aplicabilidade ocorreu nos séculos XIV, XV e XVI, foi praticamente anulada com a adoção, pelo art. 1.134 do Código de Napoleão, da teoria da imutabilidade das cláusulas contratuais, expressada pela máxima segundo a qual os pactos devem ser observados (*pacta sunt servanda*). Por essa regra, não obstante o advento de situações e resultados imprevisíveis, os contratos devem ser cumpridos ou os pactos não de ser observados mesmo que levem à ruína um dos contratantes. Essa nova orientação, com maior razão, afeioou-se aos contratos administrativos.

566

4. Teoria da imprevisão e revisão do contrato

As situações de difícil cumprimento das disposições contratuais, geradas pela Primeira Guerra Mundial, restauraram a cláusula *rebus sic stantibus*, com a denominação de teoria da imprevisão. Segundo essa teoria, fatos imprevisíveis, anormais, fora da cogitação dos contratantes e que tomam o cumprimento do contrato ruinoso para uma das partes, criam uma situação que não pode ser suportada unicamente pelo contratante prejudicado e impõem a imediata revisão do ajuste. Assim, justifica-se a revisão sempre que circunstância extraordinária e imprevisível comprometer o equilíbrio do contrato, em geral, e do contrato administrativo, em particular, para adequá-lo à nova realidade, mediante a recomposição dos interesses pactuados. São circunstâncias dessa natureza o fato do príncipe, os casos fortuitos e os de força maior

Os autores, com base em nosso Direito Positivo, costumam exigir, como pressupostos da aplicabilidade dessa teoria, que a interferência seja: a) imprevisível (RT 613:137) ou previsível mas de conseqüências incalculáveis; b) anormal (RT 613:137); c)

estranha a qualquer comportamento culposo ou doloso do prejudicado. Assim, não basta apenas a não-previsão contratual:

exige-se que a interferência seja imprevisível, isto é, absolutamente incogitável pelas partes (geada em Recife, independência do Rio Grande do Sul). Os gravames causados à parte prejudicada devem ser anormais (álea extraordinária), gerando profundas e insuportáveis alterações na relação contratual. A revisão, à vista disso, deve ser admitida mesmo que não prevista contratualmente. Os gravames normais e os decorrentes da má gestão do contrato (álea ordinária) não determinam qualquer revisão, devendo ser suportados exclusivamente pelo contratado. Por fim, o prejudicado não pode ter dado causa à interferência, agindo com culpa ou dolo. A interferência deve ser externa ao contrato. Por fim, diga-se que a inflação não se qualifica como causa justificadora da revisão contratual com base na teoria da imprevisão (RT 635:226 e 664:127). Ditos princípios aplicam-se aos contratos administrativos.

A revisão do contrato administrativo para restaurar a composição econômica inicialmente estabelecida pelas partes, tomada irreal ante a ocorrência da circunstância extraordinária e imprevisível, deve ser requerida administrativamente²⁵. Depois de ajustada pelas partes é formalizada por termo de aditamento, conforme se infere dos arts. 60 e 61, § 1. da Lei

25. Essa revisão não pode ser exigida judicialmente, pois estar-se-ia substituindo o administrador pelo juiz, quebrando, assim, o princípio da independência e a harmonia dos Poderes. Cabe-lhe, em juízo, pleitear a rescisão do contrato e a devida indenização.

567

federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A revisão mais freqüente que ocorre com apoio na teoria da imprevisão está relacionada com o valor do contrato. Essa revisão do contrato não se confunde com o reajustamento de preços, definido e analisado no item seguinte. Hoje, o fundamento da revisão está explicitado na alínea d do inciso II do art. 65. que dispõe:

“para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. Nestes termos

é fácil perceber e aceitar que a revisão contratual pode ocorrer antes do prazo de um ano. destinado ao reajustamento, porque de reajustamento não se trata²⁶.

5. Reajustamento de preços

Em países caracterizados pela instabilidade constante da economia. com as conseqüentes e previsíveis elevações dos preços dos bens, serviços e salários, tomou-se regra a instituição, nos contratos administrativos de execução ao longo do tempo. de cláusulas prevendo e regulando a majoração do valor inicialmente fixado nesses ajustes. Aliás, esse mecanismo, antes só admitido pela doutrina e Tribunais, não só é aceito pelo ordenamento jurídico. como a cláusula que o prescreve é tida por ele como necessária. consoante estabelecem o art. 55 e seu inciso III da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Destarte, se não previsto em lei. no edital ou carta-convite, não pode ser concedido. Há de se entender que as partes renunciaram a essa faculdade. celebrando contrato irrevogável. à medida que embutiram no valor do contrato a inflação do período.

O reajuste de preços. como é facilmente percebido. procura preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato inicialmente estabelecido pelas partes. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷, a esse intento, assegura que. “Pela cláusula de reajuste. o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então

26. Em sentido contrário, veja Acórdão do TCU: TC-009.970/95-9. BLC. o. 6. p. 292. 1996.

27. Curso. cit.. p. 344.

demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subseqüentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que. nos tempos atuais. assumem caráter de normalidade, portanto, fica explícito no ajuste o propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira. à medida que se renega a imutabilidade de um valor fixo e se acolhe. como um dado interno à própria avença, a atualização do preço”.

O reajustamento do contrato, por força da Lei do Plano Real. somente é permitido quando o prazo contratual é superior a um ano. Embora seja Assim, esse dispositivo afronta a Constituição Federal. De fato, não há como entendê-lo de outro modo ante o disposto no inciso XXI do art. 37 da Lei Maior. que determina a manutenção das condições efetivas da proposta. Ora. manter as condições efetivas da proposta não é

outra coisa senão a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e se para isso forem necessários reajustamentos em tempos menores que o previsto pela Lei do Plano Real. que sejam feitos. sob pena do desatendimento da determinação constitucional.

6. Repactuação

O Presidente da República, valendo-se do disposto no art. 84. IV. da Constituição Federal. e do prescrito no § 7º do art. 10º do Decreto-Lei federal n. 200. de 25 de fevereiro de 1997. editou o Decreto n. 2.271. de 7 de julho de 1997. que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública federal direta. autárquica e fundacional e dá outras providências. Esse decreto, depois de proibir a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos. estabeleceu: “Art. 52 Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, poderão, desde que previsto no edital. admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato. devidamente justificada”.

A palavra pactuação não existe nos dicionários e, por conseguinte. não existe repactuação. Encontra-se pactuar, que. segundo os dicionaristas. significa combinar, ajustar. contratar, estipular. convencionar, donde se pode afirmar que pactuar expressa o ajuste de interesses sobre uma dada coisa. como é o preço de um certo bem. Repactuar. com mesmo sentido de repactuação. significa tornar a combinar, ajustar, contratar. estipular. convencionar, podendo-se. então, afiançar que repactuar ou repactuação expressa o ajuste de interesse sobre uma coisa que já fora pactuado. como é o preço de determinado objeto. Assim, é seguro dizer-se que o art. 5. antes

569

transcrito, autoriza novo ajuste do preço contratado, desde que o objeto do acordo seja: atividade de conservação, limpeza, segurança. vigilância, transporte. informática, copeiragem. recepção, reprografia. telecomunicação e manutenção de prédios (art. 12, § 12) do referido decreto. Os contratos de obras, de serviços que não esses e de fornecimento terão sua equação econômico-financeira restaurada, conforme o caso, pelo reajustamento ou pela revisão.

A repactuação somente será legal se o objeto do contrato for um dos serviços previstos no § 12 do art. 1 se sua execução for de forma contínua; se prevista no edital

(art. 59); se mediar entre ela e a pactuação do preço o interregno mínimo de um ano; se restar devidamente demonstrada a variação dos componentes dos custos. A repactuação, como se vê, é um processo de restauração da equação econômico-financeira do contrato, que se ombreia, nesse particular, ao reajustamento e à revisão. Só é obrigatória para a Administração Pública federal, autárquica e fundacional (art. 1). Destarte, Estados, Distrito Federal e Municípios não se subordinam ao regime da repactuação, segundo os termos do referido decreto federal, podendo, se o desejarem, instituir legislação própria. Também não se subsumem a esse decreto as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pois observam resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais (art. 92).

O art. 49, ainda que ilegalmente, ao vedar a inclusão nos contratos de cláusulas de indexação de preços por índices gerais, setonais ou que reflitam a variação de custos, acabou por impor a repactuação, para os ajustes especificados no texto do mencionado decreto, como o único critério de restauração da equação econômico-financeira de tais acordos, salvo, certamente, a revisão cujos fundamentos são outros. Na prática, a repactuação é de aplicação muito simples. Após o interregno de um ano, o contratado apresentará pedido de repactuação do contrato que mantém com a Administração Pública, instruído com a demonstração analítica do aumento dos custos, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços referida no subitem 1.1.5. consoante determinado pelo subitem 7.3 da Instrução Normativa n. 18, de 22 de setembro de 1997, do antigo Ministério de Administração e Reforma do Estado — MARE. No caso dos custos baixarem, caberá à Administração Pública contratante promover a repactuação, pois esse critério de restauração da equação econômico-financeira tem por objetivo a adequação do valor do contrato aos novos preços de mercado. Acertada a repactuação, deve ser assinado pelas partes o competente aditamento contratual. A repactuação deverá repetir-se a cada ano enquanto vigorar o contrato. O primeiro interregno de um ano é contado da data da proposta. da data do orçamento a que a proposta

570

se referir ou da data da última repactuaçãoO, prescreve o subitem 7.1 da indigitada Instrução Normativa n. 18/97.

7. Direitos e obrigações das partes

Em termos de execução, ressalta, desde logo, a preocupação de se saber quais são os direitos das partes envolvidas no ajuste. Assim, quais os principais direitos da Administração Pública? Quais os do contratado? A Administração Pública assegura-se,

substancialmente. o direito de obter. nas exatas condições do ajuste. o objeto do contrato. A par disso, e certamente com o intuito de garanti-lo, também se atribuem à Administração Pública as competências de fiscalizar, orientar, interditar, intervir e aplicar penas. Esses direitos são exercitáveis mesmo que inexpressos, pois inerentes à Administração Pública, quando vinculada, como contratante, a certo contrato. Ao contratado garantem-se, essencialmente, a inalterabilidade do objeto, o recebimento do preço nos termos e condições avençados e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Qualquer alteração nesses direitos pode ensejar ao contratado a oportunidade para solicitar a rescisão do contrato e o correspondente pedido de indenização, desde que o faça judicialmente. Observe-se que, em tese, o contratado não pode, por si só, paralisar a execução, mesmo que a Administração não cumpra com suas obrigações. A paralisação deve ser pleiteada em juízo e requerida, in limine, a dispensa da execução do contrato, ouvida a Administração Pública contratante. Em favor do particular somente se aplica a cláusula da exceção do contrato não cumprido nos termos e condições do inciso XV do art. 78 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Em contrapartida a esses direitos, cabem a cada parte determinadas obrigações. Substancialmente, em relação à Administração Pública, toca-lhe pagar nas condições fixadas o valor do contrato. Não devem ocorrer comportamentos que procrastinem o pagamento. Tudo deve ser feito para que na época acertada o valor a que faz jus o contratado esteja à sua disposição. Os valores devidos e pagos depois dos respectivos vencimentos devem ser acrescidos dos juros de mora e de correção monetária, conforme têm entendido os nossos autores. Hoje esse dever costuma ser consignado no contrato administrativo (art. 55). Nesse particular o Estatuto federal Licitatório seguiu a Lei paulista n. 6.544/89, que sobre prever esses acréscimos quando o pagamento é feito com atraso (art. 74), determina que se apure a responsabilidade do agente que lhe deu causa. O pagamento, observe-se, com atraso superior a noventa dias pode ensejar a suspensão do contrato, consoante o inciso XV do art. 78 do Estatuto federal Licitatório.

571

De parte do contratado, em essência e a título de obrigações, cabe-lhe executar e entregar o objeto do contrato, conforme o avençado: reparar, corrigir, remover, reconstruir e substituir no todo ou em parte o que executou com vícios, defeitos ou em desacordo com o estabelecido no contrato:

responder pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais e pelos danos que, por culpa ou dolo seus, causar a terceiros ou à própria Administração. Essas obrigações estão indicadas no art. 69 usque 71 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. O descumprimento das obrigações comerciais, financeira, trabalhistas e fiscais não transfere à Administração Pública o dever de pagá-las, embora responda solidariamente pelos encargos previdenciários (art. 71, § 22). Tal inadimplência, ademais, não onera o objeto do contrato nem restringe a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis, consoante estabelece o art. 71, § 12, dessa lei.

Esses, em rápidas informações, são os direitos e deveres das partes nos contratos ditos de colaboração (obras, serviços e fornecimento). Nos contratos de atribuição, a exemplo da concessão de uso, as partes, nesse particular, têm outro tratamento. Nesses contratos, à Administração Pública, como obrigação, cabe a entrega do bem e, como direito, receber o valor ajustado: ao contratado cabe, como obrigação, pagar o valor ajustado na época e nas condições previstas e, como direito, receber e usar o bem sem molestamento. Os contratos de concessão de serviço público são regulados por lei própria no âmbito da União e de alguns Estados, como ocorre em São Paulo e no Rio de Janeiro, que prevêm os direitos e obrigações do concedente e do concessionário.

8. Equação econômico-financeira

Também é chamada de equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo. É a relação de igualdade entre os encargos do contratante particular e a correspondente remuneração a que fac jus, fixada no contrato administrativo para a justa compensação do pactuado. De modo bem simples pode ser representada pela fórmula $E=R$. Essa relação encargo — remuneração é inatingível por ato do Poder Público, e como tal deve ser mantida durante toda a vigência do contrato. Desse modo, qualquer alteração unilateral que onere²⁹ (obrigação de construir abrigo para

572

passageiros em pontos de parada de ônibus) ou desagrave²⁹ (redução do percurso de uma linha de ônibus) a execução da prestação a cargo do particular, feita pela Administração Pública, deve ser levada em conta para o restabelecimento desse equilíbrio. Tal alteração impõe ao Poder Público contratante a imediata obrigação de promover o reajustamento correspondente, de forma que, de pronto, ocorra o reequilíbrio da avença. No caso de contrato de concessão de serviço público, essas operações (onerar e reajustar) devem ser concomitantes³.

O reequilíbrio pode ser feito mediante reajustamento ou revisão, cujos regimes foram explanados anteriormente. O fundamento legal do reajustamento encontra-se nos arts. 55. III e 65, § 8. enquanto o da revisão acha-se no art. 65. II. d. e no § 62 desse mesmo dispositivo. Ditas regras. consignadas nesses preceptivos da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, são obrigatórias e de aplicação imediata, isto é, verificado o desequilíbrio, o reajuste ou a revisão, tomadas as cautelas de estilo. deve ser concedido. Qualquer retardamento no restabelecimento da referida igualdade ensancha ao particular o direito de pedir em juízo a rescisão da avença e pleitear perdas e danos ou. ainda, solicitar a rescisão contratual. Com esse imediato acerto o contratante particular não sofrerá redução indevida nos seus interesses econômicos e financeiros nem auferirá vantagens sem justa causa. ainda que esta última hipótese não esteja explicitada em qualquer dispositivo da lei. O princípio no entanto foi expressamente acolhido no § 5, também desse artigo. Essa é a doutrina universalmente aceita.

9. Fato do príncipe e fato da Administração

No nosso Direito Positivo, fato do príncipe — ato ou fato da autoridade pública — é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível ou previsível mas de conseqüências incalculáveis, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular. 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

28 Para essa hipótese veja RDA. 190:185.

29. Para essa hipótese confira RT. 723:32.

30. Veja art. 9. § 4. da Lei federal n. 8.987/95.

573

que causar serão resolvidos pela teoria da imprevisão. Essa também é a inteligência de Maria Sylvia Zaneila Di Pietro³. A proibição de importar para equilibrar a balança comercial e a proibição de fabricar, transportar ou guardar certos produtos ou mercadorias porque perigosos à saúde pública. como é o caso do isocianato de metila. são exemplos de fato do príncipe se de qualquer modo incidirem em termos econômico-financeiros sobre o contrato celebrado com a entidade autora desses provimentos. Essas medidas gerais desequilibram a equação econômico-financeira do contrato e impõem a obrigação de indenizar. O fundamento teórico-doutrinário da obrigação de indenizar o

contratado por danos decorrentes desse comportamento reside no fato de que a Administração Pública não pode causar prejuízo aos administrados e, muito menos, àqueles com quem ajusta certo negócio. ao promover o interesse público. E o mesmo fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. O fundamento constitucional está no § 6 do art. 37 da Lei Maior, enquanto o legal encontra-se na alínea d do inciso II do art. 65 e no § 52 desse mesmo artigo.

O provimento estatal tanto pode onerar (fato do príncipe positivo) como desonerar (fato do príncipe negativo) o contratado. No primeiro caso tem-se, como exemplo, o rompimento das relações comerciais com certo país em decorrência de provimento federal. Tal acontecimento onera a execução do contrato celebrado com a União, dado que outra solução, em substituição à que envolvia o bem que não pode mais ser importado, deve ser engendrada, com os conseqüentes estudos, projetos, bens e mão-de-obra. Tudo, é óbvio, tem um custo além do natural atraso na execução do contrato, não computado no valor inicialmente ajustado. No segundo caso tem-se, como exemplo, a extinção de determinado tributo municipal. Esse fato diminui os encargos do contratado no ajuste celebrado com o Município, e, de todo modo, a recomposição da equação econômico-financeira deve ocorrer. A determinação estatal, como transparece nesse exemplo, há de ser geral, isto é, não pode visar diretamente o contratante ou o contrato, que são atingidos reflexamente, sob pena de caracterizar fato da Administração.

A determinação estatal há também de ser imprevisível ou previsível mas de conseqüência incalculável. É imprevisível quando as partes sequer podiam cogitar de seu advento. É o que aconteceria se num período de prestígio à importação, abrindo-se os portos nacionais para todos os produtos estrangeiros, ocorresse, por determinação federal, o aumento exacerba-

31. Direito administrativo. cit., p. 231.

574

do da taxa de importação. Tal medida por certo importaria um pesado ônus ao contratado, obrigando a Administração Pública federal contratante a promover a imediata compensação. Pior seria se, em vez do aumento dessa taxa, fosse proibida a importação de certa válvula, necessária à fabricação de um equipamento contratado pela Administração Pública federal. Essa vedação inimaginável pelas partes inviabilizaria a execução do ajuste nos termos do que fora pactuado e importaria à Administração Pública contratante o dever de indenizar todos os prejuízos. Também observa esse regime a determinação estatal previsível, mas de conseqüências incalculáveis. E o que se daria

com a desvalorização da moeda quando todos os fatos e acontecimentos econômicos apontam para essa medida, mas tanto as consequências quanto a data da decretação e o percentual são inimagináveis. Em ocorrendo, nesses termos, a desvalorização da moeda, impõe-se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ademais, o gravame causado pela determinação deve ser de tal grandeza que dificulte sobremaneira a execução ou mesmo impossibilite a continuidade do vínculo. Se não for dessa natureza, nenhuma relevância tem para a ordem jurídica, e sequer se presta para justificar a revisão do contrato. O contratado deve suportar os riscos normais do negócio em que está envolvido. A variação normal dos preços e as mudanças normais do contrato são o risco natural do contratado, como ensina Carlos 5. de Barros Junior (Contratos administrativos, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 77).

O fato do príncipe não se confunde com o fato da Administração Pública. Este incide diretamente sobre o contrato, retardando ou impedindo sua execução. Aquele é uma determinação estatal geral que só reflexamente atinge o contrato. Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 223) dá, entre Outros, como exemplos de fatos da Administração os seguintes: a) a não-entrega do local da obra ou serviço para o contratante particular cumprir sua parte no ajuste; b) a não-desapropriação das áreas necessárias à execução da obra a cargo do contratante particular; c) o atraso no pagamento por longo tempo. Pode-se, assim, defini-lo como todo ato ou fato, comissivo ou omissivo, do contratante que dificulta ou impede a execução do contrato. Esse comportamento, por certo, libera o contratado de qualquer responsabilidade pelo atraso ou inexecução do ajuste. No inciso XVI do art. 78 do Estatuto federal Licitatório está previsto um exemplo de fato da Administração (não-liberação, por parte da Administração Pública contratante, de área, local ou objeto necessário à execução do contrato). A ocorrência da hipótese pode ensejar, por parte do contratado, o competente pedido administrativo de recomposição de prejuízos ou o pedido judicial de rescisão do Contrato e responsabilização da Administração Pública contratante, pois, na

575

verdade, há inadimplemento. O que, em princípio, não se lhe permite é a paralisação da execução do ajuste com fundamento na cláusula da exceção de contrato não cumprido, salvo na hipótese do art. 78. XV. do Estatuto federal Licitatório. Essa ressalva, no entanto, parece-nos de duvidosa aplicabilidade, dado o veto apostado ao inciso IV do art. 79. Tal inciso viabilizava essa faculdade. O mesmo se pode afirmar em relação ao § 4 desse artigo.

10. Subcontratação e cessão do contrato

A execução dos contratos, notadamente os de obra pública, exige uma diversidade de equipamentos, instalações e recursos humanos e a aplicação de tecnologia avançada, que o contratado muitas vezes não tem. Por essa razão é mais vantajoso e seguro o trespasse de certos serviços a terceiros com comprovada experiência na sua execução. É comum, à vista disso, a lei, o edital e o próprio contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, preverem e regularem a transferência da execução de parte do objeto (obra, serviço, compra) do contrato a terceiro escolhido pelo contratado. O que não se admite é o trespasse de qualquer obrigação, ainda que em parte, sem a prévia anuência do Poder Público contratante e a satisfação das exigências legais, onde se incluem a previsão editalícia e a comprovação das condições de habilitação dos processos licitatório e de contratação direta, conforme o caso.

Esses ajustes celebrados com a anuência, sempre necessária, da contratante, já que lhe cabe fixar, a cada caso, o limite em que são admitidos, são chamados de subcontratos, e a operação que os envolve é chamada de subcontratação. O contratado, por exemplo, subcontrata com terceiro a execução das fundações e dos sistemas hidráulico e elétrico de um edifício público, cuja execução por força contratual lhe cabe. Embora seja Assim, continua respondendo, perante a contratante, pela execução do objeto do contrato como um todo. Desse modo, a Administração Pública contratante não se relaciona, nem tem por quê, com o subcontratado. Qualquer problema surgido, relacionado com o objeto da subcontratação, é solucionado entre o contratado e o subcontratado, e a Administração Pública contratante sobre ele se reporta com o contratado. Todos os valores são pagos ao contratado, cabendo a este, nos termos da subcontratação, pagar o subcontratado. Diga-se, ainda, que, resolvido o contrato, resolvidos estão esses subcontratos.

Tais subcontratações, sobre se justificarem plenamente pelas razões já expostas, não são obstadas, em tese, pelo caráter pessoal (*intuitu personae*)

576

da contratação. Com efeito, a execução, embora pessoal, não é personalíssima, portanto, nos termos e condições em que foram previstas em lei, no edital e no próprio contrato, essas subcontratações são permitidas e, o que é mais importante, legítimas. Personalíssima, no caso, é só a responsabilidade. O contratado, por esse motivo,

responde perante a Administração Pública contratante pelos seus atos. por evidente, e pelos atos e comportamentos do subcontratado.

A faculdade de subcontratar está expressamente prevista no art. 72 do Estatuto federal Licitatório. Segundo esse dispositivo, o contratado. sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais. poderá subcontratar partes da obra. serviço ou fornecimento. O edital e o contrato deverão prever essa possibilidade e condicionar seu exercício. Se nada dispuserem esses instrumentos, cremos não ser possível a subcontratação. visto o que prescreve o art. 78. VI. do Estatuto federal Licitatório. Nesses casos a subcontratação será motivo de rescisão do contrato. A subcontratação deve anuir a Administração Pública depois de verificar em que limite ela está sendo proposta e o resguardo do interesse público envolvido. Durante a vigência do contrato, podem ocorrer subcontratações sucessivas (termina uma. tem início outra) ou mesmo simultâneas (duas ou mais são celebradas ao mesmo tempo: uma para a execução da estrutura. outra para a da alvenaria). Diga-se. ainda, que podem ser celebradas duas, por exemplo, com o mesmo subcontratado ou duas. v. g.. com subcontratados distintos.

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública vai mais além e admite a subcontratação total (toda a execução do contrato passa para terceiro. sem que o subcontratante se desvincule do contrato) do objeto e a cessão (transferência, parcial ou total, dos direitos decorrentes do contrato a terceiro. com o cedente desvinculando-se no todo ou em parte do contrato cujos direitos foram cedidos) se essas operações estiverem previstas e reguladas no edital. O dispositivo (art. 78. VI) que autoriza essas operações não é assim tão claro e preciso. e a essa assertiva chega-se por via de uma interpretação a contrario sensu. que dito preceptivo permite. Observe-se que essa lei só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação. total ou parcial. e a cessão ou transferência. total ou parcial. se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório essas operações são válidas. desvinculando-se ou não. em parte ou por completo. o contratado do contratante. Não cabe. Assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém. não selecionado por esse procedimento. acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública.

A subcontratação e a cessão também seriam legítimas. ainda que não referidas no edital e no contrato em situações especiais (falência do contra-

577

tado), se ajustadas com licitante participante do procedimento que selecionou o contratado, observada a ordem de classificação. Com essas cautelas não se fraudaria

qualquer princípio ou regra jurídica e atender-se-ia ao interesse público. uma vez que não haveria solução de continuidade na execução do contrato. A subcontratação e a cessão também seriam legítimas quando a contratação não exigisse qualquer procedimento licitatório. Assim nos parece dado que, se não se realizou licitação, por tratar-se de caso de inexigibilidade, não haveria motivo algum para ser exigida na cessão ou transferência total do contrato. O mesmo não se pode afirmar se a contratação ocorreu com dispensa, pois esta deve ser examinada a cada caso. O que hoje, em termos de licitação, é dispensável, amanhã pode não ser.

11. Recebimento do objeto

O cumprimento do contrato ocorre com a entrega e o recebimento do seu objeto, nos termos do pactuado. Com a entrega e o recebimento do objeto do contrato, as partes, em tese, liberam-se de suas respectivas responsabilidades: voltam à situação anterior à contratação. Esse recebimento pode ser provisório (efetuado em caráter experimental e para verificar a perfeição do objeto recebido em termos de qualidade, resistência e operatividade) ou definitivo (realizado em caráter permanente), sempre que não há possibilidade ou necessidade de se comprovar a qualidade, resistência ou operatividade do bem.

A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública regula, em detalhe, essas modalidades de recebimento nos arts. 73 a 76. Com efeito, estabelece o art. 73 desse diploma legal, na alínea a do inciso I, que a obra ou serviço será recebido provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, no prazo de quinze dias contados da comunicação escrita do contratado, enquanto na alínea b prescreve que será recebido definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o prazo de observações ou de vistoria que comprove sua adequação aos termos do contrato. Esse prazo não pode ser superior a noventa dias, salvo situação especial devidamente justificada e prevista no instrumento contratual (art. 73, § 32). Se o termo circunstanciado e a verificação, mencionados nesse artigo, não forem viabilizados nos prazos fixados, reputar-se-ão realizados desde que comunicado à Administração Pública contratante nos quinze dias anteriores à sua conclusão (art. 73, § 32). É certo que, em tais casos, não está a Administração Pública contratante impedida de exigir do contratado

a correção dos defeitos constatados posteriormente. tanto quanto esse recebimento legalmente presumido não exclui a responsabilidade do contratado pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem obsta a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo ajuste. Nem poderia ser de outro modo, pois se com o recebimento tradicional o contratado não se libera dessas responsabilidades, com mais razão não há por que ser liberado quando o recebimento é fictício. No inciso II desse mesmo dispositivo está disciplinado o recebimento quando se tratar de compras ou locação de equipamentos. De fato, a alínea a estabelece que o recebimento será provisório, para permitir posterior verificação da conformidade dos bens recebidos com a respectiva especificação, enquanto a alínea b dispõe que o recebimento será definitivo, após a verificação da qualidade e quantidade dos bens recebidos e conseqüente aceitação.

E dispensado o recebimento provisório nos casos de gêneros perecíveis; alimentação preparada; serviços profissionais; obras e serviços de valor até R\$ 80.000.00. desde que não se componham de instalações, equipamentos e aparelhos sujeitos a verificação de funcionamento e produtividade. consoante dispõe o art. 74, III, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. O dispositivo em apreço regula a hipótese para qualquer obra ou serviço, não se limitando, Assim, às obras e serviços de engenharia, como à primeira vista poderia parecer.

A Administração Pública rejeitará o objeto do contrato (obra, serviço ou fornecimento), no todo ou em parte, se estiver em desacordo com a legislação. com o edital ou com o contrato, ex vi do art. 76 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, embora essa regra só mencione executado em desacordo com o contrato. A rejeição em tais termos e condições é legítima, mesmo que não prevista nos citados instrumentos jurídicos, se exercitada antes do recebimento definitivo, dado que da essência dos contratos. Observe-se que, nos contratos administrativos que têm por objeto a execução de uma obra, pode-se aplicar o disposto no art. 1.242, segunda parte. do Código Civil, que faculta ao dono das obras enjeitá-las quando o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados ou das regras técnicas observáveis, obrigatoriamente, em trabalhos dessa natureza, ainda que tal faculdade não tenha sido prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Se a rejeição não lhe interessar, a contratante poderá receber o objeto do contrato com abatimento do preço fixado, como prevê, entre outras. a Lei paulista n. 6.544 (art.

95). A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, a esse respeito, nada regulou. Sendo assim, cremos

579

que sua utilização está vedada aos que se submetem às suas imposições. como é o caso da União. Com efeito, a Administração Pública só pode agir na presença de uma lei. Ademais, nesse particular, esse Estatuto previu outra solução, isto é, a rejeição do objeto executado em desacordo com o contrato. Se o legislador, que podia, não previu o seu recebimento, nesses casos, com abatimento no preço, há de se entender que não quis facultar essa possibilidade à Administração Pública. E se essas razões não bastassem, diga-se que o recebimento com abatimento, sem previsão e disciplina, ficará muito subjetivo, ensejando conluio e, por conseguinte, corrupção. Por fim, diga-se que o recebimento em desacordo com o instrumento convocatório e com o contrato caracterizaria mudança do objeto, e isso não se concebe. Desse entendimento não escapam os contratos de obras públicas, pois não se lhes pode aplicar o disposto no art. 616 do Código Civil, que permite ao dono, no caso em que o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados ou das regras técnicas observáveis em trabalhos dessa natureza, receber a obra com abatimento no preço.

Só o recebimento definitivo libera o contratado de suas obrigações, salvo no que respeita às responsabilidades: a) pela solidez e segurança da obra; b) ético-profissional pela perfeita execução do contrato, conforme dispõe o § 2 do art. 73 do Estatuto federal Licitatório.

Na primeira hipótese e no que concerne à solidez e segurança da obra, o contratado responde, a teor do art. 618 do Código Civil, durante cinco anos, contados da data do recebimento definitivo, quer a empreitada seja de materiais e mão-de-obra, quer simplesmente de mão-de-obra (contrato de labor). Na primeira espécie de empreitada, o contratado responde pelos defeitos do material e da mão-de-obra; na segunda, só responde pelos vícios da mão-de-obra, salvo se não rejeitou, a tempo, o material visualmente defeituoso. Essa responsabilidade, por ser legal, é exigível mesmo que a respeito sejam omissos o edital e o contrato, mas restringindo-se apenas a edifícios (obra específica e imediatamente utilizável pelo homem, como a casa e a igreja) e construções consideráveis (obras de grande porte). Por ser legal, não admite redução de seus efeitos nem liberação do contratado, mas, contratualmente, pode ser ampliada. O prazo de cinco anos é de garantia, e como tal não admite interrupção ou suspensão, embora possa ser dilatado contratualmente. Dentro desse prazo, o contratado responde

por qualquer defeito que surja e coloque em risco a solidez e a segurança da obra. Para essa responsabilização, o proprietário da obra não tem necessidade de demonstrar que o contratado agiu com culpa ou dolo. Tal demonstração só é necessária se o defeito aparecer após o prazo de garantia, isto é, depois dos cinco anos do recebimento definitivo da obra. O direito de, nesses casos,

580

responsabilizar o contratado prescreve em vinte anos, contados não do recebimento definitivo, nem do escoamento dos cinco anos, mas da data do surgimento do vício ou defeito (RF. 275:352).

Na segunda hipótese e no que se refere à responsabilidade ético-profissional, o contratado, nos termos do citado § 2 do art. 73 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, responde pelo seu comportamento, isto é, pela consequência de ordem penal e patrimonial a que sua falta ético-profissional der causa. As faltas éticas são, substancialmente, o plágio, a usurpação e a alteração do projeto.

12. Pagamento

O art. 40 do Estatuto federal das Licitações arrola o que deve constar obrigatoriamente do edital e, embora não o prescreva, no que couber, da carta-convite. As condições de pagamento estão previstas no inciso XIV. Em termos vulgares, pagamento é o que se dá a alguém pela aquisição de um serviço ou de um bem. E o cumprimento de uma dívida peduniária. Tecnicamente, é a satisfação de uma obrigação nas condições e termos ajustados entre credor e devedor. Nesse inciso, a palavra “pagamento” tem o sentido comum, conforme se depreende de suas várias alíneas: cumprimento de uma obrigação pecuniária. Dos vários incisos desse artigo chega-se, substancialmente, às seguintes considerações: o prazo de pagamento não pode ser superior a trinta dias, contados da data final do período de adimplemento, que é considerado pelo § 3 desse artigo a data da entrega do serviço, da obra ou do material ou qualquer outro evento que pelo contrato seja suficiente a desencadear processo de cobrança, a exemplo da execução de parte dos serviços contratados. O pagamento deve ser feito em moeda corrente nacional, segundo o cronograma de desembolso máximo e em conformidade com as disponibilidades financeiras, observada a ordem cronológica de sua exigibilidade em confronto com outros, salvo se presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada (art. 5º) ou quando tratar-se de despesas cujos valores não ultrapassem o limite referido no inciso II do art. 24. Esses pagamentos deverão ser efetuados em

cinco dias úteis (art. 52, § 32)³², Em qualquer hipótese deve ser observada a devida fonte de recursos. A falta de pagamento por mais de noventa dias é motivo de pedido de rescisão contratual por parte do

32 O § 3 do art. 5º foi acrescentado pela Lei federal n. 9.648/98.

581

contratado, prescreve o art. 78, XV, salvo os casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna e guerra.

Quanto ao valor a ser pago há de ser atualizado desde a data do adimplemento até a data do efetivo pagamento. observado, naturalmente, o regime do Plano Real. que só permite atualizações depois de um ano, portanto, se o pagamento está fora do limite legal, mas dentro do ano, nenhuma atualização deve ser promovida. Sempre que o pagamento for antecipado. deve haver o correspondente desconto. Observe-se que a antecipação só tem cabida se o credor cumpriu com sua obrigação, entregando o bem ou executando a obra ou o serviço ou partes deles conforme previsto no contrato e se não há afronta à cronologia dos pagamentos.

De outras disposições retiram-se mais estas considerações: no caso de licitações internacionais, a proposta de proponente brasileira pode ser feita em moeda estrangeira. que será convertida em moeda nacional na data do pagamento. Antes do pagamento deve-se verificar se há multa exigível, ou seja, resultante de processo administrativo em que se deu ao contratado amplo direito de defesa, e se não há medida judicial contra ela com medida liminar em vigor. Não havendo qualquer desses óbices, seu valor deve ser descontado, conforme permitem os arts. 86, § 32, e 87, § 1. da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, do pagamento a ser feito ao contratado. Os mesmos cuidados devem ser observados quando o contratado deve certo valor em razão de prejuízos causados à Administração Pública contratante.

O pagamento normal é o que a Administração Pública contratante faz ao contratado quando este cumpriu com suas obrigações, entregando a obra. o serviço ou os bens, e está, segundo o contrato, em condições de receber o correspondente valor: é o comum. O excepcional é o pagamento adiantado ³³, ou seja, o efetuado pela Administração Pública contratante ao contratado. antes que este tenha cumprido sua obrigação com a entrega da obra. do bem ou do serviço, mas tendo satisfeito as condições do contrato para viabilizar esse procedimento. O pagamento adiantado sempre foi contestado pela doutrina e pelos Tribunais de Contas, que só o admitem em

situações excepcionais. especialmente devido à falta de legislação que lhe dê fundamentação e validade, se previsto no edital e no contrato e formalmente

33 Sobre a legalidade e condições do pagamento adiantado. veja nosso estudo: Paga-mento antecipado nos contratos administrativos. RDP. 97:239. Confira também. entre outros. Antonio Roque Citadini. Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. 3. ed. rev. e atual.. São Paulo. Max Limonad. 1999, p. 348.

582

garantido. mediante a prestação de uma das garantias previstas no art. 56 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Não há, diga-se desde já, qualquer disposição legal genérica expressa, embora exista o art. 38 do Decreto federal n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986. que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, prescrevendo essa proibição, aplicável, no entanto, somente à União. De sorte que para as demais unidades federadas, salvo prescrição própria, continua não existindo qualquer disposição legal expressa que proíba essa espécie de pagamento. A vedação é extraída dos arts. 62 e 63 da Lei federal n. 4.320/64, que dispõe sobre contabilidade e orçamentação pública. A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, ainda que não expressamente. admite o pagamento adiantado nos casos de compras, na medida em que seu art. 15, V, estabelece sua submissão às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado. Neste, todos conhecem, na assinatura do pedido, antes de receber a obra, o bem ou o serviço, e paga-se uma parte do preço ajustado, sob pena de não ser celebrada a contratação. O pagamento adiantado é condição sine qua non da realização do contrato. Ora, se é assim que ocorre no setor privado e se às mesmas regras deve submeter-se a Administração Pública, é evidente que essa lei admite o pagamento adiantado, observadas, por certo, as cautelas de estilo. Para as obras e serviços, o pagamento adiantado é inferido da alínea e do inciso XIV do art. 40, também do Estatuto federal Licitatório. De fato, não se vê outra utilidade do seguro aí previsto senão para garantir pagamento adiantado, como de certa feita o Tribunal de Contas da União entendeu legítimo determinado pagamento adiantado e assim garantido³⁴. A regra, portanto, é a não-admissão dessa espécie de pagamento, aliás, como se disse. vedado pelo art. 38 do referido Decreto federal n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986.

IV — ALTERAÇÃO DO CONTRATO

1. Conceito

O contrato é lei entre as partes. É a velha máxima romana prescrevendo que os pactos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*). Apesar de ser

34. Veja Acórdão n. 152/98 do TCU. DOU. 12maio 1998.

583

Assim, em algumas hipóteses. a doutrina e o Direito Positivo têm admitido a sua alteração. Por evidente, só em determinadas circunstâncias e sob certas condições a alteração é legítima. Alteração é. pois. toda modificação que o contrato pode sofrer. O Estatuto federal Licitatório trata da alteração dos contratos. substancialmente. no art. 65.

2. Espécies

Nos termos do mencionado dispositivo, a alteração pode ser administrativa e consensual. A primeira, chamada pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública de unilateral, cabe exclusivamente à Administração Pública contratante nas hipóteses previstas, ou seja: 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 redução quantitativa de seu objeto. nos limites estabelecidos no próprio Estatuto federal Licitatório. A segunda. denominada acordo. cabe quando for: a) conveniente a substituição da garantia de execução: b) necessária a modificação do regime de execução da obra. serviço ou fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originais: c) necessária a modificação da forma de pagamento. mantido o valor inicial e vedada a antecipação de pagamento: d) necessária para a manutenção da relação econômico-financeira inicialmente pactuada.

3. Onde pode incidir a alteração

A alteração unilateral do contrato só pode incidir nas cláusulas regulamentares ou de serviços, isto é, nas de execução a cargo do contratado. e nas cláusulas disciplinadoras do prazo (extinção antecipada). consoante tem apregoadado a doutrina. observados, como limites, a lei. o edital e a proposta. Na possibilidade de alteração das cláusulas de serviços está a viabilidade da alteração do objeto. cuja execução. por óbvio, cabe ao contratado. Fora daí. não se pode falar em alteração unilateral do contrato. Com efeito, é reconhecida como direito do contratado a inalterabilidade das cláusulas de preço e de condições de pagamento. as quais só mediante acordo ou processo administrativo no qual foi assegurado ao contratado amplo direito de defesa podem ser alteradas (RSTJ. 52:305). Embora seja Assim, é evidente que a alteração unilateral

dessas cláusulas, chamadas de financeiras, não só é possível como é legítima. na medida em que a Administração Pública contratante

584

suprime ou acresce o objeto do contrato. consoante está expressa- mente previsto na alínea b do inciso I do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, ou quando por motivos técnicos reduz o trabalho do contratado. diminuindo seus custos. Nesses dois exemplos o contratado fica desonerado de boa parte de seus encargos econômico-financeiros: daí. e para que não haja de sua parte locupletamento sem causa. a alteração dessas cláusulas. A alteração nesses casos é uma decorrência da modificação da cláusula de serviço, onde a recomposição dos interesses patrimoniais é sempre necessária.

Os incisos I e II do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública prevêm quando é possível a alteração unilateral e a consensual. Cabe a alteração unilateral nos seguintes casos: “a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para a 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”. E viável a alteração consensual do contrato nas seguintes hipóteses: “a) quando conveniente a substituição da garantia de execução: b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço. bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários: c) quando necessária a modificação da forma de pagamento. por imposição de circunstâncias supervenientes. mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento. com relação ao cronograma financeiro fixado. sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para justa remuneração da obra. serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado. ou ainda, em caso de força maior. caso fortuito ou fato do príncipe. configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. Ademais. qualquer alteração na execução que leve ao desequilíbrio da igualdade encargo —remuneração deve ser imediatamente compensada em termos econômico-financeiros, conforme prevê o § 6 do art. 65 do Estatuto.

4. Acréscimos e supressões

O valor inicial do contrato pode sofrer, dependendo do interesse público, acréscimos e supressões de até 25% nos casos de obras, serviços

585

e compras, em razão de alterações quantitativas do objeto, conforme estabelece o § 1º do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Ditas alterações, a que não pode opor-se o contratado, são cumpridas por ele nas condições originais do ajuste. Atente-se que as alterações, acréscimos e supressões têm por base o valor inicial atualizado do contrato, não o seu objeto, à data em que esses acréscimos ou supressões são necessários. Na atualização do valor inicial do contrato somente deve-se levar em conta o acréscimo da correção monetária cabível, isto é, a permitida pela Lei do Plano Real. Assim, não se prestam para atualizar o valor inicial do contrato os acréscimos decorrentes de prorrogações e de anteriores atualizações, por exemplo. Calculado esse percentual, verifica-se o que deve ser acrescido ou suprimido do objeto, dividindo-se esse valor pelo preço unitário do que deve ser acrescido ou suprimido, de tal forma que qualquer dessas operações não leve a um valor maior do que o permitido. Assim deve ser sob pena de burla à licitação, dado que se estaria contratando sem ela³⁵. Esses percentuais de acréscimos não podem ser ultrapassados, haja vista a expressa vedação contida no § 22 do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, salvo nos casos de supressões decorrentes de acordo, consoante prescreve o inciso II desse parágrafo. Nos casos 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 Pública pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados. No caso de reforma de prédios e equipamentos, esse percentual pode chegar a 50% do valor inicial atualizado do contrato, ex vi do disposto no § 12 desse artigo.

Não observam o limite de 25% as alterações qualitativas que o objeto do contrato pode sofrer. Alterações qualitativas são as decorrentes da modificação do projeto ou de suas especificações³⁶. Também escapam desses limites as chamadas agravações ou sujeições imprevisíveis, ocorrentes durante a execução do contrato. Agravações ou sujeições são ocorrências

35. O ajuste desses acréscimos não é outra coisa senão um contrato administrativo sem licitação ou um caso de dispensabilidade licitatória.

36. Nesse sentido confira Caio Tácito. Temas de direito público. Rio de Janeiro. 1977. p. 1399. entre outros.

586

materiais excepcionais e imprevisíveis que dificultam a execução do contrato, tal como a descoberta de um lençol freático insuspeitado. no exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello. Nesses casos. ainda que ultrapassável esse limite de 25% do valor atualizado do contrato, há de haver acordo para a alteração do contrato. Se o acordo não ocorrer, deve a Administração Pública consultar os demais participantes da licitação sobre o interesse na assunção do contrato nas condições do contratado, tendo presente a necessidade dessa alteração contratual. Não havendo aceitação por nenhum dos consultados, deve ser promovida nova licitação, prescrevendo-se no instrumento convocatório a mencionada dificuldade.

5. Aditamento

O instrumento de alteração do contrato é o aditamento (complemento do contrato para dele ficar constando o que a contratante determinou ou o que as partes ajustaram). Pode ser de natureza uni ou plurilateral. É unilateral quando a alteração decorre apenas da vontade da Administração Pública contratante. Nesses casos, formaliza-se por decreto, ordem de serviço ou outro instrumento de igual natureza. É plurilateral quando surge da vontade das partes. Aqui formaliza-se por aditamento propriamente dito. Ademais. nessas alterações devem ser observadas a forma e a formalidade exigidas para a celebração do contrato. Destarte, formaliza-se a alteração por termo de aditamento ou por ordem de serviço se o contrato foi formalizado. respectivamente, através de termo de contrato ou ordem de serviço. Tal formalização está expressamente dispensada para as alterações mencionadas no § 82 do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Para a configuração dessas situações, que o Estatuto não considera alterações, basta, como enuncia o indigitado dispositivo, o seu registro mediante apostila. Apostila, segundo a Enciclopédia Jurídica Eletrônica Leib Soibelman. “é a nota que se acrescenta a algum papel público sob a forma de anotação às margens”. É anotação que deve ser feita no instrumento de contrato juntado ao processo que lhe deu origem, como determina o art. 60 dessa lei.

O aditamento também deve ser publicado, para que possa adquirir eficácia (art. 61, § 12), observadas, no que couber. as considerações que a esse respeito fizemos sobre

a publicação do contrato no riem II. n. 4, deste Capítulo, para onde, evitando repetir a matéria, remetemos o leitor.

Mutatjs mutandis, em relação a esse instrumento da alteração contratualL deve-se observar tudo o que dissemos sobre o contrato.

587

V — INEXEÇÃO DO CONTRATO

1. Conceito

O contrato é celebrado para ser cumprido. Com efeito, ninguém celebra um contrato para descumprir-lo. Mas, por motivos vários, isso pode não acontecer e. com ou sem culpa da parte. o contrato resta, total ou parcialmente. inexecutado. Inexecução, portanto, é o descumprimento parcial ou total. do contrato, com ou sem culpa da parte inadimplente, A inexecução do contrato está regulada pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública na Seção V do Capítulo III. juntamente com a rescisão.

2. Espécies

A inexecução pode ser parcial (descumprimento de uma parte do contrato) e total (descumprimento integral do ajuste). No primeiro caso, uma das partes. a Administração Pública, por exemplo, não observa o prazo estabelecido numa certa cláusula. No segundo. o contratado não executa o objeto do contrato. Ainda, a inexecução pode ser com culpa ou sem culpa. Diz-se que é com culpa quando o descumprimento do avençado decorre do comportamento da parte. matizado por negligência, imprudência ou imperícia. É sem culpa quando o descumprimento do ajuste advém de comportamento alheio à vontade da parte. São dessa natureza. por exemplo. a força maior (evento humano imprevisível e inevitável, como a greve e a grave perturbação da ordem). o caso fortuito (evento da natureza. imprevisível e inevitável, como o tufão. a inundação e o terremoto) e o fato do príncipe. mencionados pela alínea d do inciso II do art. 65 e distinguidos nos seus conceitos e regimes pela doutrina, O art. 393 do Código Civil menciona a força maior e o caso fortuito para liberar o devedor dos prejuízos decorrentes desses fatos. salvo se por eles expressamente se responsabilizou.

3. Quem pode descumprir o contrato

O descumprimento do contrato tanto pode ser da Administração Pública contratante como do particular contratado. E errôneo entender-se que a Administração Pública não descumpra o ajuste. Ao contrário disso. é muito comum a inobservância do

avençado pela contratante, principalmente no que respeita ao pagamento. Com efeito, com certa frequência os meios de comunicação

588

têm noticiado o atraso do pagamento dos contratos que a Administração Pública, dos três níveis, celebra com as empreiteiras de obras públicas.

Não é outro o entendimento que se colhe do art. 66 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Com efeito, esse dispositivo prescreve que o contrato deve ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas ajustadas e o que estabelece esse diploma legal, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. Por sua vez, permitindo o mesmo entendimento, o art. 78 arrola em seus incisos algumas hipóteses de descumprimento que só podem acontecer por comportamento da Administração Pública, a exemplo do atraso dos pagamentos por mais de noventa dias (XV) e da não-liberação de área ou local para a execução da obra ou serviço objeto do contrato (XVI). Em tais casos a Administração Pública responde pelas consequências decorrentes, por exemplo, da prorrogação do contrato e do reequilíbrio da equação econômico-financeira e, se prevista, pela multa correspondente.

Não constitui descumprimento do contrato a alteração unilateral do objeto contratual, se forem observados os limites fixados legalmente, e a extinção antecipada do contrato por motivo de mérito, entre outros comportamentos da Administração Pública contratante. Não cabe, portanto, falar em sanção da Administração Pública. A obrigação de prorrogar o prazo contratual ou de reequilibrar a equação econômico-financeira não são sanções.

4. Consequências da inexecução

Pode a inexecução do contrato administrativo propiciar a rescisão do ajuste e consequências de natureza civil, administrativa e contratual para o inadimplente se este for o particular. A Administração Pública, que descumpra o contrato, por certo, também pode sofrer consequências (RDA, 16:89), mas não com essa mesma amplitude, pois escapa às sanções de natureza administrativa. Sobremais, a penalização da Administração Pública só é possível em juízo, e, ainda assim, se a hipótese estiver prevista na lei, edital ou contrato. O particular que contrata com a Administração Pública não tem como submetê-la ao regime de sanções. E o que se infere do previsto no art. 77 do Estatuto federal Licitatório. Deixemos de lado, por ora, a rescisão do contrato. Esta será examinada quando da extinção do ajuste (v. item VII. infra).

As consequências de ordem civil estão consubstanciadas na responsabilidade patrimonial, ou seja, na obrigação que tem o inadimplente de recompor o prejuízo que com sua ação ou omissão causou à outra parte

589

to ou do contrato. Essa obrigação, que somente se extingue com o pagamento da indenidade exercitada pela União, por exemplo, não impediria qual(RDA. 16:89 e 105:119). Decorre, dita responsabilidade, da lei. do ato ilícito - relação à Administração Pública declarante, de tal sorte que a decretação do mesmo. só é excepcionada se ocorrer uma causa justificadora em favor do quer contratação do inidôneo com o Estado ou Município. Se deveria ser inadimplente (força maior. caso fortuito), isto é, se a inexecução for sem desse modo, assim não é. De fato, contratar com alguém declarado inidôneo culpa. Destarte, demonstrados o prejuízo e a culpa, deve o inadimplente é crime licitatório³. consoante prescrito no art. 97 da Lei federal das Licitações indenizar cabalmente a parte ofendida. Tais princípios não são aplicáveis às Leis e Contratos da Administração Pública. Essa disposição, é fácil de Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública, pois sub- ver, acaba por vedar a contratação do inidôneo quando a Administração submetida ao regime do § 6 do art. 37 da Constituição Federal. Pública contratante tem conhecimento desse fato. A restrição que deveria

Assim, deve o pagamento atrasado, por exemplo, ser feito com juros ser limitada, por essa razão, passa a ser ampla. Essas penas só podem ser de correção monetária. Em São Paulo, essa obrigatoriedade já está consignada - impostas pela autoridade competente se previstas no contrato ou em outro da Lei n. 6.544/89. Ademais, se houver despesa financeira realizada pelo ato nele referido claramente e depois de ter sido dada ao infrator oportunidade pelo ofendido para a obtenção de empréstimos necessários a compensar o dano para defender-se (RDA, 137:255; RT, 734:325), consoante estatui, como esse atraso, estas também devem ser indenizadas. Em suma, nenhum contrato que repetindo a Constituição Federal, o art. 87. As penas de advertência, de portamento estatal pode causar dano ao administrado, mas, se ainda assim suspensão temporária e de declaração de inidoneidade podem ser aplicadas causar, deve o Estado indenizá-lo por força do que determina o § 62 do . cumulativamente com a de multa, conforme estabelece o art. 87, § 2, do 37 da Constituição Federal. Estatuto federal Licitatório.

1 As implicações de ordem administrativa estão consubstanciadas nas Por fim, as consequências pelo descumprimento do contrato estão penalizações dessa natureza, ou seja, advertência, multa. suspensão tem- consubstanciadas na responsabilidade

contratual. O inadimplente, salvo justo porá ria para licitar e contratar com a Administração Pública e declaração motivo, responde, nos termos do ajuste, por tudo a que der causa, a exemde inidoneidade, consoante prevê o art. 87 da Lei federal das Licitações e plo dos juros moratórios e compensatórios, da correção monetária e da multa. Contratos da Administração Pública. Advertência é a reprimenda ou admo- A esse regime submete-se a Administração Pública. Assim, cremos serem estação, verbal ou escrita, aplicada ao contratado pelo cometimento de pe- exigíveis os valores dessas verbas, inclusive a multa por inadimplemento quenas faltas ou faltas levíssimas. Se feita oralmente. não deixa sinal; se contratual havido como de responsabilidade da Administração Pública, até

escrita, deve constar do cadastro ou registro do contratado. Multa é a pena porque, nos teios do § 6 do art. 37 da Constituição Federal, responde pelos danos que causar a terceiros. pecuniária imposta ao infrator, a título de compensação pelo dano presumido decorrente da infração. Suspensão temporária para licitar e contratar com a Administração Pública é pena imposta ao infrator com o fito de im-

590

5. A exceção de contrato não cumprido

pedi-lo, durante certo tempo. de participar de licitação ou de contratar com a Administração Pública em razão do cometimento de falta de alguma gra- Nos contratos regulados pelo Direito Privado, nenhum dos contratan vidade como a prática de fraude fiscal. Declaração de inidoneidade é pena tes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do ou-

imposta ao inadimplente ou infrator com o objetivo de impedir que conti- tro. Este princípio está previsto no art. 1.092 do Código Civil. Sendo Assim,

nue a contratar com a Administração Pública. Aplica-se, por exemplo, nos é lícito a qualquer das partes cessar a prestação de sua obrigação quando a

casos de falta grave, como é a prática reiterada de atos de fraude fiscal. outra não cumprir a de sua responsabilidade. Se apesar disso for instada ao

Constitui uma restrição ao direito de contratar que só deveria operar-se em cumprimento, cabe-lhe, como meio de defesa, alegar a exceção de contrato

não cumprido ou a exceptio non adimpleti contractus. É direito do contra tant descumprir o contrato, sempre que descumprido pelo outro contratante. A esse regime, em razão do princípio da continuidade do serviço

37. O art. 74 dessa lei prescreve que “A Administração deverá corrigir monetariamente,

na forma da legislação aplicável, os pagamentos efetuados em desacordo com o prazo estabelecido em cláusula contratual própria, tornando-se passível de responsabilização

aquele que der causa a atraso imotivado”.

38. Sobre esses crimes, veja o nosso Crimes na licitação, São Paulo. Ed. NDJ. 1996.

591

público, não se submetiam os contratos administrativos quando a inadimplência era da Administração Pública³⁹, O particular tinha de cumprir a sua parte mesmo que o Poder Público não observasse a que lhe cabia. Essa insubmissão muitas vezes estava fundada em regras do Direito Positivo, como acontecia, entre nós, na vigência do Decreto federal n. 73.140/73, que regulamentou a realização das licitações e dos contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, cuja alínea b do art. 58 decretava a “inoponibilidade à Administração de exceção de inadimplemento para a interrupção unilateral da obra ou serviço”.

Com o passar do tempo, a inaplicabilidade aos contratos administrativos da cláusula da exceção de contrato não cumprido, em razão da continuidade do serviço público, quando o inadimplemento era da Administração Pública, sofreu algum abrandamento por parte dos mais categorizados administrativistas. Notou-se que não se estava, sempre, diante de um ajuste, em que o objeto era a execução de um serviço, obra ou fornecimento cuja paralisação pudesse influenciar o normal desenvolvimento da atividade administrativa. Assim, passou-se a entender que se não havia um serviço público cuja interrupção afrontasse o interesse público, inexistia qualquer razão para ser negada a aplicação dessa máxima romana aos contratos administrativos. Não se tratando, por exemplo, de contrato de concessão de serviço público (transporte coletivo, serviço funerário) ou de fornecimento de bens necessários à manutenção de um serviço público (merenda escolar, refeição para presos ou hospitalizados, remédios hospitalares), cabia, perfeitamente, a invocação da *exceptio non adimpleti contractus*.

Destarte, em tempos atuais, se a Administração Pública não satisfaz o prometido (pagamento) no modo e no tempo avençados, pode o contratante particular cessar a

prestação que lhe cabe, deixando de executar, por exemplo, a obra cuja construção houvera contratado com a Administração Pública. Essa particular situação está respaldada pelo inciso XV do art. 78 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que permite ao contratado suspender a execução de suas obrigações até que seja normalizada a situação, ante o atraso do pagamento por mais de noventa dias, salvo caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra⁴⁰.

39. Para aprofundar o estudo desse tema, veja José Cretelia Júnior. RDA. 82:33.

40. A hipótese do inciso XIV do art. 78 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, a nosso ver, não serve para validar a aplicação da *exceptio non adimpler contractus*.

592

Nos demais casos em que a invocação da *exceptio non adimpleti contractus* não tem cabida, o contratante particular deve pleitear em juízo a rescisão da avença e propugnar por perdas e danos. Para não ter de continuar executando o contrato durante todo o transcorrer da lide, deve o prejudicado pedir, uma vez ouvida a Administração Pública contratante, que seja dispensado do cumprimento de sua obrigação. Essa inteligência não se aplica no caso de concessão ou permissão de serviço público, dado existir expressa disposição legal impondo a continuidade do serviço público até transitar em julgado a sentença que decretar a rescisão contratual⁴¹. Esse pedido, embora com menos chance de êxito, pode ser feito diretamente à Administração Pública contratante. O que não lhe cabe é a paralisação sumária, sob pena de ser tido como inadimplente. Sua atitude, nesses casos, será suporte para a Administração Pública extinguir o vínculo, pleitear perdas e danos e, se for o caso, declarar sua inidoneidade para novos contratos.

De outra parte, a Administração Pública, em qualquer das avenças firmadas com particulares, pode invocar a exceção de contrato não cumprido, diante do inadimplemento do particular, e tirar desse privilégio todas as vantagens.

VI— CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades de sua Administração indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, realizado com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 70 do art. 71 da CF). No exercício de sua competência, cabe ao Tribunal de Contas assinar prazo para que o órgão adote as providências necessárias ao exato

cumprimento da lei. se verificada a ilegalidade, e, quando não atendido. sustar a execução do ato impugnado. comunicando essa decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. No caso de contratos impugnados. a sustação cabe ao Congresso Nacional. Este solicitará. de imediato. ao Executivo, as medidas cabíveis. Se nenhuma medida for tomada no prazo de noventa dias pelo Congresso Nacional ou pelo Executivo, caberá ao Tribunal de Contas decidir (art. 71, § 2. da CF). A fiscalização pode ser espontânea ou provocada. A primeira decorre da atividade normal dessa

41. Cf. art. 39. parágrafo único, da Lei federal n. 9.897/95.

593

Corte de Contas; a segunda nasce de eventual representação ou denúncia. Tais princípios e processo de fiscalização também são adotados pelas Cortes de Contas estaduais e municipais.

No que se refere especificamente ao controle das despesas decorrentes dos contratos administrativos e demais atos regidos pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, a disciplina está substancialmente indicada no art. 113 e seus parágrafos. Essa função é exercida segundo a legislação pertinente do Tribunal de Contas competente, ficando os órgãos a ela submetidos responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, prescreve o capuz' desse dispositivo. No caso, não prevalece, em favor da Administração Pública, o princípio da presunção de legitimidade dos atos e contratos administrativos. Sempre que necessário o Tribunal de Contas competente pode solicitar para exame cópia do edital de licitação já publicado. A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública menciona edital mas cremos que se aplica também à carta-convite. Essa solicitação pode ser feita até o último dia útil imediatamente anterior à data designada no instrumento convocatório para o recebimento das propostas (2 do citado art. 113). O desatendimento dessas determinações toma o agente público responsável pelos atos havidos por essa Corte como ilegais e antieconômicos. Nesses casos, a Administração Pública licitante deve, se determinado por esse órgão de controle, adotar as medidas corretivas cabíveis, decorrentes desse exame. O preceptivo estatutário só permite a determinação de medidas pertinentes (válidas, legais). Logo, se não o forem, são arbitrárias, ilegais. Contra elas pode rebelar-se a Administração Pública, inclusive mediante mandado de segurança.

VII — EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

É o desaparecimento. a terminação do contrato administrativo pelo surgimento de um fato jurídico (acontecimento de natureza relevante para o Direito, como o tempo e a morte) ou de um ato jurídico (manifestação de vontade). Os fatos e os atos jurídicos põem fim ao contrato administrativo. Aqueles, automaticamente; estes, provocadamente. Diversos são os fatos e atos jurídicos que determinam a extinção do contrato administrativo, como veremos nos itens subseqüentes. O art. 78 da Lei federal 8.666/93 elenca os motivos pelos quais, um ou mais, o contrato administrativo pode ser extinto. A ocorrência desses motivos não leva a Administração Pública contratante, necessariamente, a extinguir o contrato. que pode entender não ser indispensável ao interesse público a adoção dessa medida extrema.

1. Fatos e atos extintivos

São fatos que extinguem o contrato administrativo: o cumprimento do objeto, o cumprimento do prazo, o desaparecimento do contratante particular e o desaparecimento do objeto. São atos que findam o ajuste: a rescisão administrativa, a rescisão consensual e a rescisão judicial. Todos têm, conforme o ato ou fato deixa entrever, uma só causa, salvo a extinção administrativa, que possui como motivos extintivos o interesse público, o inadimplemento do contratante particular e a ilegalidade. Os atos, como é fácil perceber, ora são do contratante público, ora do contratante público e do contratante particular e ora do Poder Judiciário. O contratante particular, em tese, não pode praticar ato que leve à extinção da avença, salvo em conjunto (acordo) com a Administração Pública contratante. Algumas dessas causas, a exemplo da rescisão administrativa e do desaparecimento do objeto, extinguem antecipadamente o contrato; outras, como o cumprimento do prazo, não.

Esquemáticamente, podemos apresentar as causas (fatos e atos) da extinção do contrato administrativo pelo seguinte quadro:

594

2. Extinção em razão de um fato

- a) Interesse público
- b) Inadimplemento
- c) Ilegalidade

A extinção do contrato administrativo pode dar-se em razão do advento de um fato que tem relevância para o Direito, chamado fato jurídico. São fatos jurídicos que extinguem o contrato administrativo: I — o cumprimento do objeto; II — o esgotamento do prazo; III — o desaparecimento do contratante particular; IV — o desaparecimento

do objeto. Esses acontecimentos põem fim ao contrato administrativo independentemente de qualquer manifestação, conjunta ou isolada, das partes. Não há, pois, necessidade de pronunciamento da Administração Pública ou dela e do con

Extinção

- 1—Fato { 1. Cumprimento do objeto
- 2. Cumprimento do prazo
- 3. Desaparecimento do contratante particular
- 4. Desaparecimento do objeto

- II—Ato { 1. Rescisão administrativa
- 2. Rescisão consensual
- 3. Rescisão judicial

595

tratado para a extinção do ajuste. quando ocorrer qualquier desses fatos. tenham as partes alcançado ou não seus objetivos, O cumprimento do objeto e o decurso do prazo são fatos que resolvem por completo o contrato. pois todos os direitos foram exercitados e todas as obrigações foram satisfeitas. nos exatos termos do pactuado. Já não há obrigação a ser cumprida ou indenização a satisfazer por qualquer das partes. nem direitos a serem exercitados. O contrato está findo e em razão dele nada pode ser exigido por qualquer das partes. O mesmo não se dá com o desaparecimento do contratante particular ou do objeto do contrato, pois direitos e obrigações estão pendentes de acertos. Com efeito, tais fatos puseram fim ao contrato enquanto este se achava em vigor e, portanto, com acontecimento por se realizar. As partes não restaram satisfeitas em seus direitos. nem cumpriram suas obrigações por inteiro, como ocorre com a reversão de bens ainda não amortizados. por exemplo.

Os efeitos desses fatos são ex nunc, isto é, desde agora para frente. Vale dizer: não retroagem. Todos os efeitos produzidos até a ocorrência desses fatos deverão ser respeitados. tirando-se deles todas as conseqüências. Não obstante a desnecessidade de ser praticado qualquer ato extintivo. a Administração Pública deve declarar sua extinção. Assevere-se que não é essa declaração que está a extinguir o contrato. Até porque. como ato declaratório que é. outra coisa não faz senão reconhecer e declarar a extinção que já ocorreu. Dita declaração é necessária para formalizar e dar publicidade à extinção e para permitir a tomada de medidas pela Administração Pública na defesa de seu interesse. Com efeito, para o ingresso em juízo da competente ação de reintegração

de posse de bem imóvel cujo uso fora, por contrato, outorgado a certo particular, pessoa física, em face de sua morte, essa declaração é indispensável. Essa declaração e a ação de reintegração de posse certamente não consubstanciam a extinção do contrato, que, todavia, nelas encontra sua fundamentação. Se assim não fosse essas medidas não poderiam ser tomadas dada a vigência do contrato.

A extinção pode colocar em discussão a propriedade dos bens utilizados no cumprimento do contrato, para o qual é possível que o contratante tenha sozinho contribuído com os bens necessários. Em assim ocorrendo, é notório que esses bens terão o destino indicado na lei, no instrumento convocatório da licitação ou no contrato. Esses atos poderão indicar sua permanência no patrimônio do contratado ou que integrarão o patrimônio público. Também é possível que tanto a Administração Pública como o contratado tenham contribuído com seus bens para a execução do contrato. Nesses casos, é certo que esses bens também tenham o destino mencionado na lei, no instrumento convocatório da licitação ou no contrato. Tais atos

596

poderão indicar sua permanência no patrimônio de cada um dos contratantes ou que os bens do contratado passarão a integrar o patrimônio público. A integração dos bens ao patrimônio público ocorrerá nas condições legais ou contratuais. E se a lei, o instrumento convocatório da licitação e o contrato, a esse respeito, nada dispuseram? Cremos que os referidos bens continuarão a pertencer aos co-contratantes, conforme a participação de cada um na execução do contrato, dada a natureza perpétua do direito de propriedade, que só desaparece ante o expressamente pactuado ou se ocorridas as causas estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Nesses casos, se a Administração Pública desejar os bens pertencentes ao contratante particular, haverá de indenizá-lo.

E se a cláusula que dispõe sobre esses bens trazer dúvidas quanto ao real e efetivo destino? Na dúvida, cremos que o domínio desses bens continua a pertencer aos contratantes, na medida da participação de cada um no cumprimento do contrato, já que toda interpretação que implica a perda de direito deve ser estrita. Ademais, a renúncia de direitos não se presume. Nesses casos em que os bens são do contratante particular, se a Administração Pública os desejar, há de indenizá-lo.

Outra questão que pode ser levantada diz respeito à responsabilidade do contratado após o contrato. Com a extinção do ajuste, o contratado está liberado de sua responsabilidade, pois nada mais lhe toca. Assim não se passa no concernente à responsabilidade pela solidez e segurança da obra ou serviço e quanto à

responsabilidade ético-profissional. Aplica-se, no caso, a regra do art. 73, § 22, do Estatuto federal Licitatório. Essa responsabilidade perdurará porque é legal, não contratual⁴².

2.1. Extinção pelo cumprimento do objeto

A Administração Pública comumente necessita de obras (pontes, edifícios, estradas), de serviços (pintura de prédios, auditorias, peças jurídicas) e de bens (veículos, alimentos), e para conseguir uns e outros celebra os respectivos contratos com quem, quase sempre um particular, possa atender-lhe. Concluído o objeto pelo contratado e recebido pela Administração Pública, extingue-se o contrato, independentemente de qualquer formalidade. Com efeito, se o contrato foi celebrado em função do desejado pela

42. Para maiores esclarecimentos sobre essas responsabilidades remanescentes. veja o n. 10 do item III deste Capítulo, onde tratamos do recebimento do objeto.

597

Administração e esse desejo foi plenamente satisfeito, não há razão para a continuidade do contrato. Atente-se que essa causa não está entre as arroladas pelo art. 78 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública e que podem servir de motivo para a rescisão do contrato. Quanto ao destino dos bens empregados na execução do contrato, à responsabilidade do contratado após a cessação do ajuste e à formalização da extinção. veja o que dissemos no item 2 supra.

2.2. Extinção pelo cumprimento do prazo

Prescreve o § 3º do art. 57 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública que é vedado o contrato com prazo indeterminado. A contrario sensu. então. todo contrato deve ter um prazo. Por outro lado. pode ser do interesse da Administração Pública a obtenção de certo serviço durante determinado prazo. Cumprido este. extingue-se o contrato independentemente de qualquer formalidade individual ou conjunta das partes. ainda que esse fato não esteja elencado entre as ocorrências que podem servir de motivo para a extinção. E o que ocorreria com o contrato de manutenção de duzentos aparelhos de ar condicionado pelo prazo de dois anos. Transcorrido esse lapso, extingue-se o correspondente ajuste. Com efeito, não há mais qualquer razão lógica ou jurídica para entender-se em vigor esse contrato. O serviço só era necessário naquele período, enquanto vigorava o respectivo ajuste. Não sendo mais necessário, não há por que manter vigente dito ajuste. Não fosse Assim, alguma medida prévia à extinção, a exemplo da prorrogação, teria sido providenciada.

Se nada foi feito, é inegável a desnecessidade, e a sua manutenção afronta o interesse público. Quanto ao destino dos bens empregados na execução do contrato e à responsabilidade do contratado após a extinção do ajuste pelo decurso integral do prazo, veja o item 2 supra.

Assim não será se o objeto do contrato for a execução de uma obra ou fornecimento de bens à Administração Pública contratante. Nesses casos, o contrato restará automaticamente prorrogado se chegou ao seu termo formal sem a conclusão da obra ou sem a entrega de todos os bens. Essa é a inteligência, pois não se contratou uma obra inacabada, nem se promoveu a compra de uns poucos bens, ainda mais quando nada será pago pela conclusão da obra ou pelo fornecimento dos bens faltantes. Nesses casos, em havendo culpa ou dolo do contratado pelo atraso, aplica-se-lhe a devida sanção, observado o indispensável processo legal, e formaliza-se, pelo tempo necessário, a prorrogação que de fato já ocorrera. Se não há culpa ou dolo do contratado, poderá ser necessária a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro

598

do contrato. Os bens, nesse caso, continuarão, em face da prorrogação, sendo utilizados na execução do contrato, não se pondo, por ora, qualquer preocupação quanto ao seu destino. Extinto o contrato, veja, quanto ao fim dos bens utilizados na sua execução, ao que pertine à responsabilidade do contratado pós-extinção e à formalização da cessação dos efeitos do contrato, o que dissertamos no item 2 supra.

2.3. Extinção pelo desaparecimento do contratante particular

Para os contratos administrativos vigora o princípio que impõe ao contratado a obrigação de responder pessoalmente pelas obrigações assumidas, porque selecionado mediante procedimento licitatório formal, solene, como o melhor, o mais capaz para a satisfação da avença e do interesse público. É contrato, nesse particular, realizado intuitu personae. A responsabilidade pessoal do contratado no cumprimento das obrigações ajustadas é da essência de todo contrato, especialmente o administrativo. A observância desse princípio, por essa razão, é obrigatória mesmo na omissão de disposições editalícias ou contratuais que a imponham. Logo, cabe examinar as consequências levadas ao contrato administrativo pelo desaparecimento do contratado⁴³.

Destarte, cabe indagar: a morte e o concurso de credores (CC, art. 1.554) do contratado extinguem o contrato? Ocorrida a morte do contratante particular, pessoa física, a sorte do contrato será a que foi estabelecida em suas cláusulas, respeitando-se

os seus efeitos. O contrato continuará vigorando com os sucessores do contratante particular morto ou se extinguirá, consoante as partes tenham estabelecido num ou noutro desses sentidos. Afinal, o contrato, mesmo o administrativo, é “lei” entre as partes e suas disposições são de atendimento obrigatório. Se o contrato, por outro lado, nada regulou a esse respeito, há de se entendê-lo extinto com a morte do contratante particular, pessoa física, em face do aludido princípio da execução pessoal do contrato. A Administração Pública não pode ser compelida a manter vínculo com os sucessores do contratante particular morto, pessoas que não selecionara e com quem nada contratara. Seria, ademais, se a essa continuidade a Administração Pública fosse obrigada.

43. A falência e o concurso de credores, como causas da extinção do contrato administrativo, estão arrolados no inciso IX do art. 78 dessa lei, enquanto a dissolução da sociedade está referida no inciso X.

599

uma clara violação do princípio da obrigatoriedade da licitação a que as pessoas públicas e governamentais, em tese, estão submetidas.

Nada é devido aos sucessores em razão de extinção. A Administração Pública não contribuiu para a morte. Esta, fato natural, é que levou o desfazimento ao ajuste, não a declaração de extinção proferida pela Administração Pública após a constatação da morte do contratado. Eventuais direitos decorrentes do contrato declarado extinto devem ser liquidados observadas as regras do Direito Sucessório. Nada mais. E quanto aos bens vinculados à execução do contrato? Estes terão o destino indicado na avença. Serão dos sucessores do de cujus os que a ele pertenciam e da Administração Pública contratante os que eram de sua propriedade, mas se para isso nada contribuiu a Administração Pública, todos os bens serão dos sucessores do contratado morto, se o contrato não estabeleceu de outro modo, como, por exemplo, atribuindo-os, por ocasião da extinção do ajuste, à Administração Pública. É óbvio que a morte do contratado só pode ser anterior ao fim do prazo contratual, antes, portanto, do advento da condição ou do termo ajustado pelas partes para que certo direito restasse concretizado, como a plena amortização dos bens do contratado, usados na execução do ajuste, ao findar-se o prazo contratual. Nessa hipótese a passagem desses bens para o patrimônio público dependerá da apuração do montante da amortização faltante e do seu respectivo pagamento, aos sucessores, pela Administração Pública. Se assim não for, haverá um locupletamento sem causa do Poder Público, então contratante, com o que não se conforma o Direito.

Que dizer se o contratante particular é uma pessoa jurídica e esta é dissolvida pelos seus sócios ou tem sua falência decretada por fraude ou culpa de seus responsáveis? Ambas as causas levam à extinção da sociedade e, conseqüentemente, ao desaparecimento do contrato, devendo ser entendidas como inadimplemento do contratante particular. Para essa extinção é irrelevante discutir se a falência era ou não fraudulenta, pois fraudulenta ou regular é causa extintiva do contrato que a falida mantinha com a Administração Pública. Com efeito, a contratada, em qualquer das hipóteses, devia, para a manutenção do ajuste, preservar as condições de habilitação e qualificação que a elegeram, em regular licitação, como a única capaz de melhor atender à execução do contrato e aos interesses da Administração Pública, e essas condições desapareceram com a dissolução ou a quebra da contratante particular, conforme se infere do art. 55, XIII, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A desobediência a tais ditames não podia levar senão à extinção os respectivos ajustes. Uma vez declarada a extinção do contrato, deve a Administração Pública promover as medidas sancionatórias pertinentes. A esse regime, *mutatis mutandis*,

600

submete-se a extinção do contrato em razão da declaração da insolvência civil do contratado. Nesses casos, os bens da falida e os do devedor declarado insolvente serão arrecadados para integrar as respectivas massas, com que se pagarão os correspondentes credores, salvo se de outro modo determinou o contrato extinto ou se utilizados na prestação de um dado serviço público, como é o serviço funerário. Nesse caso, observa-se a regra contratual na primeira hipótese, enquanto, na segunda, a Administração Pública responderá perante a massa, até o montante dos bens assumidos, em razão do princípio da continuidade do serviço público.

2.4. Extinção pelo desaparecimento do objeto

O objeto da relação contratual pode desaparecer, e esse fato leva o contrato à extinção. Por certo não se tem como aceitar um contrato sem objeto, visto que da sua essência. O desaparecimento do objeto pode acontecer em razão de um fato da natureza ou em função do comportamento humano. Observe-se que tanto lá como aqui o fato tem de ser estranho às partes, vale dizer, não deve ter origem no comportamento de qualquer dos contratantes. O terremoto que destrói um prédio público e a invasão de um terreno do Estado pelas águas do mar são exemplos de fatos da natureza que extinguem o contrato de concessão de uso de bem público em razão da desaparecimento dos respectivos

objetos. A guerra e as revoluções são exemplos de comportamentos humanos que podem destruir o objeto (prédio cujo uso foi transferido por concessão) de um contrato administrativo e pôr fim ao vínculo respectivo. De qualquer forma as conseqüências serão as mesmas, pois não há culpa ou dolo de parte dos contratantes.

Quanto aos bens de propriedade do contratante particular, utilizados na execução do contrato, se não destruídos com o objeto, terão o destino mencionado no ajuste; continuaro do contratante particular ou serão transferidos para o patrimônio do contratante público, consoante fora estabelecido no ajuste num ou noutro desses sentidos. E notório que a destruição do objeto só pode acontecer antes do termo do contrato, para ter as conseqüências aqui examinadas. Nesses casos o destino desses bens observará, no que couber, a mesma disciplina a que se sujeitam quando a extinção do contrato acontece em razão da morte do contratado, pendendo. ainda, certa amortização. Se o contrato sobre essa matéria for silente, ditos bens continuarão pertencendo ao então contratante particular, dada a perpetuidade do direito de propriedade. Se houver dúvida quanto a isso, cremos que deve ser interpretada segundo o que dissemos no item 2 supra. Também deve ser

601

visto o que dissemos nesse item quanto à responsabilidade do contratado após a extinção do contrato e à declaração da extinção do ajuste.

É evidente que as conseqüências serão outras se o desaparecimento se der por culpa ou dolo de uma das partes. Se assim for aplica-se ao caso o regime da extinção por inadimplemento.

3. Extinção em razão de um ato

Em razão de um ato jurídico também pode ser extinto o contrato administrativo. São atos jurídicos que levam à extinção do contrato: a rescisão administrativa, a rescisão consensual e a rescisão judicial, conforme estabelece o art. 79 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Esses atos extinguem o contrato antes da data final. Vê-se que há necessidade de um pronunciamento. nesse sentido, da Administração Pública (rescisão administrativa), das partes (rescisão consensual) ou do Judiciário (rescisão judicial). Só assim as partes voltam à situação anterior ao contrato. Vejamos cada um desses atos.

3.1. Rescisão administrativa

Sobre pôr fim antecipadamente ao ajuste. a rescisão administrativa é a que resulta de ato unilateral da Administração Pública contratante em razão de: a) interesse público;

b) inadimplemento ou descumprimento de obrigações a cargo do contratante particular;

c) ilegalidade, portanto, seus fundamentos são: o interesse público, a inadimplência do contratante particular e a ilegalidade. Em todos os casos exige-se autorização escrita e fundamentada da autoridade competente (art. 79, § 1), já que essa prerrogativa não é discricionária e muito menos arbitrária, salvo se a extinção for determinada por ela mesma. A justificativa é a explicitação dos motivos legais e fáticos que fundamentam a decisão e, conforme o caso, das normas e cláusulas contratuais violadas pelo contratante particular. Essa descrição dos motivos é necessária para que se possa averiguar a legalidade da medida tomada e permitir ao contratado o contraditório e a ampla defesa, conforme consignado no parágrafo único do art. 78 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

A rescisão administrativa em razão do interesse público funda-se na variação específica que pode sofrer esse interesse ao longo da vigência do contrato administrativo. Com efeito, o interesse público pode alterar-se e autorizar a extinção do acordo, em face, por exemplo, da inutilidade super-

602

veniente de seu objeto (construção de um prédio escolar pelo Município. contratada pouco antes de o Estado-Membro. nas proximidades, abrir concorrência para a construção de um prédio destinado ao mesmo fim) ou porque a Administração Pública tem necessidade do bem cujo uso foi transferido ao contratante particular. As razões específicas de interesse público são, assim, motivos para a rescisão administrativa, ex vi do art. 78, XII, do Estatuto federal Licitatório.

A rescisão administrativa em razão do interesse público não tem natureza punitiva, e por beneficiar a comunidade investe o contratante particular no direito de ser plenamente indenizado, conforme têm decidido os Tribunais. Esse o único direito do então contratante. Vale dizer: o ex-contratante, que não pode opor-se à rescisão, não tem direito a continuar no desfrute da situação criada pelo contrato, mas tão-só a uma completa indenização (2 do art. 79 do Estatuto federal Licitatório). Por esse dispositivo, o então contratante particular tem direito a uma indenização pelos prejuízos sofridos e regularmente comprovados e, ainda, à devolução da garantia, ao pagamento pela execução do ajuste até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização. A rescisão administrativa, por esse motivo, tem efeitos ex nunc, isto é, de agora para frente. Respeita, por conseguinte, os efeitos produzidos. Por outro lado, não se trata de

descumprimento da Administração Pública contratante, mas do exercício de um dever-poder, não cabendo, destarte, qualquer punição pela sua prática.

Justifica-se o desfazimento do ajuste pelo inadimplemento da obrigação a cargo do contratante particular quando ele descumpre cláusula contratual ou disposição legal, a cuja desobediência atribuiu-se a pena de rescisão. A Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública arrola os motivos que podem ensejar a rescisão administrativa por inadimplemento nos incisos I a XI e XVII do art. 78 dessa lei. O descumprimento pode ser: a) com dolo; b) com culpa; c) sem culpa. É doloso quando o contratante particular quer o descumprimento do contrato e nesse sentido age direta ou indiretamente. É com culpa quando a desobediência não decorre de ato ou comportamento intencional visando o descumprimento do contrato, mas de medidas, atos ou comportamentos tomados com negligência, imprudência ou imperícia. É sem culpa quando o contratante particular descumpre a cláusula do ajuste em razão de acontecimentos tidos como fortuitos ou de força maior. A cada uma dessas situações, correspondem as respectivas consequências. Assim, quem descumpre o contrato agindo com dolo poderá responder administrativa, civil e criminalmente pelos seus atos. O mesmo não ocorrerá se no descumprimento do contrato inexistir dolo ou culpa do inadimplente.

603

Nos casos de rescisão administrativa em razão de inadimplemento do contratado, a reassunção do objeto do contrato (retomada do serviço ou do bem) pela Administração Pública tem a natureza de punição. Sendo Assim, é imprescindível o correspondente processo administrativo, pelo qual o contratante particular tomará conhecimento dos atos praticados e tidos como violadores do contrato ou da lei e promoverá amplamente sua defesa. A falta desse processo e do largo direito de defesa poderá invalidar o ato rescisório. A par disso, cabe, se for o caso, à Administração Pública cuidar (administrativa ou judicialmente) para que o então contratante promova a reparação do dano causado. Esta reparação pode ser conseguida à custa da retenção de valores a que tinha direito o então co-contratante e com a utilização das garantias oferecidas por ocasião da avença. Se todas essas medidas não bastarem, deve a Administração Pública ingressar em juízo com a competente ação de indenização. Nenhuma indenização é devida se a rescisão ocorreu sem culpa do contratante particular, mas em razão, por exemplo, de força maior. A rescisão administrativa por inadimplemento do contratado

não retroage. Seus efeitos são ex nunc, ou seja, de agora em diante. Respeita, por conseguinte, os efeitos já produzidos.

O contrato só pode ser celebrado se, como e quando a lei determinar. Também para a celebração do contrato administrativo a Administração Pública observa o princípio da legalidade. Apesar de ser assim, muitos contratos, ainda que involuntariamente, são celebrados sem que isso seja observado, advindo daí sua nulidade. E o que ocorre com o contrato celebrado sem o prévio procedimento licitatório e com o ajuste formalizado com preterição do vencedor da licitação. Nestas e noutras hipóteses a Administração Pública, em razão do princípio da autotutela, deve invalidar o ajuste, retornando as partes à situação anterior. Tal competência não impede que a extinção por essa causa seja propugnada em juízo.

A extinção com base na ilegalidade do ajuste retroage e alcança o contrato no seu nascedouro. Os efeitos da rescisão são, assim, ex tunc, ou seja, desde então, portanto, todos os efeitos do contrato, salvo os relacionados com terceiros de boa-fé, são desconstituídos. Aliás, a retroatividade dos efeitos da invalidação está mencionada no art. 59 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. No caso, se o contratado não tiver agido de má-fé, assiste-lhe o direito de receber, integralmente, o que tiver executado, conforme estabelece o parágrafo único desse artigo. Nesse sentido é a jurisprudência (RT, 754:386).

Quanto aos bens do contratante particular utilizados na execução do contrato, terão eles o destino previsto no ajuste. Logo, continuarão seus ou passarão a pertencer à outra parte, nos termos e condições regulados

604

pelo contrato. Se este nada dispuser a respeito, cremos que continuarão no domínio do contratante particular, pelo princípio da perpetuidade do direito de propriedade. Havendo dúvidas quanto às cláusulas que regulam essa matéria, tais dúvidas hão de favorecer o contratante particular, e ditos bens continuarão a integrar seu patrimônio, consoante explanado no item 2 supra. Os direitos das partes, especialmente do contratado, devem ser ajustados até a data da rescisão, pois se assim não fosse haveria um locupletamento sem causa em favor da parte beneficiada pela rescisão (RDA, 99:278).

Dita rescisão formaliza-se por decreto e concretiza-se por termo. Pelo decreto veiculam-se o ato rescisório e as condições e prazos da reassunção do objeto da avença pela Administração Pública. Exemplos desse procedimento são encontrados nos

Decretos n. 7.205/82, do Município de São Bernardo do Campo, e 60.340/67, da União. Pelo primeiro veiculou-se a rescisão de um contrato de fornecimento; pelo segundo, o desfazimento de uma concessão de serviço público. Ao reassumir o objeto do contrato, lavra-se um termo, descrevendo-se o estado em que este se encontra, no que concerne à execução, e anotando-se outras informações relacionadas genericamente com a contratação, necessárias para dirimir dúvidas futuras e para caracterizar o momento da atuação da Administração Pública.

A rescisão administrativa, fundada em qualquer das doze primeiras hipóteses e na última do art. 78 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, sem prejuízo das sanções previstas nesse diploma legal, traz, nos termos dos incisos do art. 80, as seguintes consequências:

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, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, a serem devolvidos na forma do inciso 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.

A literalidade do texto do art. 80 leva a aplicação dessas consequências às treze hipóteses mencionadas, enquanto uma interpretação mais atenta leva à exclusão da décima terceira das consequências dos incisos III e IV desse artigo. Nos casos I e II, a seu critério, a Administração Pública poderá dar continuidade à obra ou serviço por execução direta ou indireta (art. 80, § 12). Na intervenção da execução de serviços essenciais para acautelar a apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, o ato de

605

ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato deverá ser precedido de expressa autorização do Ministro de Estado competente ou do Secretário de Estado ou Municipal, conforme o caso.

3.2. Rescisão consensual

Também chamada de amigável, é a que resulta do entendimento dos contratantes para pôr fim ao contrato e acertar os respectivos direitos e, ainda, para dispor sobre o destino dos bens utilizados na execução do contrato. É o distrato. Seu fundamento legal

é o inciso I do art. 79 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, estando alguns de seus aspectos regulados pelo § 12 desse dispositivo. Sua celebração depende de prévia autorização devidamente justificada da autoridade competente (art. 79, § 12). Essa autorização deve fixar os termos mínimos do ajuste rescisório.

Tudo o que for acertado pelas partes deve ficar claramente estabelecido nesse instrumento, chamado termo de distrato. Para isso, é, pelo menos em tese, irrelevante a forma observada na contratação. Assim, mesmo que a contratação tenha sido formalizada mediante nota de empenho ou cartaproposta, a rescisão por acordo há de ser por meio de termo de distrato, salvo, por certo, se a lei exigir forma especial, a exemplo de instrumento público (lavrado em tabelião). Ademais, deve, quando a lei exigir, ser precedido de autorização legislativa. A autoridade distratante, por sua vez, há de ser a mesma que contratou ou outra de hierarquia superior. Ainda, deve ser publicado para alcançar eficácia.

A rescisão consensual visa garantir a continuidade do serviço, ainda que subjacente ao objeto do contrato⁴⁴. Não tem finalidade punitiva e seus efeitos são *ex nunc*, isto é, da data do distrato para frente.

3.3. Rescisão judicial

É a que resulta de decisão proferida em ação judicial proposta pelo contraente que entende ter direito à extinção do contrato. O contraente que assim se considera busca, perante o Judiciário, o desfazimento da avença e

44. Um exemplo dessa situação seria a construção de prédio escolar para impedir a solução da prestação dos serviços educacionais existentes.

606

o direito que julga ter. Para o contratado, essa via é obrigatória sempre que desejar pôr fim ao vínculo, em razão do inadimplemento da Administração pública contratante, como são, entre outras, as hipóteses previstas nos incisos XIII, XIV, XV e XVI do art. 78 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Para a Administração Pública contratante, essa via é, em tese, facultativa. Ela pode valer-se da rescisão administrativa.

O motivo do pedido de rescisão judicial é, essencialmente, o inadimplemento. Uma parte descumpre suas obrigações e dá ensejo à outra de pleitear judicialmente a rescisão e o ressarcimento correspondente. Mas nada impede que o contratado finque seu pedido na ilegalidade do contrato ou que a Administração Pública embase sua

petição na ilegalidade do ajuste ou no interesse público. A ação é de rito ordinário e podem ser cumulados, por exemplo, pedidos de indenização, de retenção e de compensação. Processa-se no juízo privativo da Administração Pública contratante. Será, pois, processado numa das Varas da Fazenda estadual ou numa das Varas da Fazenda federal. Quanto ao Município, a ação processar-se-á na Justiça estadual.

Os bens utilizados na prestação do serviço ou na execução do contrato terão o destino indicado na avença, O fato de a rescisão ser judicial não muda essa indicação. Continuarão eles a pertencer ao contratante particular ou passarão ao domínio do contratante público, conforme neste ou naquele sentido dispuser o vínculo contratual. Se as cláusulas que dispuserem sobre essa matéria trouxeram alguma dúvida, esta favorecerá o contratante particular, isto é, o domínio desses bens continua a lhe pertencer. Assim também será se o contrato quanto a isso for omissivo⁴⁵.

Nessa ação as partes vão deduzir todos os seus direitos e a sentença os confirmará ou não.

VIII — CONTRATOS EM ESPÉCIE

1. Generalidades

Cabe, nesta oportunidade depois do exame amplo do contrato administrativo, a análise dos ajustes efetivados pela Administração Pública em espécie. Certamente não é nosso objetivo examinar todos esses ajustes, mas os mais comuns e importantes e, assim mesmo, de modo sucinto.

45. Ver a respeito o que dissemos no item 2 supra.

607

Veremos os contratos de obra pública, de serviço, de fornecimento, de concessão de uso de bem público, de concessão de obra pública, de empréstimo público e de gestão. O contrato de concessão de serviço público já foi examinado no Capítulo VIII.

1.1. Contrato de obra pública

É o ajuste levado a efeito pela Administração Pública com um particular, que tem por objeto a construção, a reforma ou a ampliação de certa obra pública. Construção é a conjugação de materiais e atividades empregados na execução de um projeto de engenharia. Reforma é a obra de melhoramento da construção, sem ampliar sua área. Ampliação é a obra que tem por objeto aumentar a área da construção. De outro lado, a obra pública pode destinar-se ao serviço público (edifícios públicos) ou à população (ruas, calçamento, praças, pontes, canalizações, metrô, ferrovias, portos, aeroportos, represas, usinas etc.). Esses contratos só podem ser realizados com profissional ou

empresa de engenharia, registrados no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura — CREA.

O contrato de obra pública, no que respeita à sua execução, pode ser por empreitada e tarefa. consoante se infere do art. 6, VIII, do Estatuto federal Licitatório. A empreitada pode ser: a) por preço unitário, b) por preço global c) integral. Pela empreitada, atribui-se ao particular contratante a execução da obra mediante remuneração previamente ajustada. E por preço global se para a obra, como um todo. foi estipulado um preço certo (art. 62, VIII. a). embora reajustável. O pagamento. no entanto, pode ser parcelado (datas certas. fases da obra). É por preço unitário se para a obra foi acertado um preço por unidade (metro quadrado de asfalto, metro linear de rede de esgoto) (art. 6, VIII, b). O pagamento é feito após cada medição ou de uma só vez, depois da conclusão da obra. Pela tarefa, outorga-se ao particular contratante a execução de pequenas obras ou parte de obra maior, mediante a remuneração por preço certo, global ou unitário (art. 62. VIII, d). O pagamento é efetuado após a verificação ou medição. O tarefeiro. comumente, só concorre com a mão-de-obra e ferramentas neessárias à realização da tarefa. É integral quando se atribui ao contratado a)brigação de entregar a obra plenamente acabada e com o equipamento ecessário aos fins a que se destina em perfeito funcionamento. de modo a

iue possa ser operada imediatamente (art. 62, VIII, e).

As obras, nos termos do art. 72, § 22, da Lei federal n. 8.666/93, só)odem ser licitadas quando houver projeto básico, aprovado pela autoridade

608

competente, quando existir orçamento em planilha. bem como previsão de recursos orçamentámos. Essas exigências estão afinadas com o que prescreve o art. 167, II, da Constituição Federal, que veda a realização de despesa ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários. A necessidade de somente existir o recurso orçamentário não libera a Administração Pública de elaborar um orçamento de caixa ou programa financeiro de desembolso. Essas exigências também devem ser atendidas nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, sob pena de nulidade dos contratos.

Observe-se que é proibido parcelar a execução da obra, salvo se a cada parcela for promovida uma licitação na modalidade da que seria usada na licitação da obra como um todo, e que é vedada a participação do autor do projeto na licitação para sua execução. As obras destinadas aos mesmos fins (cadeias, prontos-socorros. escolas,

fóruns, delegacias de polícia) deverão ser padronizadas por tipos, categorias ou classes, salvo condições peculiares do local ou especificidades do empreendimento, conforme estabelece o art. 10 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Os projetos básicos (conjunto de elementos que definem a obra ou o complexo de obras e permitem estimar seu custo e prazo de execução) e executivos (conjunto de elementos necessários e suficientes à execução da obra) devem ser elaborados tendo em vista os requisitos oferecidos pelo art. 62, IX, do Estatuto federal Licitatório e aprovados, antes da licitação, pela autoridade competente. Também há necessidade de indicação da fonte de recursos e da elaboração de um cronograma de desembolso.

A celebração dos contratos de obra pública independe de autorização legislativa, mas, em tese, exige licitação e, uma vez celebrados, publicação.

1.2. Contrato de serviço

É o acordo celebrado pela Administração Pública, ou por quem lhe faz as vezes, com certo particular, mediante o qual este lhe presta utilidade concreta de seu interesse. São serviços (art. 62, II, do Estatuto federal Licitatório) a demolição, o conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, locação de bens, a publicidade e os trabalhos técnicos profissionais. Obra e serviço não se confundem, pois são diferenciados pela predominância, na obra, do material e, no serviço, da atividade. O contrato de serviço não se confunde com o contrato de concessão de serviço público. Naquele a Administração Pública recebe o serviço do administrado; neste, presta o serviço público ao administrado.

609

Os serviços podem ser classificados em comuns, técnico-profissionais e técnico-profissionais especializados. Comuns são os que para ser executados não exigem qualquer habilitação especial. Não são privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional. São contratados mediante licitação e executados sob o regime da empreitada ou da tarefa. São exemplos os serviços de limpeza, conservação, manutenção, pintura, montagem e desmontagem.

Serviços técnico-profissionais são os que, para ser executados, exigem habilitação legal. São privativos de certa profissão ou categoria profissional. E serviço, diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 237), que requer capacitação profissional e habilitação legal para seu desempenho. A habilitação pode ser o mero registro na repartição competente (do encanador, na Prefeitura; do eletricitista, na empresa distribuidora de energia elétrica) ou a prova de curso superior. Exemplos:

serviços de engenharia, eletricidade e hidráulica. São contratados mediante licitação e podem ser executados por empreitada administração contratada ou tarefa.

Os serviços técnico-profissionais especializados são os que exigem para sua execução profissionais habilitados e de notória especialização. Esses serviços são enumerados taxativamente pelo art. 13 do Estatuto federal Licitatório. São: I — estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos e executivos; II — pareceres, perícias e avaliações em geral; III — assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV — fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI — treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Os serviços técnico-profissionais especializados, quando contratados com profissionais ou empresas de notória especialização, o são independentemente de licitação, consoante o que faculta o art. 25, II, do Estatuto federal Licitatório. Por sua vez, de notória especialização é o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato⁴⁶. O contrato, celebrado pela Administração Pública com o profissional ou empresa de notória especialização, tem características próprias, tendo em vista que essa qualidade do contratado diminui os poderes de controle da execução do ajuste e de recusa do trabalho realizado, normalmente exercidos nos demais contratos.

46. Veja art. 25. parágrafo único. do Estatuto federal Licitatório.

610

Os contratos de serviços não exigem, para sua celebração, autorização legislativa, mas, em tese, exigem licitação e, uma vez celebrados, publicação.

1.3. Contrato de fornecimento

É a avença através da qual a Administração Pública adquire, por compra, coisas móveis de certo particular, com quem celebra o ajuste. Ditos bens, como é natural, destinam-se à realização de obras e à manutenção dos serviços públicos. São exemplos os materiais de consumo, os produtos industrializados, os gêneros alimentícios. Esses acordos são muito assemelhados ao contrato de compra e venda regido pelo Direito Privado. Podem ser celebrados para a entrega da coisa desejada pela Administração Pública de uma só vez, num só momento, e na sua totalidade (contrato de fornecimento

instantâneo). ou parceladamente, isto é, sucessivamente. ao longo do lapso contratual (contrato de fornecimento sucessivo). O pagamento é feito em dinheiro e nos termos e condições do ajuste. Quanto ao recebimento dos bens comprados, tal mister deverá ser confiado a uma comissão. consoante determina o § 82 do art. 15 do Estatuto federal Licitatório.

A contratação, em tese, depende de licitação, sem necessidade de autorização legislativa. Há necessidade, sim, de publicação do contrato. ainda que de pequeno valor e não instrumentalizado por termo.

1.4. Contrato de concessão de uso de bem público

É o ajuste, oneroso ou gratuito. efetivado sob condição pela Administração Pública, chamada concedente, com certo particular, o concessionário, visando transferir-lhe o uso de determinado bem público. Qualquer bem público pode ter seu uso transferido a particular que deseje utilizá-lo com exclusividade. Assim, pode ser transferido o uso tanto dos bens móveis como dos imóveis; dos bens de uso comum, especial ou dominical, observadas previamente certas exigências administrativas (licitação. desafetação, autorização legislativa). Destarte, pode ser concedido o uso, por exemplo, de hotel, restaurante, ginásio esportivo, prédio escolar, áreas em mercado e terrenos incultos.

O contrato de concessão de uso de bem público deve, entre outras disposições, prever a remuneração e o prazo. A remuneração, sob a égide de alguma legislação, pode ser obrigatória, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro em relação aos bens imóveis estaduais (art. 68 da CE), ou

611

facultativa, como ocorre na maioria dos Municípios O prazo pode ser qualquer um que atender ao interesse público. Dessa forma, a vigência desses contratos pode ser maior ou menor, consoante esse interesse, e a sua extinção por mérito pode ser antecipada mediante indenização. Por fim, diga-se que a esse contrato aplica-se, no que couber, o regime dos contratos de concessão de serviço público.

E contrato que há de ser precedido de autorização legislativa e licitação, que devem acontecer nessa cronologia. Em algumas hipóteses é necessária a prévia desafetação, por lei. do bem objeto do ajuste, o que ocorre quando o bem, e. g., é de uso comum do povo, sob pena de ilegalidade. A desafetação não é necessária quando a utilização privativa não é incompatível com o uso comum ou especial do bem. E o que se dá com as concessões de banca de jornal em praça pública, ou de boxe em mercado

municipal. A licitação é julgada à vista dos valores oferecidos acima da avaliação. Será vencedor o proponente que ofertar o maior lance (art. 45, § 1.º IV). Diga-se ainda que, uma vez celebrado, o contrato deve ser publicado, nos termos e condições anteriormente descritos.

Desse contrato de concessão de uso de bem público diferencia-se o contrato de concessão de direito real de uso de bem público, instituído pelo Decreto-Lei federal n. 27 1/67. Por esse contrato atribui-se ao particular um direito real relacionado com o uso de bem público. Esse uso, no entanto, só pode incidir sobre bens públicos incultos. No mais, são iguais. Também não se confunde com a permissão de uso. Esta é ato administrativo; aquela é contrato administrativo.

1.5. Contrato de concessão de obra pública

A avença realizada pela Administração Pública com certo particular para atribuir-lhe a execução e exploração de determinada obra pública, remunerando-se do capital investido e dos encargos da execução através da cobrança de tarifas do usuário, era chamada de concessão de obra pública 4. Por força da Lei Federal n. 8.987/95 (art. 2.º III), passou a denominar-se concessão de serviço público precedida da execução de obra pública. É exemplo o contrato de construção de uma ponte com cobrança de pedágio pelo concessionário, que por esse modo remunerar-se-á do capital investi-

612

do e alcançará o lucro desejado. Também é exemplo o contrato de construção e exploração de uma estação rodoviária. Por ele o concessionário constrói a estação e passa a explorá-la, cobrando dos usuários a chamada “taxa de embarque”. o estacionamento e o aluguel dos boxes. Em Itapira, São Paulo, a estação rodoviária foi construída e está sendo explorada por esse regime. A esse tipo de contrato aplica-se, no que couber, o regime da concessão de serviço público, conforme estudado em outra oportunidade.

É, diga-se por fim, ajuste que depende, para sua celebração, de autorização legislativa e licitação, que devem acontecer nessa ordem. Uma vez celebrado, deve ser publicado. A publicação, como vimos, é resumida, mas nada impede que seja feita integralmente. No que couber, essa espécie de contrato administrativo observa o regime da concessão de serviço público.

1.6. Contrato de empréstimo público

É o ajuste pelo qual a Administração Pública consegue de um particular, com quem contrata, um empréstimo em dinheiro. Esse ajuste é necessário, mas só se justifica quando o valor conseguido destina-se a atender a situações urgentes e imprevistas que não podem ser solucionadas com os recursos normais, advindos da arrecadação tributária, ou quando seu valor compuser o conjunto das receitas públicas. Os empréstimos podem ser alcançados no mercado interno ou no externo. São empréstimos internos os conseguidos e cumpridos no mercado interno, e externos os conseguidos e cumpridos no mercado internacional. Também podem ser federais, estaduais ou municipais, conforme seja seu tomador a União, o Estado-Membro ou o Município. A celebração desse ajuste exige prévia autorização legislativa, consoante se infere do estabelecido no art. 48, II, da CF. Ademais, deve observar as normas de endividamento e outras indicadas pelo Banco Central do Brasil e as editadas pelo Senado Federal.

O contrato de empréstimo público não se confunde com o contrato de fornecimento, dado que neste não há obrigação de devolver coisa da mesma espécie e qualidade (dinheiro), mas pagamento, enquanto naquele há devolução de dinheiro. O Contrato de Abertura de Crédito por Antecipação de Receita Orçamentária — ARO é exemplo de contrato de empréstimo público.

1.7. Contrato de gestão

47. No Estado de São Paulo esses contratos estão regulados pela Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992, que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos.

613

Pela EC n. 19/98 foi introduzido no art. 37 da Constituição Federal o § 8, com a seguinte redação: “A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I — o prazo de duração do contrato; II — os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; III — a remuneração do pessoal”. Nesse dispositivo, embora não mencionado expressamente, reside o fundamento constitucional do contrato de gestão, também denominado contrato acordo-programa. O contrato de gestão, que somente com essa emenda ganhou nível constitucional, já era conhecido e praticado por algumas das grandes empresas governamentais. Com efeito, essa espécie de ajuste já fora celebrado com a Companhia

Vale do Rio Doce — CVRD, a Petróleo Brasileiro SIA e o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, com base no Decreto federal n. 137/91, recebendo everas críticas pela falta de fundamentação legal. Para esses ajustes não era bastante a existência de um decreto, pois a matéria exigia uma lei. Por sso acabaram impugnados pelo Tribunal de Contas da União.

Contrato de gestão é o ajuste celebrado pelo Poder Público com órgãos e entidades da Administração direta, indireta e entidades privadas quaificadas como organizações sociais, para lhes ampliar a autonomia gerencial, rçamentária e financeira ou para lhes prestar variados auxfios e lhes fixar metas de desempenho na consecução de seus objetivos. Alexandre de Moraes⁴⁵ define o contrato de gestão como o “avençado entre o Poder Público e determinada empresa estatal, fixando-se um plano de metas para essa, ao mesmo tempo em que aquele se compromete a assegurar maior autonomia e liberdade gerencial, orçamentária e financeira ao contratado ria consecução de seus objetivos”, O contrato de gestão, firmado por certo tempo, sujeita-se a controle de resultado no que respeita à realização das metas nele estabelecidas.

Por força do texto constitucional o contrato de gestão poderá ser utilizado tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, lesde que disciplinado por lei de cada uma dessas pessoas. A respeito existem leis regulando a qualificação de entidades privadas como organizações 3ociais e a disciplina dos contratos de gestão que viabilizarão a participação dessas entidades privadas na prestação de serviços de interesse público le execução não privativa do Poder Público.

48. Reforma administrativa. São Paulo. Atlas. 1999, p. 55.

614

CAPÍTULO XI

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E NO DOMÍNIO ECONÔMICO

1— ASPECTOS GERAIS

1. Intervenção

O desfrute de bens, o exercício de direito e o desempenho de atividade particular conformam-se com certos limites, impostos pela ordem jurídica. Essa limitação ocorre em todos os Estados, inclusive nos que reconhecem e asseguram a propriedade privada, garantindo os regimes da livre competição e da liberdade de iniciativa. Nesses Estados, chamados sociaisliberais, a propriedade e o exercício das atividades econômicas estão condicionados ao bem-estar da sociedade. De sorte que, para o gozo de uns e o

exercício de outros, o Estado impõe limites e prescreve regras, visando dificultar, ou mesmo obstar, qualquer comportamento anti-social dos administrados e satisfazer as exigências da comunidade.

Nesse mister, se necessário à satisfação do interesse público, o Estado pode intervir na propriedade particular¹ e no domínio econômico. E nesse sentido a lição de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 503), ao dizer que, para “o uso e gozo dos bens e riquezas particulares, o Poder Público impõe normas e limites, e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de

1. Fala-se em intervenção na propriedade particular. mas essa atuação estatal. em alguns casos. incide sobre a propriedade pública, como ocorre com a limitação administrativa, que será vista no n. 3.1 do item II.

615

atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a zonduta anti-social da iniciativa particular”.

2. Modalidades de intervenção

Do exposto no item anterior, resta claro que. segundo o objeto sobre o qual pode recair a ingerência do Estado. duas são as modalidades de intervenção que podem ser praticadas: a) intervenção na propriedade particular: b) intervenção no domínio econômico. A primeira concretiza-se pela imposição de limitação administrativa, pela instituição de servidão administrativa. em que se inclui o tombamento, e pela instituição da ocupação temporária, da requisição. da desapropriação, do parcelamento e da edificação compulsórios. A segunda efetiva-se pelo controle de preços, pelo controle do abastecimento, pela repressão ao abuso do poder econômico, pelo monopólio, pela fiscalização, pelo incentivo e pelo planejamento.

Num quadro sinótico temos:

1. Limitação administrativa
2. Servidão administrativa
3. Tombamento
4. Ocupação temporária
5. Requisição
6. Desapropriação
7. Parcelamento e edificação compulsórios
1. Controle de preços

2. Controle do abastecimento
3. Repressão ao abuso do poder econômico
4. Monopólio
5. Fiscalização
6. Incentivo
7. Planejamento

616

3. Fundamentos da intervenção

São dois os fundamentos da intervenção: o político e o jurídico. O fundamento político da intervenção do Estado na propriedade privada e no domínio econômico é a proteção dos interesses da comunidade contra qualquer conduta anti-social da iniciativa particular, enquanto o jurídico é qualquer disposição consignada na Constituição ou na legislação infraconstitucional. No Direito brasileiro, o fundamento jurídico da intervenção ora está na Constituição da República, ora nas leis ordinárias, conforme veremos mais adiante.

4. Competência para intervir na propriedade

As competências para legislar sobre intervenção na propriedade privada e para efetivá-la cabem a quem a Constituição ou a lei indicar. Logo, há de se buscar no ordenamento jurídico a entidade competente para uma (legislar) e para outra (intervir) dessas medidas. Legislar sobre desapropriação e sobre requisição civil ou militar em tempo de guerra é competência exclusiva da União (CF, art. 22, I e II), enquanto a submissão de um bem, quase sempre particular, ao regime expropriatório ou ao da requisição é competência, entre outros, da União, do Estado-Membro, do Município (art. 2 do Dec.-Lei federal n. 3.365/41 — Lei Geral das Desapropriações, e parte final do inciso XXIV do art. 52 da CF). Quanto à competência para legislar e efetivar as demais modalidades de intervenção na propriedade, vejam-se os tópicos subsequentes.

5. Procedimento interventivo

A intervenção, quer na propriedade particular, quer no domínio econômico, não se efetiva arbitrariamente ou mediante critérios ou interesses dos agentes públicos. Prevista na Constituição, é regulamentada por lei, no que se refere ao modo e à forma de sua execução. Qualquer comportamento público desgarrado desse limite torna nula a intervenção e enseja a responsabilidade do agente.

6. Limites

A intervenção do Estado que vimos estudando deve observar certos limites. Com efeito, circunscreve-se a ação interventiva, de um lado, pela

617

proteção dos interesses da comunidade e, de outro, pela observância dos direitos e garantias dos administrados. Na conciliação dessas duas necessidades residem os limites da intervenção do Estado na propriedade e no domínio econômico.

II—INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE

1. Introdução

A propriedade privada não é mais absoluta. Seu uso, gozo, fruição e disposição não podem opor-se aos interesses gerais. Mesmo em países como o nosso, em que a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, ela está condicionada a uma função social (CF, art. 170, III).

Aquela propriedade privada, oponível contra todos e contra o próprio Estado, já não existe, e para realizar o bem comum pode o Estado nela intervir, valendo-se dos institutos da limitação administrativa, da servidão administrativa — em que se inclui o tombamento —, da ocupação temporária, da requisição, da desapropriação, do parcelamento e edificação compulsórios.

2. Conceito

A intervenção na propriedade privada pode ser conceituada como sendo toda ação do Estado que, compulsoriamente, restringe ou retira direitos dominiais do proprietário. Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 507) afirma: “entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do poder público que, compulsoriamente, retira ou restringe direitos dominiais privados, ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público”.

3. Meios interventivos

Vários são os meios que podem ser utilizados pelo Estado para intervir na propriedade privada. Tudo dependerá, no que respeita à quantidade e ao regime legal respectivo, do que for estabelecido pelo ordenamento jurídico. Entre nós, esses meios são, desde os mais brandos até os mais drásticos, a limitação administrativa, a ocupação temporária, a servidão administrativa, na qual se coloca o tombamento, o parcelamento e a edificação

618

compulsórios, que não retiram o domínio, tidos como meios brandos de intervenção na propriedade privada. A requisição, que ora retira o domínio ora não, e a

desapropriação (ou expropriação), que sempre retira o domínio, são havidas, por isso, como meios drásticos de ingerência na propriedade particular. Vejamos cada um desses meios de intervenção, salvo a expropriação, que será, devido a sua importância, estudada no Capítulo XII.

3.1. Limitação administrativa

É forma suave de intervenção na propriedade. É conceituada como toda imposição do Estado, de caráter geral, que condiciona direitos dominiais do proprietário, independentemente de qualquer indenização.

São as limitações administrativas preceitos de ordem pública (não admitem acertos ou composições sobre seus respectivos conteúdos) que se concretizam sob as três modalidades seguintes: positiva, negativa e permissiva. Pela primeira o administrado-proprietário está obrigado a fazer o que lhe exige a Administração Pública. Dessa espécie de limitação administrativa são exemplos a obrigação de construir muro no alinhamento (limite da propriedade particular ou pública com um logradouro público) e a obrigação de manter imóvel urbano roçado e limpo. Através da segunda, o administrado-proprietário é compelido a não fazer alguma coisa, isto é, o que lhe é vedado. Deve, portanto, abster-se. São exemplos dessa modalidade de limitação administrativa a não-construção além de certo número de pavimentos e o não-desmatamento acima de determinado percentual da área florestada. Pela terceira e última dessas modalidades, o administrado-proprietário é obrigado a permitir que em seus domínios seja feita alguma coisa. São dessa espécie as vistorias (em elevadores, pára-raios) e o ingresso de agentes públicos na propriedade particular para certos fins, a exemplo dos sanitários,

Dada a sua natureza, a limitação administrativa há de: 12) ser geral:

22) ser instituída em razão de um interesse público; e 32) não promover a disparição da propriedade. Há de recair sobre todas as propriedades com tais ou quais características (os futuros prédios na Av. da Praia não poderão ter mais que três pavimentos). Assim, se não se quer uma imposição dessa espécie mas, ao contrário, pretende-se a submissão de certa propriedade a um interesse público, deve-se recorrer à servidão administrativa ou à desapropriação, conforme exigir o interesse público, pois não se está, ante a falta de generalidade, na presença de uma limitação administrativa. Tampouco se tem como caracterizar tal imposição limitativa da propriedade

particular se apartada do interesse público que lhe dá)estarte, não pode prevalecer a limitação que impede a construa or éis e “drive-in” com a finalidade de prestigiar certa política reljqj1 im. diga-se que a limitação administrativa não pode promover a UtjljIlento da propriedade isto é, a total impossibilidade de sua ade4a zfla ação econômica. Assim, se o proprietário de imóvel for impedid seja da de preservação ambiental permanente, de retirar a vegetação

espécie que for, é evidente que essa imposição retira qualquer p
de de utilização dessa propriedade.

Por apresentarem ditas características são indenizáveis. jj

São instituídas por lei de qualquer das entidades políticas com tado-Membro, Distrito Federal. Município), consoante a respe petência, por tratar-se de matéria de natureza administrativa.

particulares, a própria entidade que as instituiu e as demais pes Paulo cas. Nesse sentido o STF já decidiu em favor do Município de

quando exigiu da Administração estadual a sua Submissão

edilícia para a construção de certo edifício público (RT, 314:62i (RT. mando, desse modo, decisão do Tribunal de Justiça de São Y

‘O3:l37). ições de

As limitações administrativas não se confundem com as re ou com vizinhança, com a servidão predial, com a servidão a desapropriação, embora algumas vezes isso ocorra. Não se de cada com as restrições de vizinhança em razão das distintas finalida s em beuma dessas imposições. As limitações administrativas são edita estabenefício do bem-estar social, enquanto os direitos de vizinhança segiranlecidos para a proteção da propriedade privada e como garantia ninjstra ça, conforto, sossego e saúde dos que a utilizam. As limitações igian os tivas protegem a coletividade; as restrições de vizinhança preial Visto vizinhos. Distingue-se a limitação administrativa da servidão PP50 de que a instituição desta, por convenção ou usucapião, visa a suIlle ttjum prédio particular a outro (art. 1.378 do CC), como a servidã ao conto. É restrição individualizada estabelecida em função de alguég trário, portanto, da limitação, que não é instituída a favor de i que esta genérica. Tampouco se confunde com a servidão administrativa,id

ônus real, quase sempre indenizável, que atinge determinada tivo (pasde, pública ou privada, para propiciar um serviço de interesse coao transsagem subterrânea, por

terreno particular ou público, de dutos P1jetdos e porte de óleo, água e gás. dando origem aos oleodutos, a de tinhas gasodutos, ou a passagem por terrenos, públicos ou particulares

620

de particular se apartada do interesse público que lhe dá sustentação. Destarte, não pode prevalecer a limitação que impede a construção de inotéis e “drive-in” com a finalidade de prestigiar certa política religiosa. Por fim. diga-se que a limitação administrativa não pode promover o aniquilamento da propriedade, isto é, a total impossibilidade de sua adequada utilização econômica. Assim, se o proprietário de imóvel for impedido, na zona de preservação ambiental permanente. de retirar a vegetação nativa, seja da espécie que for, é evidente que essa imposição retira qualquer possibilidade de utilização dessa propriedade.

Por apresentarem ditas características são indenizáveis.

São instituídas por lei de qualquer das entidades políticas (União. Estado-Membro. Distrito Federal, Município), consoante a respectiva competência, por tratar-se de matéria de natureza administrativa. Obrigam os particulares, a própria entidade que as instituiu e as demais pessoas políticas. Nesse sentido o STF já decidiu em favor do Município de São Paulo. quando exigiu da Administração estadual a sua submissão à legislação edilícia para a construção de certo edifício público (RT, 314:624). confirmando, desse modo, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT.

303: 137).

As limitações administrativas não se confundem com as restrições de vizinhança, com a servidão predial. com a servidão administrativa ou com a desapropriação, embora algumas vezes isso ocorra. Não se confundem com as restrições de vizinhança em razão das distintas finalidades de cada uma dessas imposições. As limitações administrativas são editadas em benefício do bem-estar social, enquanto os direitos de vizinhança são estabelecidos para a proteção da propriedade privada e como garantia de segurança, conforto, sossego e saúde dos que a utilizam. As limitações administrativas protegem a coletividade; as restrições de vizinhança prestigiam os vizinhos. Distingue-se a limitação administrativa da servidão predial, visto que a instituição desta, por convenção ou usucapião, visa a submissão de um prédio particular a outro (art. 1.378 do CC), como a servidão de trânsito. É restrição individualizada, estabelecida em função de alguém, ao contrário, portanto, da limitação, que não é instituída a favor de ninguém; é genérica. Tampouco se confunde com a servidão administrativa, já que esta é ônus real,

quase sempre indenizável, que atinge determinada propriedade, pública ou privada, para propiciar um serviço de interesse coletivo (passagem subterrânea, por terreno particular ou público, de dutos para o transporte de óleo, água e gás, dando origem aos oleodutos, aquedutos e gasodutos. ou a passagem por terrenos, públicos ou particulares. de linhas

621

de transmissão de energia elétrica), enquanto a limitação administrativa é geral e gratuita. Sem grande dificuldade vê-se que a limitação administrativa não se confunde com a desapropriação. Esta retira a propriedade: aquela não. Aquela recai sobre todas as propriedades; esta não.

3.2. Ocupação temporária

O Estado (União. Estado-Membro, Distrito Federal e Município). ou quem lhe faça as vezes, se para executar uma obra, prestar um serviço ou desempenhar uma atividade necessitar, provisoriamente, de espaços livres que estão nas vizinhanças, pode ocupá-los, desde que essa ocupação seja precedida do competente ato instituidor e notificado o proprietário ou o possessor de que a ocupação temporária vai ser executada a partir de certa data. Não havendo contestação, o proprietário ou o possuidor entregará o bem ao Poder Público ou a quem lhe faça as vezes na execução da obra ou do serviço. Nesse momento poderá exigir a caução. Se não concordar, deve ser pedido ao juiz competente para que fixe a caução e expeça o mandado de ocupação. Embora haja divergência quanto à possibilidade da autoexecutoriedade do ato de instituição da ocupação temporária, estamos entre os que não a admitem. Com efeito, se há necessidade, nos casos de urgências, da expedição do competente mandado de imissão de posse, não vemos em relação à ocupação temporária como possa ser diferente. Mas se nada for respeitado, pode o proprietário ou o possessor valer-se das medidas adequadas para manter-se na posse (RTJ, 84:592). Tais espaços livres podem ser de propriedade particular, pública ou governamental. Embora se fale em espaço ou área livre, admite-se a ocupação temporária, mesmo que no interior da área haja pequena construção ou um aproveitamento qualquer. A essa utilização, que só pode ocorrer sem alteração substancial ou consumação do bem, dá-se o nome de ocupação temporária. Desse modo, a ocupação temporária ocorre sempre que o Poder Público, ou quem lhe faça as vezes, tem necessidade de local livre, próximo da obra que executa ou do serviço ou atividade que presta, para, precariamente, instalar o respectivo canteiro. Vaie dizer: sempre acontece quando o Estado, ou quem lhe faça as vezes, necessita, a título precário, de bem para depósito de material e equipamento, ou para acampamento de

peões e instalações administrativas. Esse o seu fundamento político. É, como se vê, medida interventiva que prestigia concorrentemente as entidades políticas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município). Observado o mesmo regime, as pessoas públicas (autarquias, fundações públicas), as governamentais

622

(empresa pública, sociedade de economia mista) e os concessionários de serviços públicos, desde que previamente autorizados, por lei ou contrato, poderão valer-se da ocupação temporária. A ocupação temporária não deve durar mais que o período necessário à execução da obra ou do serviço, acrescido do tempo indispensável ao desmonte e retirada, do terreno ocupado, dos bens, equipamentos, máquinas e sobra de material. Após esse tempo, cabe reintegração de posse, pois a ocupação temporária tornou-se ilegal, cumulada com pedido de indenização.

A ocupação, nesses termos, de terreno não edificado está expressamente autorizada no art. 36 da Lei Geral das Desapropriações, se necessária à realização de obra pública que se implanta na vizinhança. Esse o fundamento legal da ocupação temporária. Não se trata pois de desapropriação, embora prevista na Lei Geral das Desapropriações. Tal ocupação será indenizada ao seu fim, assegurando-se essa obrigação por caução (real ou fidejussória) prestada pelo Poder Público, se exigida pelo proprietário do bem ocupado. O valor da indenização pode ser estabelecido por acordo administrativo (o Poder Público pactua com o proprietário do bem ocupado o que e em que condições a título de indenização será pago pela submissão de seu bem a dito regime de intervenção na propriedade) ou sentença judicial (quando não for possível o acordo sobre a indenização). E instituída, regra geral, por ato administrativo veiculado por decreto da entidade (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município) proprietária da obra ou titular do serviço. A necessidade do ato instituidor da ocupação temporária já foi ressaltada pelo STF, em acórdão publicado na RDA, 135:192. Observe-se que a utilização consentida pelo proprietário mediante certa remuneração ou mesmo sem qualquer retribuição não é ocupação temporária. Para que se tenha esta é necessário a compulsoriedade.

A ocupação temporária não se coílfunde com a requisição (v. item 3.5, adiante). Com efeito, aquela só pode incidir sobre bens improdutivos, enquanto esta pode recair sobre qualquer bem. Ademais, diga-se que a ocupação temporária só incide sobre bens imóveis, situados nas proximidades da obra, serviço ou atividade do Estado. O mesmo não acontece com a requisição, que pode ter por objeto bens de qualquer natureza

(móvel, imóvel, semovente, consumível), próximos ou distantes da obra, serviço ou atividade do Estado, dado que essa circunstância é irrelevante à sua natureza. Também não se confunde com a desapropriação, pois esta retira enquanto aquela não desapossa o proprietário ou o possuidor do seu bem.

Define-se, após esses comentários, a ocupação temporária como a utilização provisória que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, faz, mediante

623

indenização posterior' de bem improdutivo próximo à obra que executa ou a serviço e atividade que presta, para instalar canteiro de obra, serviço ou atividade pública, sem alteração ou consumação de sua substância.

3.3. Servidão administrativa

Comumente, a Administração Pública (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município) vale-se da propriedade particular, mediante indenização dos efetivos prejuízos que causa, para prestar uma informação à comunidade (colocação de placa com nome de rua), para fixar fios ou cabos ou para sobre ou sob ela estender certos equipamentos necessários à prestação de comodidades e utilidades aos administrados. É o que ocorre com a passagem de fios elétricos, telefônicos e telegráficos e de dutos (aqueduto, gasoduto) por propriedades particulares ou públicas. Essa utilização, se impõe ao dominus uma restrição ao uso, não lhe retira, pelo menos em princípio, a propriedade. Tal restrição caracteriza-se como um ônus real ou, como querem alguns, tem a natureza de um ônus real. E a servidão administrativa. Diante dessas notas que tracejam seu regime jurídico, pode ser conceituada como o ônus real de uso imposto pelo Estado à propriedade particular ou pública, mediante indenização dos efetivos prejuízos causados, para assegurar o oferecimento de utilidades e comodidades públicas aos administrados. Seu fundamento genérico-constitucional é o art. 170, III, da Lei Maior (função social da propriedade), enquanto seu fundamento legal é o art. 40 da Lei Geral das Desapropriações². Podem ser, como se vê, instituídas pela União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município, guardadas as respectivas competências.

Algumas vezes as servidões administrativas são suportadas pelos particulares ou pelo Poder Público sem qualquer indenização, dado que sua instituição não lhes causa qualquer dano, nem lhes impede o uso normal da propriedade, como ocorre com a colocação de placa de denominação de rua ou de gancho para sustentar fios da rede de energia elétrica dos trólebus em parede de prédio situado em certos cruzamentos, e com

a colocação de postes nas calçadas por concessionárias de serviço público. Se, ao contrário, a instituição da servidão administrativa determinar, por mínimo que

2. A possibilidade de instituição de servidão administrativa também está autonzada em algumas leis. a exemplo do Código de Águas (art. 151, c), do Código de Mineração (arts. 6, parágrafo único, b. e 38. V. entre outros).

624

seja, um dano, há de ser o proprietário indenizado. Assim, só se indeniza se e quando a sua instituição acarretar um efetivo prejuízo ao particular, que teve a sua propriedade onerada no seu uso com a instituição da servidão administrativa. Essa indenização tem girado, nas decisões judiciais, entre dez e vinte por cento do valor da área objeto da servidão, conforme esclarece José Carlos de Moraes Salies. Embora haja divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao pagamento de juros compensatórios, a Súmula 56 do STJ legitima sua exigência e pagamento.

Por outro lado, a indenização não é pela aquisição do domínio, pois o Poder Público não adquire a propriedade pela servidão. Sendo assim, é natural que a indenização vise o ressarcimento do dano causado à propriedade particular. Tal dano é o emergente, embora alguns admitam, se pleiteado e comprovado, o pagamento dos lucros cessantes. Essa obrigação de indenizar está prescrita no art. 40 da Lei Geral das Desapropriações. O uso efetivo é, em princípio, gratuito, pois a Administração Pública nada paga mensal, trimestral ou anual, por ele, como faz na locação, por exemplo.

O valor da indenização pode ser estabelecido por acordo administrativo (o Poder Público pactua com o proprietário do bem serviente o que e em que condições a título de indenização será pago pela submissão de seu bem ao regime da servidão) ou sentença judicial (quando não for possível o acordo sobre a indenização), aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei Geral das Desapropriações (art. 40), valendo-se a Administração Pública para tanto da competente ação de constituição de servidão. Se for urgente a necessidade de utilização da área, a Administração Pública, valendo-se do que couber da ação expropriatória, solicita imis são provisória na posse (RT, 349:423 e 478:155). Por fim, diga-se que, por impor à propriedade serviente um ônus real, há de ser inscrita no Registro Imobiliário competente, conforme estabelece a Lei de Registros Públicos (art. 167, 1, 6), embora isso não se faça em relação às mais simples, a exemplo da servidão decorrente da colocação de placas de denominação de ruas.

Substancialmente, a servidão administrativa difere da civil (constituída segundo o figurino traçado pelo Código Civil, arts. 1.378 e 1.379) pelo fim. De fato, a servidão

administrativa é instituída para satisfazer um fim de interesse público, e a servidão civil é estabelecida em favor de uma finalidade de interesse privado. Tampouco se confunde com a limitação admi 3 A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 3. ed.. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1995.

624

njstrativa. Essencialmente, diferem quanto à natureza (a servidão administrativa é ônus real, e a limitaçãd administrativa constitui obrigação pessoal), à indenização (a servidão administrativa pode ser indenizada, enquanto a limitação administrativa é inindenizável) e à abrangência (a servidão administrativa recai sobre propriedade certa e determinada — é, portanto, individualizada —, o mesmo não ocorrendo com a limitação administrativa, que incide sobre todas as propriedades). Por último, diga-se que, substancialmente, difere da desapropriação, já que esta intervenção leva, inexoravelmente, à perda da propriedade privada, enquanto a servidão não leva ao perecimento o domínio particular.

A servidão administrativa é instituída por decreto, embora nas mais simples não ocorra qualquer manifestação solene da entidade pública, como é o caso da colocação de placas de ruas. Uma vez instituída, a servidão administrativa extingue-se, segundo lição de Evaristo Silveira Júnior (RT, 293:26), pela perda da coisa gravada, pela transformação do imóvel, que não mais atende ao interesse público, pela desafetação e pela incorporação do imóvel ao domínio público.

3.4. Tombamento

O tombamento⁴, que pode incidir sobre um bem móvel ou imóvel, é servidão administrativa (RDP 86:3 7) dotada de nome próprio, instituída sempre que o Poder Público deseja preservar certo bem, público ou particular, em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Por sua importância, recebe aqui um tratamento individualizado, sem que isso signifique qualquer nova espécie de intervenção na propriedade. Incide sobre a propriedade, limitando, em relação ao seu proprietário, os poderes de uso, gozo, disposição e destruição. Pode ser definido como sendo a submissão de certo bem, público ou particular, a um regime especial de uso, gozo, disposição ou destruição em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. O bem tombado permanece no domínio e na posse do proprietário, que tem direito a ser indenizado pelo prejuízo que sofre com essa medida de interesse público (RDP 81:65 e 86:37; RT 709:94). A indenização não é pela

aquisição do bem, que, em princípio, não ocorre, mas pelo efetivo prejuízo sofrido. Logo, sempre que o prejuízo ocorrer e for avaliável

4. Sobre essa matéria veja, na Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 74, p. 14, de nossa lavra, o verbete “Tombamento — II”, onde o tema é amplamente discutido. Veja também, de Antonio A Queiroz Teiles. Tombamento e seu regime jurídico. cit.

625

economicamente, a indenização é devida, podendo até mesmo ser total, ou seja, equivalente ao valor do bem, se o tombamento esvaziar o valor econômico da propriedade. Essa indenização pode ser determinada administrativa ou judicialmente e o direito de percebê-la prescreve em vinte anos (R7 755:237).

O fundamento da atribuição de tombar, exercida pela Administração Pública, é tríplice: político. constitucional e legal. O fundamento político reside no domínio eminente reconhecido e exercido pelo Estado sobre todas as coisas, bens e pessoas situados em seu território. O constitucional está xplicitado no art. 216, § 1, da Lei Maior. O fundamento legal, no âmbito da União. está no Decreto-Lei federal n. 25/37, conhecido como a Lei do Tombamento, e em alterações posteriores. A União, os Estados-Membros e o Distrito Federal, nos termos do art. 24, VII, da Lei Maior, podem legislar onconentemente sobre essa matéria, cabendo à União a edição das normas rerais a respeito (art. 24, § 1, da CF). Destarte, os Estados-Membros e o Distrito Federal, observadas as normas gerais editadas, nesse particular, pela União. instituirão suas respectivas leis de tombamento. Cabe aos Municíios, consoante o disposto no art. 30, IX, da Constituição Federal, “promover proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”. Ao Município a Constituição Federal não assegurou qualquer competência legislativa sobre tombamento. Há, no entanto, decisões em sentido contrário de nossos Tribunais (R7 739:38 1).

O tombamento, ato administrativo que declara e registra em livro próro o valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico de certo bem ara preservá-lo, pode ser: I— de ofício, II— voluntário e III— compulsórjQ, consoante a legislação federal. O primeiro incide sobre bens públicos; o ;egundo, sobre bens particulares, com a anuência do proprietário; e o terceiro ecai sobre bem particular e contra a vontade do proprietário. Em qualquer nipótese, sua decretação exige a observância do devido processo legal. As;im não nos parece que possa ser decretado por lei. Uma vez decretado o :ombamento, surtem desse ato alguns efeitos. De fato, nesse particular,

Odee Madauar (Direito administrativo moderno, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 379) menciona: I — imodificabilidade do bem tombado; II — limites à alienabilidade; III — fiscalização do Poder Público; IV — insuscetibilidade de desapropriação; V — restrições aos imóveis vizinhos. A conservação e reparação do bem tombado cabem ao proprietário, salvo se nomprovar que não dispõe dos necessários recursos, conforme estabelece o art. 19 do Decreto-Lei federal n. 25/37 e vem decidindo os nossos tribunais (RT, 756:181). Nesses casos os serviços de conservação e reparação cabe ao Poder Público autor do tombamento. O tombamento, por impor um nus real à propriedade, deve ser inscrito no Registro Imobiliário competente

626

(RT, 672:63). A obrigação dessa inscrição e a satisfação do correspondente custo cabem ao Poder Público autor do tombamento. Observe-se que somente o tombamento de imóvel está sujeito a essa inscrição imobiliária. Para a proteção do bem tombado a legislação federal de tombamento prevê sanções administrativas, ao lado da sanção penal instituída pelo art. 165 do Código Penal.

Contra o ato de tombamento pouco ou nada pode ser alegado pelo proprietário. A efetiva falta de interesse público, consubstanciada na inexistência de valor histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico, a incompetência da entidade promotora do tombamento e a inobservância do devido processo administrativo de tombamento podem ser alegadas, em juízo ou administrativamente, para obstar o tombamento. De nenhuma valia é a alegação contra o tombamento do direito adquirido ao uso, gozo, disposição e destruição do bem objeto do tombamento (RT, 705:94).

3.5. Parcelamento e edificação compulsórios

O § 4 do art. 182 da Constituição Federal faculta ao Município, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios⁵. Parcelamento é gênero do qual o loteamento e o desmembramento são espécies reguladas pela Lei federal n. 6.766/79 e posteriores alterações. O loteamento é a divisão de uma gleba em lotes, com a abertura de ruas, enquanto o desmembramento é a divisão de uma gleba em lotes sem a abertura de ruas. Assim, nos termos dessa disposição constitucional, quando vigorar a competente lei federal aí mencionada, o Município para área incluída no plano diretor pode exigir, por lei específica, que o seu proprietário

promova um loteamento ou um desmembramento para dar-lhe uma efetiva função social. Se a propriedade não edificada, subutilizada ou não utilizada não se prestar, em razão de seu tamanho, para qualquer das mencionadas urbanizações, observadas as mesmas prescrições, poderá exigir que seu proprietário promova uma edificação para dar-lhe efetiva função social.

5. O parágrafo ainda prevê outras medidas de aplicação sucessiva a partir do parcelamento ou edificação compulsórios. com o fito de compelir o proprietário a dar um uso social à sua propriedade.

627

3.6. Requisição

Em situação de urgência, ou não, e quase sempre sem o caráter de definitividade. a Administração Pública, com ou sem indenização posterior. pode utilizar bens particulares, valendo-se de atos e medidas auto- executórias, cuja obtenção, pelos procedimentos comuns, porque demorados ou dependentes da vontade do particular, prejudicaria a eficiência administrativa. E a requisição. Pode ser definida como a utilização, quase sempre transitória e auto-executória, pela Administração Pública, de bens particulares, mediante determinação da autoridade competente, com ou sem indenização posterior em razão ou não de perigo público.

Seu fundamento político é o estado de necessidade pública. Tem, entre nós, dois fundamentos constitucionais. Um, genérico, previsto no inciso III do art. 170 (função social da propriedade); outro, específico, fincado no inciso XXV do art. 5. embora essa disposição pareça sempre exigir uma situação de urgência. de perigo público. Tal utilização, como ato ou medida auto-executória que é, independe de prévia autorização judicial. Os abusos. no entanto, podem ser obstados por mandado de segurança. Seu controle é. por conseguinte, a posteriori.

Pode recair. como vimos, sobre bens móveis, imóveis e semoventes. Se incidir sobre bens consumíveis (gêneros alimentícios, roupas, cobertores), é definitiva. Nesse caso, há transferência dominial e a correspondente indenização posterior, sem, no entanto, caracterizar uma desapropriação. Da desapropriação difere porque a indenização é a posteriori, isto é, não é prévia como exige a Constituição para a expropriação, e porque independe. para a sua concreção. do auxílio do Judiciário, mesmo quando for contrária aos interesses de seu proprietário. Se recair sobre bens inconsumíveis (terrenos, prédios, máquinas, veículos), é transitória. Finda, nesse caso, a

utilização, devolve-se o bem ao proprietário e se satisfaz. de modo completo. o prejuízo causado.

As requisições podem ser civis e militares. A competência legislativa para umas e outras é da União (CF, art. 22, III). Essa exclusividade de legislar não impede que Estados-Membros e Municípios, nos termos da lei. façam requisições civis. As civis, não por favorecerem os particulares, mas por prestigiarem as autoridades públicas, são também chamadas de administrativas e se destinam a evitar um dano à vida, à saúde e aos bens da coletividade ou a minorar os seus efeitos, ou. ainda, a facilitar a prestação de certo serviço público. Dessas tem-se, como exemplo, a requisição de bens feita por funcionário florestal em caso de incêndio rural que não possa ser extinto com recursos ordinrios, conforme autoriza o art. 25 do Código

628

Florestal (Lei federal n. 4.771/65). As militares predestinam-se a garantir a segurança interna e a manter a soberania do Estado, conforme ensina Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 536). Ambas, desde que ocorra uma necessidade pública, podem ser utilizadas em período de paz. A requisição de bens e serviços essenciais ao abastecimento da população está disciplinada no Decreto-Lei federal n. 2/66, em vigor em tudo que não contraria a Constituição Federal. As requisições civil e militar, em época de guerra. estão reguladas pelo Decreto-Lei federal n. 4.812/42, também em vigor naquilo que não afrontar a Constituição, Concretizam-se por ato administrativo da autoridade civil ou militar competente.

III — INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

1. Introdução

As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa. da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e. de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e

para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social.

A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que “O instituto da intervenção, em todas suas modalidades. encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica. o poder para exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado”.

629

Pela intervenção o Estado. com o fito de assegurar a todos uma existência digna. de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF). pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante. os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito. consignado expressamente em nossa Lei Maior. como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Vaile Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que “As balizas da intervenção serão. sempre e sempre. ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (Curso, cit., p. 64).

2. Conceito

À vista do que se disse, pode-se conceituar a intervenção do Estado no domínio econômico como todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais.

3. Competência interventiva

A competência para intervir na atividade econômica não é distribuída de modo uniforme entre os componentes de nossa Federação. Seguramente o maior poder para intervir cabe à União. Todos podem atuar na economia. intervir, portanto, mediante empresas governamentais (sociedade de economia mista. empresa pública), criadas e destinadas a explorar certa atividade econômica, desde que necessárias a atender

relevantes interesses coletivos. Observe-se que só à União cabe intervir, através dessas entidades, quando dita medida for necessária aos imperativos de segurança nacional. Assim é porque apenas à União dizem respeito os interesses de segurança nacional. O controle de preços e do abastecimento e a repressão ao abuso do poder econômico cabem à União. Ainda há intervenção federal na atividade econômica quando a União, por força da Lei Maior, atua sob o regime de monopólio. As intervenções consubstanciadas no exercício de funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento cabem a todos os entes federados, observados os limites de competência prescritos pela Constituição Federal.

630

4. Fundamento

Em princípio, para cada espécie interventiva tem-se um fundamento de natureza constitucional. Assim, o fundamento para a intervenção na atividade econômica, via exploração de atividade própria da iniciativa privada, mediante a utilização de empresas governamentais, é o art. 173, O fundamento da intervenção através do controle de preços está abrigado no art. 170, V (defesa do consumidor), enquanto a normalização do abastecimento está fundada na requisição (art. 52, XXV). O fundamento para a repressão ao abuso do poder econômico está no § 42 do art. 173. A assunção de atividade monopolizada tem seu fundamento no art. 177, enquanto a intervenção mediante fiscalização, incentivo e planejamento fundam-se no art. 174, todos da Lei Maior.

A par desses fundamentos, diga-se que, em alguns casos, há legislação ordinária regulando a competência, como ocorre na requisição de serviços (Lei Delegada n. 4/62) e na requisição de bens (Dec.-lei n. 2/66).

5. Meios interventivos

São, substancialmente, meios de intervenção do Estado no domínio econômico: o controle de preços, o controle do abastecimento, a repressão ao abuso do poder econômico, o monopólio, afiscalização, o incentivo e o planejamento, cujos regimes são sucintamente apresentados nos tópicos subseqüentes.

5.1. Controle de preços

O controle de preços, também chamado de tabelamento, é forma de intervenção da União no domínio econômico. Consiste na fixação, em relação ao produtor, de preços mínimos e, relativamente ao consumidor, de preços máximos. De outro lado, preço é o valor pago por um bem comprado ou por uma atividade utilizada. O preço

pode ser privado, isto é, o decorrente da livre concorrência; semiprivado, ou seja, o fixado pela União sob a influência do mercado; ou público, o fixado unilateralmente pela União. O controle de preços incide sobre os preços privados. Seu fundamento, como já se acentuou, está implícito no princípio da proteção ou defesa do consumidor (art. 170, V, da CF). É verdade que a União não regulou essa competência ao editar o Código do Consumidor, mas isso não significa que esse inciso não seja seu fundamento. A União poderá, a qualquer momento, regular esse

631

controle. e enquanto isso não ocorre, cremos que coftflUa em vigor a legislação pertinente (Lei Delegada n. 5/62 e Dec. n. 51.620/62) no que não afronta a Constituição Federal. Observe-se que as tarifas, embora fixadas pelo Poder Público competente, não são consideradas controle ou tabelamento de preços, pois aí não há uma interferência estatal sobre o domínio econômico, mas o estabelecimento de um preço pelo serviço de que se vale o usuário.

5.2. Controle do abastecimento

A comunidade, pelo menos a carente, estaria afastada de certas utilidades e comodidades se a União não pudesse intervir na circulação dos bens e na prestação de serviços. Essa intervenção é mais intensa quanto mais essencial for o bem ou o serviço para a vida e a dignidade dos administrados. Certos produtos tomam-se escassos na entressafra e para que não desapareçam, nem seus preços se tornem abusivos, a União intervém levando ao mercado os adquiridos na safra. A medida interventiva pode ser, ainda, a redução ou mesmo a eliminação de alíquota de produtos importados. Pode ser definido como todo ato ou medida que assegura a livre distribuição de bens e serviços essenciais à coletividade. Por esse controle mantêm-se no mercado consumidor bens e serviços em quantidade necessária ao seu consumo e a preços compatíveis. Esse controle está regulado pela Lei Delegada n. 4/62.

Observe-se que para a eficácia dessas medidas é necessário que a União aja rapidamente na aquisição dos bens considerados escassos no mercado. Para tanto está dispensada de qualquer procedimento licitatório, consoante prescrito no inciso VI do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos Administrativos.

5.3. Repressão ao abuso do poder econômico

A regra, em relação à riqueza, é a sua função social (art. 170, III). Sendo assim, não há lugar na moderna economia para o poder econômico ser empregado de modo anti-social. O poder econômico não pode, por força desse princípio, voltar-se contra a

coletividade. Sua manipulação há de ser em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social. O uso arbitrário desse poder, decorrente da prática de truste (pressão das grandes empresas sobre suas concorrentes menores com o fito de afastá-las do mercado ou para que concordem com sua política de preços) e de cartel (composição voluntária dos concorrentes sobre um ou mais aspectos do negócio

632

que exploram, a exemplo do preço e da margem de lucro). enseja à União a adoção de medidas repressivas. À vista dessas considerações pode-se definir a repressão ao abuso do poder econômico como a medida ou conjunto de medidas estatais que ajustam o poder econômico ao desenvolvimento nacional e à justiça social.

O fundamento dessa intervenção está radicado no § 42 do art. 173 da Constituição Federal. Por ela evita-se a dominação do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Para tanto a União vale-se da Lei federal n. 8.884, de 11 de junho de 1994, chamada lei anti- truste. Essa lei, ademais, transformou o antigo CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia e lhe especificou o funcionamento e a competência que há de cumprir em todo o território nacional.

5.4. Monopólio

Em termos econômicos, monopólio é a abolição da concorrência. Em termos jurídicos, é a supressão de uma atividade do regime da livre iniciativa, imposta pelo Estado em benefício do interesse coletivo. Pelo que se depreende da nossa Lei Maior, é a exploração, pela União, de uma atividade monopolizada, como ocorre com as indicadas em seu art. 177. Não há, assim, monopólio privado (a exclusividade da atividade está nas mãos de particular), e, ademais, fora desse elenco não cabe falar em monopólio.

5.5. Fiscalização

Ao Estado, consoante competência que lhe atribuiu a Constituição Federal de agente normativo e regulador da atividade econômica, cabe, nos termos da lei, a função de fiscalização. Assim, a fiscalização do exercício da atividade econômica toma-se meio de intervenção do Estado nesse domínio. Destarte, compete-lhe licenciar as atividades cujo exercício seja desejado pelo particular, acompanhar o desenvolvimento da atividade licenciada, aplicar sanções sempre que haja infração às normas de sua regular exploração. Em suma, é o exercício da função de polícia administrativa nesse campo da atividade humana.

Tal fiscalização, atente-se, não pode ir além desses aspectos e atingir Os econômicos (quantidade da produção, obrigatoriedade de produzir certo bem) dada a liberdade de iniciativa garantida pela Constituição Federal (art. 170).

633

5.6. Incentivo

Qualquer das entidades federadas pode incentivar certa atividade econômica que se revelou insuficiente ao atendimento do mercado ou que não vem sendo explorada segundo a tecnologia desejada pelo interesse público. Normalmente o incentivo consiste na redução de alíquotas tributárias, na isenção e no fomento⁶.

5.7. Planejamento

A Constituição erigiu o planejamento como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico (art. 174). O planejamento, consoante esse preceptivo, é determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. Segundo Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 636), “Planejamento é o estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos”.

6. Sobre as diretrizes e incentivos para o desenvolvimento regional. veja a Lei federal n. 9.808. de 20 de julho de 1999.

634

CAPÍTULO XII

DESAPROPRIAÇÃO

1— ASPECTOS GERAIS

1. Introdução

Um rápido exame de nossas Constituições revela que, se de um lado sempre se garantiu o direito de propriedade, de outro nunca se proibiu a desapropriação. Esses dois direitos, o de propriedade do administrado e o de desapropriar do Estado, como ocorre em outros países, sempre conviveram em nosso ordenamento jurídico, “Nossa tradição constitucional”, diz Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo, cit., p. 191), “evidencia, em normas expressas, a convivência de duas noções: ao mesmo tempo que se garante o direito de propriedade, ressalva-se, sempre, a possibilidade de desapropriação”.

Em termos atuais, essa convivência está explicitada nos incisos XXII e XXIV do art. 52 da Constituição da República. O primeiro prescreve que é garantido o direito de propriedade, enquanto o segundo estabelece que a lei fixará o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvadas, nesse particular, as hipóteses que a própria Constituição enuncia.

Essa faculdade constitucional para desapropriar é necessária, visto que nem sempre o Estado pode alcançar os fins a que se propõe pelos meios que o Direito Privado oferece e regula. O proprietário do bem necessário, útil ou de interesse social para o Estado resiste às suas pretensões de compra, por não querer vender ou por não lhe interessar o preço oferecido. impedindo, com essa resistência, a realização do bem comum. Nesses

635

casos, como em outros, só a desapropriação restaura a prevalência do interesse público sobre o interesse particular. retirando do proprietário, mediante indenização, a sua propriedade.

A desapropriação, como se vê. é o mais eficaz e também o mais grave instrumento de que dispõe o Estado para intervir na propriedade quando esta lhe é necessária, útil ou de interesse social.

2. Conceito

Vários são os conceitos formulados pelos autores em razão do ordenamento jurídico considerado. Com base no nosso ordenamento — arts. 59 XXIV. 182, III, e 184, todos da CF, pode-se conceituar a desapropriação como sendo o procedimento administrativo pelo qual o Estado, compulsoriamente, retira de alguém certo bem, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social e o adquire, originariamente, para si ou para outrem, mediante prévia e justa indenização, paga em dinheiro, salvo os casos que a própria Constituição enumera, em que o pagamento é feito com títulos da dívida pública (art. 182, § 4,III) ou da dívida agrária (art. 184).

A desapropriação, assim conceituada, também é chamada de expropriação. O Poder Público é o expropriante ou desapropriante, e o proprietário do bem é o expropriado ou desapropriado. O bem, durante o procedimento expropriatório. é qualificado de expropriando ou desapropriando.

3. Espécies

Duas são as espécies de desapropriação. Uma, consubstanciada no inciso XXIV do art. 59 da Constituição da República, chamada de ordinária; outra, fundada nos arts. 182, § 49, III, e 184 e parágrafos dessa Constituição, denominada extraordinária. Difere uma da outra essencialmente pelas seguintes notas: a) na ordinária a indenização deve ser prévia, justa e em dinheiro; na extraordinária, se para os fins da reforma agrária, a indenização, embora prévia e justa, é paga em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e, se para fins de urbanização, é paga com títulos da dívida pública municipal de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais; b) a ordinária pode incidir sobre qualquer bem, salvo as vedações legais; a extraordinária, se para fins de reforma agrária, só pode recair sobre

636

imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social, e, se para fins de urbanização, só pode incidir sobre propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, incluída no plano diretor, cujo proprietário não promoveu o seu adequado aproveitamento; c) a ordinária pode ser efetivada pela União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal e outras pessoas a quem a lei reconheça tal competência; a extraordinária, se para fins de reforma agrária, só pela União ou seus delegados, e, se para fins de urbanização, só pelo Município e pelo Distrito Federal, que recebe constitucionalmente (art. 32, § 1) as competências que cabem ao Estado-Membro e ao Município.

A doutrina, a nosso ver impropriamente, tem classificado a desapropriação em direta e indireta. Direta é a desapropriação que observou todo o procedimento expropriatório. Nesta tem-se um ato declaratório e uma fase executória em que são promovidas medidas visando à aquisição da posse, do domínio e ao pagamento da indenização. Indireta é a desapropriação em que não se obedeceu a esse procedimento¹. Não há ato declaratório nem fase executória, mas o Poder Público expropriante entra na posse do bem e passa a agir como se fosse seu proprietário. E, na realidade, apossamento administrativo, verdadeiro esbulho, que obriga o proprietário a pleitear, administrativa ou judicialmente, o ressarcimento correspondente, cujo direito não era alcançado pela prescrição quinquenal (RDA, 133:197), mas sim pela vinteitária (STF, RTJ, 61:384 e Súmula 119 do STJ); hoje, por força da MP n. 2.183-56, que acrescentou o parágrafo único ao art. 10 da Lei Geral das Desapropriações, o direito de pleitear

indenização nos casos de apossamento administrativo prescreve em cinco anos. A impropriedade dessa classificação reside no fato de não existir, para a chamada desapropriação indireta, qualquer regime legal, como há para a desapropriação direta. A doutrina e a jurisprudência criaram-na (RT, 668:103) como forma de satisfazer o interesse do particular esbulhado, que não pode, dada a destinação pública que lhe foi atribuída pelo Poder Público, retomar o bem objeto do apossamento (RDA, 186:191). Por esse mecanismo, verdadeira desapropriação às avessas, o proprietário esbulhado consegue a correspondente indenização.

Tanto a desapropriação ordinária como a extraordinária podem ser amigável e judicial, quando se leva em conta o procedimento para determinar a justa indenização. Se esta é acordada entre expropriante e expropriado. diz-se

1. Sobre a “desapropriação indireta”. veja-se o excelente trabalho de João Nunes Sento Sé. publicado no .. 15 da RDPub1.

637

amigável ou administrativa. Se, por algum motivo, é buscada no Judiciário. diz-se judicial. Na amigável a indenização pode ser posterior à transferência de domínio e não precisa ser em dinheiro: tudo depende do acordo. Na judicial nada disso pode acontecer. A indenização deve ser prévia e em dinheiro, salvo em relação à extraordinária, cujo pagamento é feito em títulos da dívida agrária ou em títulos da dívida pública, conforme o caso. Observe-se que a ação expropriatória pode extinguir-se por acordo². Este. depois de firmado pelas partes. é homologado pelo juiz. Aqui também pode a indenização ser posterior à transferência do domínio e o pagamento. em bens ou em bens e dinheiro. Em suma, tudo pode ser acertado na desapropriação amigável, seja ultimada no âmbito da Administração Pública, seja no Judiciário.

O art. 243 da Constituição Federal prevê a expropriação, sem nenhuma indenização, de glebas situadas em qualquer região do País. utilizadas para a cultura ilegal de plantas psicotrópicas³. Embora assim disponha esse artigo. não nos parece tratar-se de qualquer nova espécie de desapropriação. O dispositivo é de caráter nitidamente punitivo, e só a prática daquela atividade criminosa (cultura ilegal de plantas psicotrópicas) pode ensejar sua aplicação. Por isso. cremos tratar-se de confisco. Assim também pensam Wolgran Junqueira Ferreira (Comentários. cit.. v. 3, p. 1180) e Carlos Ari Sundfeld (Desapropriação, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1990, p. 55). Essa competência somente é exercitável pela União, já que só ela pode atuar em todo o

País, promovendo o confisco, o assentamento de colonos e a prevenção e repressão do tráfico de entorpecentes e drogas afins.

4. Fundamentos

Pode-se dizer que três são os fundamentos da desapropriação. Um, político. Outro, constitucional. Outro, ainda, legal. O político está consubstanciado na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, sempre que inconciliáveis. O constitucional pode ser genérico ou específico. O fundamento constitucional genérico está consubstanciado nos arts. 52, XXIII, e 170, III (função social da propriedade), enquanto o específico. Nesse caso, o acordo homologado pelo juiz extinguirá a ação de desapropriação (RDA. 121 :295) e os interesses das partes ficam acertados segundo os termos desse ajuste.

3. Sobre a desapropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal, confira a Lei federal n. 8.257, de 26 de novembro de 1991.

638

cífico, conforme o caso, está consignado nos arts. 59, XXIV, 182, § 42, III, e 184 e parágrafos, todos da Constituição Federal. Por último, o legal está calcado em diversos diplomas expedidos pela União e que regulam a matéria, em vigor em tudo que não contrariam a Carta Magna. Desses diplomas, merecem ser citados: a) Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, chamado Lei Geral das Desapropriações, e suas alterações; b) Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, que cuida da desapropriação por interesse social; c) Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária (Cap. III, Tít. VII, da CF); d) Decreto-Lei n. 1.075, de 22 de janeiro de 1970, que dispõe sobre a imissão de posse no início da lide de imóveis residenciais urbanos, habitados pelo proprietário ou pelo promissário-comprador portador de compromisso registrado; e) Lei n. 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que, além da Lei Geral das Desapropriações, altera outras leis; f) MP n. 2.183-56, de 24-8-2001.

5. Competências legislativa, declaratória e executória

Em matéria expropriatória, reconhecem-se essas três espécies de competência em favor, essencialmente, das pessoas políticas (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município), mas de forma desigual. Vale dizer:

nem todas as pessoas políticas acumulam essas três competências.

A competência para legislar (fazer leis) sobre desapropriação é exclusiva da União (art. 22, II, da CF). Destarte, à União também cabe disciplinar o procedimento

administrativo e o processo judicial necessários para que o exproprioamento possa acontecer. Ressalvem-se dessa exclusividade a possibilidade de lei complementar autorizar os Estados-Membros e o Distrito Federal a legislar sobre questão específica ligada à desapropriação, como prevê o parágrafo único desse preceptivo constitucional, e o fato de que os Estados-Membros e o Distrito Federal podem legislar sobre “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI, da CF). Ressalve-se, ainda, a possibilidade que têm os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios para legislar sobre procedimento administrativo, dada a competência que se lhes reconhece para regular matéria dessa natureza em razão da autonomia que a Lei Maior lhes assegura (art. 18). observadas, porém, as normas gerais a respeito editadas pela União.

A competência para declarar ou, o que é o mesmo, submeter um bem ao regime expropriatório, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, é concorrente, isto é, das pessoas políticas dentro de suas respecti

639

vas jurisdições. Além disso, as pessoas indicadas em lei, como é o caso do DNER (art. 14 do Dec.-Lei federal n. 512/69) e da Agência Nacional de Energia —ANEEL (art. 10 da Lei federal n. 9.074/95, com a redação dada pela Lei federal n. 9.648/98), também podem editar declarações expropriatórias. O Poder Legislativo também tem essa competência, consoante estabelece o art. 8 da Lei Geral das Desapropriações, embora a promoção caiba ao respectivo Executivo, conforme estabelece a parte final desse dispositivo. Não obstante essa variedade de competências, a natureza da declaração expropriatória é sempre de ato administrativo, cabendo contra ele e por essa razão mandado de segurança (RDA, 76:209).

Por fim a competência para executar⁴ ou promover o exproprioamento é, também, concorrente. Qualquer pessoa política (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município) ou administrativa (concessionário de serviço público, sociedade de economia mista, empresa pública, fundações) pode promover a desapropriação, devendo esta última estar autorizada em lei ou contrato (art. 32 do Dec.-Lei federal n. 3.365/41), a exemplo do que ocorre com a PETROBRAS, que recebeu do art. 24 da Lei federal n. 2.004/53 essa faculdade. Ademais, a doutrina tem entendido que por decreto também pode ser concedida essa prerrogativa às empresas governamentais (RDA. 93:375). Assim, a concessionária de serviço público ou a empresa governamental não prestigiada pela lei ou pelo contrato adquire a competência para promover a expropriação se assim dispuser o competente decreto da pessoa política a que se vincula.

Em resumo, pode-se assegurar que a União acumula as três competências: legislativa, declaratória e executória, O Estado-Membro, o Distrito Federal e o Município acumulam as competências declaratória e executória e alguma competência legislativa. As demais pessoas, quando autorizadas por lei, decreto ou contrato, somente têm a derradeira das citadas competências, isto é, a executória, salvo alguma que, por força de lei, também pode promover as competentes declarações expropriatórias,

A desapropriação por interesse social, com o fito de realizar reforma agrária, nos termos do art. 184 e parágrafos da Lei Maior, no que diz respeito à legislação e à declaração, compete apenas à União e, no que concerne à promoção, cabe à União ou seu delegado, isto é, o INCRA. A desapropriação para fins de urbanização, consoante estabelece o art. 182, § 42, JJJ,

4. Executar a desapropriação é praticar, pelo expropriante, os atos visando a consumação da desapropriação: fixação da justa indenização, pagamento e posse definitiva ou provisória, do bem.

640

da Lei Maior, cabe à União, no que pertine à legislação, e ao Município e ao Distrito Federal, no que respeita à declaração e à promoção.

Diga-se ainda que essas competências somente podem ser exercitadas pelas entidades que as detêm no âmbito restrito de seus respectivos territórios. Logo, é notório que o Estado-Membro não pode desapropriar bens de particular situados em outro Estado-Membro, do mesmo modo que o Município não pode expropriar bens de particular localizados em outro Município. Assim é vez que a competência expropriatória, como qualquer outra que se reconhece a essas entidades para agirem como Poder Público, cinge-se ao espaço territorial em que exercem suas competências. Fora desse âmbito, essas entidades, nesse particular, nada são.

6. Aquisição originária

Muito se discutiu sobre a natureza da aquisição da propriedade pela desapropriação. Para uns, é aquisição derivada; para outros, é aquisição originária.

A aquisição se diz derivada quando é indireta. Seu exercício depende, pois, da atuação ou participação de outra pessoa. Há um ato de transmissão, ou transferência, pelo qual se inicia o traspasse do domínio do antigo para o novo proprietário. Figuram, conseqüentemente, um transmitente e um adquirente nessa operação. A propriedade deriva de um para outro. Nessa modalidade de aquisição da propriedade podem-se discutir problemas concernentes aos vícios de vontade (coação) e de domínio (evicção).

A aquisição da propriedade pela transcrição do título aquisitivo de compra e venda ou de permuta, a exemplo de outras espécies, tem essa natureza.

A aquisição diz-se originária quando é direta: independe de interposta pessoa. O adquirente, sem que alguém lhe transfira a propriedade, torna seu determinado bem. Não há, por conseguinte, qualquer ato de transmissão ou transferência da propriedade para o adquirente: este alcança o domínio como se a propriedade nunca tivesse pertencido a alguém e como se fosse a primeira aquisição. Não há, pois, derivação do domínio. Há adquirente, mas não há transmitente. não se podendo, portanto, discutir os possíveis vícios de vontade (coação) e domínio (evicção). Mesmo na desapropriação amigável, não cabe o direito à evicção, conforme já decidiu o TRF da 3 Região (RT, 760:434).

A aquisição da propriedade pela desapropriação é originária. Com efeito, não há na desapropriação quem transmita a propriedade, sendo, por conseguinte, bastante em si mesma para assegurar. em prol do Estado, o

641

domínio de certo bem, independentemente de qualquer vinculação com o título jurídico do então proprietário. É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit., p. 415). Mesmo na desapropriação amigável tem- se igual entendimento, dado que o expropriante e o expropriado ajustam seus interesses apenas em relação à indenização, às condições de pagamento e à transferência da posse. Vê-se que não há acerto quanto à transferência do domínio: esta é imposta unilateralmente pelo expropriante (RDA. 123:288 e RT. 760:434). Daí a natureza originária da desapropriação.

Desse caráter resultam extraordinárias conseqüências, que podem ser assim sintetizadas: a) se o Estado desapropriar um bem e, por engano, vier a indenizar outrem, que não seu legítimo proprietário, não se invalida a desapropriação nem se obriga a novo processo expropriatório: b) a aquisição é livre de qualquer ônus ou gravame real, isto é, qualquer direito dessa ordem incidente sobre o bem expropriado. com a concretização da medida. extingue-se e seu titular sub-roga-se no preço (Dec.-Lei federal n. 3.365/ 41. art. 31): e) o expropriante não tem direito à ação redibitória nem de pedir abatimento do preço por vício ou defeito oculto do bem expropriado

(RDA, 123:288).

7. Beneficiários dos bens expropriados

A desapropriação faz-se. em princípio, em benefício do Poder Público (União. Estado-Membro. Distrito Federal ou Município) ou de pessoas que são seus delegados

ou concessionários. Então, uma sociedade de economia mista, encarregada da execução de certo serviço público municipal, pode ser a destinatária dos bens expropriados pelo Município. As Centrais Elétricas de São Paulo S. A. foram as destinatárias dos bens declarados de utilidade pública para a construção da hidroelétrica de Porto Primavera, conforme o Decreto federal n. 83.50 1/79.

Como se vê, a desapropriação há de ser feita em prol de um interesse público. Não se desapropria em favor de pessoa ou de interesse privado (RDA. 93:193 e 123:274). Essa regra, no entanto, não é absoluta. Com efeito, há hipóteses em que os bens vão beneficiar particulares, como ocorre nas desapropriações para urbanização, implantação de loteamento e de distrito industrial, ou, ainda, nas expropriações por interesse social (construção de casas populares, manutenção de posseiros), ou, finalmente, nos casos de reforma agrária. Em todas essas desapropriações os bens destinam-se a particulares, mas são promovidas em benefício de um interesse público.

642

II— REQUISITOS CONSTITUCIONAIS

1. Introdução

A Constituição Federal, nos arts. 5, XXIV, 182, § 42, III, e 184 e parágrafos, fixa de forma clara e precisa os requisitos da desapropriação para as espécies que regula. Para a desapropriação ordinária (art. 59, XXIV) esses requisitos são: a) necessidade pública, utilidade pública e interesse social; b) prévia e justa indenização em dinheiro. Para a desapropriação extraordinária destinada à urbanização (art. 182, § 49, III), os requisitos são: a) imóvel incluído no plano diretor; b) não edificado, subutilizado ou não utilizado; c) exigência, por lei municipal, de que o proprietário promova seu adequado aproveitamento; d) sucessividade das penas de parcelamento ou edificação compulsória, imposto predial e territorial progressivo, desapropriação; e) pagamento em títulos da dívida pública municipal, assegurado o valor real da indenização e os juros legais. Para a desapropriação extraordinária como fito de implantar a reforma agrária, os requisitos são: a) interesse social; b) incidir sobre propriedade rural que não esteja cumprindo sua função social; c) justa e prévia indenização, paga em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do seu valor real; d) pagamento das benfeitorias úteis e necessárias em dinheiro; e) processo expropriatório de rito sumário, estabelecido pela Lei federal complementar n. 76, de 6 de julho de 1993. Examinemos, por ora, só os requisitos da desapropriação ordinária.

2. Necessidade pública, utilidade pública e interesse social

Esses três requisitos da desapropriação ordinária, previstos pela Constituição, merecem ser examinados um a um, embora a legislação infraconstitucional só cuide dos de utilidade pública e de interesse social, pois considera como de utilidade pública eventuais hipóteses de necessidade pública.

E de necessidade pública a desapropriação sempre que o Estado, para atender a situações anormais que se lhe apresentam, tem de adquirir o domínio e o uso de bens de terceiros. E a lição de Pontes de Miranda ao asseverar que “a necessidade supõe que algo não possa continuar, ou iniciar-se sem a desapropriação, para se transferir ao Estado ou a outrem. ou para se destruir ou extinguir o que é da pessoa a quem se desapropria” (Comentários à Constituição de 1967. 1968, v. 5, p. 428). Eram casos de necessidade pública, entre outros arrolados pelo § 1 do art. 590 do Código Civil, a defesa do território nacional e a segurança pública.

643

Diz-se de utilidade pública a desapropriação em que o Estado, para atender a situações normais, tem de adquirir o domínio e o uso de bens de outrem. E o que ensina Seabra Fagundes quando assegura que ocorre a utilidade pública sempre que “a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse público, mas não constitui um imperativo irremovível” (Da desapropriação no direito brasileiro. 2. ed., 1944, p. 23). Eram casos de utilidade pública, entre outros, os arrolados pelo § 2 do art. 590 do Código Civil, a abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, a construção de obras e a exploração de minas.

Atualmente, os casos de necessidade pública e de utilidade pública estão previstos no art. 52 do Decreto-Lei federal a. 3.365/41, sob a rubrica “Casos de utilidade pública”. De acordo com essa disposição, são, entre outros: a segurança nacional: a defesa do Estado; a salubridade pública; as obras de higiene e decoração; a exploração e conservação de serviços públicos: a abertura, conservação ou melhoramento de vias e logradouros públicos: a reedição ou divulgação de obras ou invento de natureza científica, artística ou literária: a preservação e conservação de monumentos históricos e artísticos e a construção de edifícios públicos. O rol desses casos é taxativo, como têm entendido os nossos melhores autores, a exemplo de José Cretelia Júnior (Comentários à Constituição brasileira de 1988, São Paulo. Forense. 1989, v. 1, p. 357). Não pode, assim, lei estadual ou municipal ampliá-lo, nem a autoridade expropriante promover a desapropriação para outro fim que não um desses, sob pena de nulidade da expropriação.

De interesse social é a desapropriação em que o Estado, para impor um melhor aproveitamento da terra rural ou para prestigiar certas camadas sociais, adquire a propriedade de alguém e a trespassa a terceiro. E o que também ensina José Creteila Júnior, com apoio em Seabra Fagundes, ao afirmar que “ocorre motivo de interesse social quando a expropriação se destina a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo, em geral, pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais” (Comentários às leis de desapropriação, 2. ed., 2. tir., 1976, p. 516). Os casos de desapropriação por interesse social, ex vi do art. 2 da Lei federal n. 4.132/62, são, entre outros: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou pode suprir por seu destino econômico: a construção de casas populares; a manutenção de posseiros em terreno urbano onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário

644

tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias. Essa enumeração é taxativa, conforme tem sido o entendimento dos autores de maior nomeada, a exemplo de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 517). De sorte que não pode a lei estadual ou municipal ampliá-la, nem a autoridade expropriante fundar a expropriação em caso não previsto legalmente, sob pena de nulidade.

A dúvida quanto à inobservância desses limites autoriza o Poder Judiciário a examinar a desapropriação levada ao seu conhecimento e a assegurar se está ou não fundada em um dos casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, isto é, se a autoridade expropriante indicou corretamente o caso em que a desapropriação é constitucional, sem que esteja valorando a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social. De fato, tem razão José Creteila Júnior (Comentários à Constituição, cit., v. 1, p. 357), quando afirma: “O que se interdiz, pois, ao Judiciário é valorar o fundamento da desapropriação, decidindo se é necessária ou útil. Ou se se trata de interesse social. Lícito, porém, é descer às hipóteses e ver se, sob a capa da generalidade, o Chefe do Executivo enquadrar precisamente um dos casos da enumeração taxativa da lei, ou seja, se ocorreu extrapolação legal. Se o decreto expropriatório, por exemplo, ‘declara de utilidade pública o terreno tal para a instalação

de campo de futebol', o ato pode ser impugnado, porque 'campo de futebol' não é caso enumerado, especificamente, na lei expropriatória, como de utilidade pública".

3. Prévia e justa indenização em dinheiro

Esse requisito pode ser decomposto em três. Com efeito, a Constituição da República só legitima a desapropriação ordinária se fundada numa necessidade ou utilidade pública ou num interesse social e se concretizada mediante indenização que seja: a) prévia; b) justa; c) em dinheiro.

O fato de ter de ser prévia essa indenização levou os autores a buscar o momento em que se consuma a desapropriação, ou seja, quando o bem deixa de pertencer ao patrimônio do expropriado e passa a integrar o do Poder expropriante. Encontrado esse momento, prévia será, então, a indenização que lhe antecedeu. Procurou-se, destarte, responder à indagação:

prévia a quê? A resposta veio: prévia à posse; à declaração expropriatória:

à tradição, se móveis; à transcrição, se imóveis: à sentença: à decisão definitiva: à consumação. Esses momentos não satisfazem porque a justa indenização, na prática, acaba ocorrendo depois que o Poder expropriante já exerce sobre o bem todos ou quase todos os poderes inerentes ao domínio

645

(uso, gozo, fruição). o que contraria a Constituição. que exige seja prévia. A busca ainda persiste. embora a corrente vitoriosa entenda que prévia significa antes da consumação. resolvendo assim o problema em termos jurídicos. Na prática, porém, a dificuldade continua a mesma.

Para nós, é impossível conciliar o fato de a indenização ter de ser prévia com o momento da consumação da desapropriação. a não ser em termos lógicos. A desapropriação consuma-se com o pagamento ou com a Donsignação da justa indenização, por força do disposto no art. 52, XXIV. da Constituição da República, e assim já decidiu o STF em 1918. na vigênDia da legislação anterior⁵. Nesse momento ocorre o pagamento e transfere-se a propriedade. Não há dois momentos, um do pagamento ou da consignação e outro da consumação. Ambos confundem-se num só instante, e só ogicamente um. o do pagamento da justa indenização, pode preceder o utro. o da consumação. Observe-se que esse problema só se apresenta nas expropriações judiciais: não se coloca nas desapropriações amigáveis. Nes:as. a indenização pode ser a posteriori. O expropriado concorda em receber justo valor do bem em data posterior à da transferência da propriedade.

Exige a CF que a indenização seja justa, sem o que a desapropriação não se aperfeiçoa. Destarte, cabe saber o que é essa justa indenização, já que a legislação não a define. Justa é a indenização paga ao expropriado e que mantém inalterável seu patrimônio. Antes e depois da expropriação tem-se, em valor, o mesmo montante, idêntico patrimônio. Com a desapropriação esse montante não se altera. A quantidade patrimonial é a mesma, embora tenha variado a composição dos bens. Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit., p. 425). diz que a indenização justa “é aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio”. Em suma: é a que possibilita ao expropriado adquirir outro bem equivalente ao tomado pelo Poder Público. Para que assim seja, a indenização deve cobrir, além do valor real (RDA, 91:151) do bem expropriado, as benfeitorias, a exemplo da cobertura florestal, os juros moratórios, os juros compensatórios, a correção monetária e as despesas judiciais e civis realizadas pelo expropriado em razão direta da desapropriação.

O valor do bem é aquele pago pelo Poder Público e que permite ao expropriado adquirir outro equivalente (RDA, 103:200). Juros moratórios são os devidos ao expropriado à razão de 6% ao ano, ex vi do art. 1.062 do

5. Nesse particular confira as Ementas 80. 176 e 2.688. mencionadas por Vicente de Paula Mendes na obra *A indenização na desapropriação*. Belo Horizonte. Dei Rey. 1993.

646

Código Civil, pela demora no pagamento da indenização. São contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, até a data do pagamento da justa indenização. A MP n. 2.183-56. de 24-8-2001, ao acrescentar o art. 15-B à Lei Geral das Desapropriações, prescreveu o dia 1 de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal, como data inicial da incidência desses juros. Juros compensatórios são os devidos ao expropriado à razão de 12% ao ano (RDA, 126:271 e Súmula 74 do extinto TFR, ainda em vigor), a título de compensação pela perda antecipada da posse (AC 89.01.05 119-2/AC. DJU, 19 dez. 1989). Tais juros constituem uma construção jurisprudencial e são devidos desde o momento em que o expropriado perde a posse do bem na desapropriação, direta ou indireta, até o pagamento da justa indenização (RDA, 131:203), já não vigorando, portanto, a Súmula 345 do STF, que mandava contar esses juros da perícia. No caso de imissão prévia na posse, havendo divergência entre o preço

ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença. expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até 6% ao ano sobre o valor da diferença a contar da imissão na posse. vedado o cálculo de juros compostos, conforme prescreve o art. 15-A da Lei Geral das Desapropriações, com a redação que lhe deu a MP n. 2.183-56, de 24-8-200 1. Essa regra também é aplicada nos casos de desapropriação indireta (art. 15-A, § 2k).

A correção monetária é devida sempre que o laudo aceito tenha mais de um ano. contado da decisão final (LGD, art. 26, § 22), entendida esta a que transfere a propriedade e a posse definitiva (RDA, 91:154). A correção monetária pode ser pedida em qualquer fase ou instância, desde que haja. da data do laudo, transcorrido um ano e dia, como têm decidido os nossos Tribunais (RDA. 94:112), salvo, é claro, as indenizações que ocorrerem em períodos de estabilidade econômica.

Se a Constituição exige uma justa indenização, e se justa é a que deixa indene o patrimônio do expropriado, é natural que deva cobrir as despesas efetivadas por ele e que têm como causa direta de sua realização a desapropriação. Não fosse assim, a indenização não seria justa nem deixaria imodificável o patrimônio do expropriado. Então, além do valor do bem expropriado. considerar-se-ão as despesas judiciais e as civis, sempre que vencido o Poder Público. Despesas judiciais são os honorários de perito e de advogado e as custas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, cabe alguma consideração, já que as demais verbas não oferecem dificuldades. São devidos sempre que o promotor da desapropriação (Poder Público expropriante ou quem for autorizado a promover a desapropriação)

647

for condenado a pagar valor maior que o ofertado. São calculados com base na diferença entre o valor oferecido pelo expropriante e o encontrado como justo na avaliação (RDA, 131:200) acrescido da correção monetária (RDA. 114:272 e 121:273). Assim, não é calculada a verba honorária na desapropriação indireta. Nesta, a verba de sucumbência é calculada sobre o total do valor encontrado como justo na avaliação, dado que nada foi oferecido pelo Poder Público. As civis dizem respeito, por exemplo, ao desmonte e transporte de maquinário instalado e em funcionamento (RDA. 99:237), à sub- rogação de vínculo que pesa sobre o imóvel, ao lucro cessante e às indenizações trabalhistas (RDA, 103:202).

A justa indenização há de ser satisfeita em dinheiro, O expropriado não pode ser compelido a receber outra coisa a título de indenização senão a moeda corrente. É

exigência constitucional, salvo no que respeita à desapropriação para reforma agrária (art. 184 da CF) e para urbanização (art. 182, § 49, III), em que a indenização pode ser feita, respectivamente, em títulos da dívida agrária e da dívida pública municipal. Claro que inexistente a obrigatoriedade de a indenização ser em dinheiro nos casos de desapropriação amigável. Nessa modalidade, a indenização pode ser satisfeita na forma e nas condições convencionadas: pode ser em dinheiro, em dinheiro e bens e em bens. incluídos aqui os títulos da dívida agrária, com cláusulas de exata correção monetária. Assim é por tratar-se de bem ou direito disponível do expropriado. Também se pode fazer esse pagamento em títulos de crédito (nota promissória), como já decidiu o STF (ver RDA. 139:89). Repita-se que, mesmo na desapropriação amigável, o expropriado não é obrigado a receber outra coisa senão dinheiro, salvo os casos de reforma agrária (art. 184 da CF) e de urbanização (art. 182, § 42, III, da CF). Qualquer recebimento que não seja em dinheiro é mera liberalidade do desapropriado.

Por derradeiro, diga-se que o direito do expropriado de receber essa justa indenização não prescreve senão após o decurso de vinte anos, prazo necessário para alguém perder a propriedade pela usucapião (RDA, 117:204). salvo em relação à desapropriação indireta (apossamento administrativo). que é de cinco anos, conforme o parágrafo único acrescentado ao art. 10 da Lei Geral das Desapropriações pela MP n. 2.183-56/2001. Ainda é devida a justa indenização pelo Poder expropriante quando o bem tem preço tabelado. Este, necessariamente, não precisa coincidir com o valor da tabela; pode ser maior, conforme vem decidindo o STF (RDA, 113:160 e 139:99). O direito de receber a indenização é do proprietário do bem ou de seus sucessores, mas pode ser cedido e exercido pelo cessionário.

648

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LCf n. 101/2000) estabelece no art. 46 que é nulo de pleno direito o ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 32 do art. 182 da Constituição Federal, ou prévio depósito judicial do valor da indenização. Tal parágrafo, por sua vez, exige sejam essas desapropriações feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. Observe-se que o artigo sob comento vai mais além e acrescenta uma alternativa “ou prévio depósito judicial do valor da indenização”, seguindo, nesse particular, o art. 29 da Lei Geral das Desapropriações. Tanto a Lei de Responsabilidade Fiscal como esse parágrafo do art. 182 da Lei Maior referem-se unicamente a imóvel urbano. UrbanOS são os imóveis situados no interior da zona urbana. Zona urbana é a área caracterizada por edificações

contínuas e por áreas adjacentes dotadas de, pelo menos, dois dos seguintes melhoramentos: meio-fio ou calçamento com canalização de águas pluviais; abastecimento de água; sistema de esgotos sanitários; rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel considerado, limitada por um perímetro fixado por lei municipal.

A prescrição contida nesse parágrafo do art. 182 da Lei Maior apenas repete o que está determinado no inciso XXIV do seu art. 52, também da Constituição Federal. E disposição inútil, como assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários, cit., v. 4, p. 27), ou dispensável, como ensinam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (Comentários, cit., v. 7, p. 219). É lógico então deduzir que essa inutilidade não escapa do transcrito no art. 46 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que não faz outra coisa senão repetir o § 32 do art. 182, que por sua vez repete o inciso XXIV do art. 52 da Constituição Federal.

O que parece pretender esse dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal é o recebimento, pelo expropriado, da justa indenização antes da edição do decreto expropriatório ou quando não for possível que esse valor esteja depositado em juízo antes da declaração expropriatória. É notório que essas determinações são impraticáveis, embora dotadas de grande interesse social, pois não se deseja que o proprietário perca o bem, no que respeita ao uso e gozo, e só receba a justa indenização após longa espera. Mas como conseguir isso se antes desse ato não se tem como instaurada a desapropriação e, portanto, não há razão para a convocação do proprietário para fixar a indenização, nem como promover o prévio depósito em juízo em razão de dúvida dominial, pois o ingresso em juízo para essa finalidade exige uma medida judicial, para cuja interposição é indispensável o ato de desapropriação ou declaração expropriatória? De qualquer sorte, a desa-

649

propriação de imóvel urbano deverá ser precedida de justa e prévia indenização em dinheiro ou do respectivo depósito judicial e, por acarretar uma despesa, deverá ser estimado seu impacto financeiro e a demonstração de que há dotação orçamentária e que está compatibilizada com o Plano Plurianual e que não contraria a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

III — DESVIO DE FINALIDADE

A expropriação só pode acontecer em razão de uma finalidade pública, que se consubstancia na necessidade pública, na utilidade pública e no interesse social. Desse modo, é curial que não possa haver desapropriação por interesse privado de pessoa física ou jurídica. O interesse ou é do Poder Público (coincidente com o interesse público), caso em que o bem é desejado para fins administrativos, ou é da coletividade, hipótese em que o bem é utilizado pela comunidade. Nesses termos, não se pode validar uma desapropriação intentada com o fito de alienar o bem expropriado. Não se desapropria em favor de interesses particulares. Só os interesses públicos justificam e legitimam a expropriação.

O bem expropriado por necessidade ou utilidade pública é, quase sempre, utilizado em obras e serviços públicos. A realização das obras ou a execução dos serviços constituem a finalidade pública da expropriação. O bem desapropriado por interesse social é normalmente destinado a particulares, que o explorarão ou o utilizarão no interesse do bem-estar social. A exploração e a utilização do bem, nesses termos, constituem a finalidade pública.

A expropriação, portanto, só pode acontecer em razão dessa finalidade pública, e a utilização do bem para outro fim (locação ou venda a particular) destituído de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, caracteriza desvio de finalidade. Esse vício da desapropriação pode ser conceituado como a consagração do bem expropriado a um fim que não se compatibiliza com a necessidade pública, a utilidade pública ou o interesse social. O bem é expropriado para um desses fins mas utilizado em outro, destituído de qualquer finalidade pública. Há no desvio de finalidade uma mudança do destino do bem, que passa do público para o privado. Essa modificação da destinação do bem também é chamada de *tredestinação* ou *tresdestinação*.

O desvio de finalidade não é vício que nulifica a nova destinação. Sua ocorrência só enseja ao expropriado o direito de retrocessão, como veremos mais adiante. Ademais, só o desvio genérico, consubstanciado na mudança do fim público para particular, é relevante para o Direito, pois enseja

650

a retração (RDA, 138:134). Assim, não propicia a retrocessão o desvio específico (caracterizado pela alteração de um fim público para outro fim público) pois é irrelevante para o Direito (RDP, 12:182). Há, por exemplo, desvio genérico quando o bem expropriado é dado em locação a um particular ou alienado (dado, vendido,

permutado). Há, v. g., desvio específico quando o bem, expropriado para a construção de uma escola, é utilizado para a implantação de um cemitério ou para a construção de uma cadeia ou de um albergue. Há finalidade pública na construção da escola, como há a mesma finalidade na instalação do cemitério, ou na construção da cadeia e do albergue. Aquele, o genérico, enseja a retrocessão: este, o específico, não ensancha tal direito⁶.

Observe-se, por fim, que a possibilidade da alteração da finalidade específica foi vedada, quando o bem desapropriado se destina à implantação de parcelamento popular, voltado às classes de menor renda, conforme estabelece o § 3º do art. 5º do Decreto-Lei federal n. 3.365/41, com a redação que lhe atribuiu a Lei federal n. 9.785/99. Desse modo, quando o bem é desapropriado para a implantação de tais parcelamentos, não será válido, em hipótese alguma, atribuir-lhe qualquer outra destinação, ainda que de interesse público, como seria o caso da construção de um hospital.

IV — CONSUMAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação consuma-se, isto é, chega ao fim com o depósito em juízo ou com o pagamento da justa indenização. E o que se infere do prescrito pelo inciso XXIV do art. 5º da Constituição da República. Com efeito, reza esse inciso que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. A vista desse dispositivo, a desapropriação só se conclui ou se ultima com a satisfação, pelo Poder Público expropriante ou pelo promotor da desapropriação, da justa indenização⁷. Desse modo quando nada a esse título for devido ao expropriado, pode-se dizer que em termos constitucionais a desapropriação se consumou, ou seja, o expropriado perdeu e o Poder Público ou o promotor da desapropriação adquiriu o bem. A esse respeito diz Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit., p.

6. Nesse sentido veja RDP. 2:213 e 3:242; RDA. 88:158 e 102:188.

7. Ver Ementas 80. 176 e 2.688. mencionadas por Vicente de Paula Mendes (A indenização cit.).

427) que desde logo se depreende que não se pode consumir a desapropriação antes do pagamento da indenização e que, em consequência, o Poder Público só adquirirá o bem e o particular só o perderá com a efetivação desse pagamento. Na prática, no entanto, é certo dizer que o proprietário perde o bem quando há imissão

provisória de posse ou nos casos de desapropriação indireta, dado que o Poder Público passa a agir como proprietário, sem ter pago a devida indenização. Em alguns casos o Poder Público desapropriante pode até inscrever no Registro Imobiliário competente o mandado de imissão provisória de posse⁵. Nessas situações só lhe resta o direito de receber a indenização e mesmo assim a posteriori da perda, em termos práticos, da propriedade. Sobre a consumação, por fim, diga-se que não há consenso entre os autores, já que uns entendem que a consumação ocorre com a tradição, se o bem é móvel; ou com o registro do ato de transferência, se o bem é imóvel. Na prática, no entanto, o expropriado já perdeu o bem desde a imissão provisória de posse.

V — RETROCESSÃO

Cabe ao expropriante, consumada a desapropriação e sob pena de se revelar sem razão a medida expropriatória, dar ao bem a adequada finalidade pública, isto é, a que motivou a expropriação. A inobservância dessa obrigação tem ensejado entre os autores e Tribunais brasileiros três correntes: uma que permite a retomada do bem, outra que autoriza um pedido de perdas e danos e outra, ainda, que faculta a retomada do bem ou o pedido de perdas e danos. Antigamente garantia-se ao expropriado o direito real de reivindicar o bem que perdera. E o que dispunha a Lei federal n. 1.021, de 1903, no § 4 do seu art. 2, nestes termos: “Se por qualquer motivo não forem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver seu imóvel, restituindo a importância recebida”. Era a retrocessão em sua acepção exata e técnica, que alguns julgados e doutrinadores ainda acolhem. Nesse sentido, veja o estudo do então Procurador da República e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Gilmar Ferreira Mendes (RDF, 86:96). Esse entendimento está sendo retomado pela doutrina e pela jurisprudência, conforme noticia José Carlos de Moraes Salles⁹.

8. Veja art. 167, 1, n. 36, da Lei federal n. 6.015/73, com a redação que lhe atribuiu o art. 2 da Lei federal n. 9.785/99.

9. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 3. ed. atual, e ampli.. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1995. p. 717.

652

A retrocessão nos tempos atuais já não tem esse sentido. Hoje, por força da doutrina¹⁰ e jurisprudencial¹¹ é um direito pessoal que proporciona ao expropriado, tão-só perdas e danos, caso o expropriante não lhe ofereça o bem quando desistir de utilizá-lo num fim de interesse público¹². Para o exercício desse direito é irrelevante saber se o bem é móvel ou imóvel, pois se qualquer bem pode ser expropriado (art. 22

da LGD) resta certo que qualquer bem pode ser objeto de retrocessão. A tese segundo a qual o direito de retrocessão só permite perdas e danos está calcada no art. 1.150 do Código Civil, colocado na parte que trata da preempção ou preferência, que assim prescreve: “A União, o Estado ou o Município. oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino. para que se desapropriou”. Vê-se que, por essa disposição, o expropriado tem apenas o direito de preferência, uma vez que o Poder Público é obrigado a oferecer-lhe o bem expropriado quando não for aplicado ao fim que justificara a medida expropflatófla. Essa, a preferência ou a preempção, é o único direito do expropriado. Como direito obngacional ou pessoal, se não cumprido, resolve-se por perdas e danos, vala comum da inexecução das obrigações (art. 389 do CC). Esse modo de resolver o descumprimento da preferência também cabe nos casos de desapropriação amigável (RDA, 27:208).

Ademais, o art. 35 da Lei Geral das Desapropriações impede a reivindicação de bens expropriados depois de incorporados ao patrimônio público, ao mesmo tempo que estatuiu que qualquer ação julgada procedente resolver- se-á em perdas e danos. Ante os termos do Código Civjl e da Lei Geral das Desapropriações (art. 35) e calcada na mencionada orientação doutrináriojurisprudencial, acabou por vingar a tese segundo a qual o ex-proprietário não tem direito ao bem quando este não tiver recebido um destino de interesse público, mas possui, tão-só, o direito a uma indenização por não ter o Poder Público lhe oferecido o bem (RDA, 106:157). Esse direito nasce para o expropriado no momento em que o expropriante deixa de aplicar o bem numa finalidade pública ou demonstra essa intenção (aluga, publica edital para venda, arrenda), ou, como já decidiu o extinto TFR. na Apelação Civil n. 82.602-BA (DJU, 3 nov. 1983, p. 17087), após o transcurso do prazo de

10. Com esse entendimento veja-se, por todos. Ebert Chamoun. Da retrocessão nas desapropriações. Rio de Janeiro. Forense. 1959.

11. Adotando essa tese confira os julgados publicados na RT. 397:2 10 e 411:409.

12. Ao imóvel desapropriado para a implantação de parcelamento popular. destinado às classes de menor renda. não se dará outra utilização, nem haverá retrocessão (art. 5. § 3. da LGD). Nesse caso procede-se ao registro no cartório imobiliário competente do mandado de imissão provisória de posse.

caducidade do decreto expropriatório (5 anos) sem que o expropriante tenha promovido a utilização do bem. A simples ameaça de doar o bem a uma entidade privada não é motivo bastante para ensejar a retrocessão (RDA. 91:156).

O direito de preferência, nos termos do art. 520 do Código Civil, não pode ser cedido nem transferido aos herdeiros⁵. Apesar disso, o STF entendeu ser transmissível em decisão estampada na RDA, 73:155. o que mostra ser a matéria controvertida. O direito de retrocessão deve ser utilizado pelo expropriado dentro de cinco anos contados do momento em que o expropriante deixa de utilizá-lo numa finalidade pública ou demonstra essa intenção (licitação para venda, locação). Com efeito, nesse prazo prescrevem, consoante o art. 1 do Decreto federal n. 20.910/32. todos e quaisquer direitos ou ações contra a Fazenda federal, estadual, distrital OU municipal. contado do ato ou fato em que tiveram origem, salvo se o poder expropriante lhe tiver dado o direito de preferência. Dentro desse prazo. deve o lesado no direito de preferência promover a ação de retrocessão ou de indenização por violação do direito de preempção, para haver as perdas e danos. Estas correspondem à diferença entre o valor do bem no momento em que deveria ter sido oferecido e o valor que seria pago pela restituição se o Poder Público houvesse respeitado a preferência.

O expropriado, ao receber a preferência, tem, conforme o art. 516 do Código Civil, o prazo de três dias, se o bem é móvel, e de sessenta dias, se o bem é imóvel, para aceitar ou recusar o oferecimento, contados sempre da data da oferta. O silêncio durante o transcorrer desses prazos significa recusa e liberdade para o expropriante dar ao bem o destino que melhor lhe convier. restando, assim, precluso o direito de retrocessão. Pela reaquisição do bem o expropriado, em razão do exercício da preferência, pagará. ex vi do art. 519 do Código Civil, o valor atual da coisa. Ante essa regra, perdeu qualquer sentido a discussão para saber o que deveria compor (juros, correção monetária) o valor do bem a ser pago pelo expropriado ao Poder Público expropriante. Esse valor atual do bem é o ditado pelo mercado.

Diga-se, por fim, que não enseja a retrocessão a alteração específica da finalidade, desde que a nova destinação também guarde um fim de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, consoante já decidiu o STF, em mais de uma oportunidade (RDA, 116:309 e 127:440), nem nas hipóteses em que o bem é entregue a terceiros e há nessa transferência interesse público⁴ ou quando o bem foi utilizado substancialmente numa finali-

13 Confira Ebert Chamoun (Da retrocessão. cit., p. 68). entre outros, e acórdão do TJSP na RT. 311:292.

14. RT. 701:73 e 686:116.

653

dade pública (RDA. 72:192). Assim, não se há de falar em retrocessão quando o bem foi desapropriado para a construção de um hospital e acabou sendo utilizado em uma instalação para bombeiros. Tampouco enseja a retrocessão. no que respeita aos bens vendidos pelo expropriante. nos casos de desapropriação para implantação de loteamento. distrito industrial, urbanização. reurbanização ou desapropriação por zona, visto ser da essência dessas desapropriações a alienação dos bens sobejantes. Ressalte-se. ainda, que não cabe o pedido de retrocessão quando o expropriado renunciou a esse direito, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT, 549:104).

Por fim. cabe observar que nos termos do § 32 do art. 52 do Decreto- Lei federal n. 3.365/41. com a redação dada pela Lei federal n. 9.785/99. a retrocessão é vedada quando o imóvel foi desapropriado para a implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda.

654

VI— OBJETO DA DESAPROPRIAÇÃO

1. O que pode ser desapropriado

A desapropriação, em princípio, pode ter por objeto todo bem que pela sua natureza pode ser apropriado ou definido por seu conteúdo patrimonial. Dizemos em princípio porque a lei pode vedar a desapropriação. Com efeito, o bem, por seu significado patrimonial ou por sua natureza apropriável, é expropriável, mas a lei impede a desapropriação, como ocorre, por exemplo, com os bens públicos da União, que são inexpropriáveis por força de lei. Assim, são expropriáveis os bens apropriáveis ou que possam ser definidos por seu conteúdo econômico, salvo as proibições legais. Aliás, estabelece o art. 2 da Lei Geral das Desapropriações que, mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 418), pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que pode ser objeto de propriedade. Logo, os bens móveis ou imóveis e os bens corpóreos e incorpóreos podem ser desapropriados. Desapropriam-se, pois, bens e direitos.

Assim, nada obsta que uma igreja, um prédio de embaixada, uma coleção de selos, um cavalo, os direitos autorais, as ações de uma companhia, o espaço aéreo, uma coleção de imagens sacras, o subsolo, uma coleção de moedas, o direito de patente e o direito de construir possam ser expropriados. E o cadáver pode ser desapropriado? E os bens inalienáveis (art. 1.911 do CC e art. 31 da LGD) podem ser desapropriados? E o dinheiro

655

estrangeiro? Pode? E o Município pode desapropriar área rural? A desapropriação pelo Estado-Membro de bens particulares situados em outro Estado-Membro é possível? E a desapropriação de gado? E as faixas non aedificandi e os terrenos reservados? E as jazidas? A posse¹⁵ também pode ser objeto de desapropriação (RDA, 123:283) e por ela paga-se, a título de indenização. 60% do valor do bem. Certamente, só pode ser objeto de desapropriação a posse legítima, de boa-fé, que autoriza a pleitear a usucapião O espaço aéreo e o subsolo podem ser desapropriados?

Não são, apesar da amplitude dessa regra. desapropriados bens e direitos personalíssimos, tais como a honra, a honestidade, a liberdade, a cidadania, o pátrio poder. os títulos profissionais (advogado, engenheiro, professor, médico) e honoríficos (Medalha Anchieta, Ordem do Cruzeiro do Sul). Esses bens e direitos não podem ser apropriados nem definidos por seu conteúdo patrimonial. Também não se desapropria a moeda corrente do País, dado ser ela o próprio meio de pagamento do bem desapropriado. assim como não se desapropria a pessoa, jurídica ou física, mas tão-somente os bens ou direitos a ela relativos. Por conseguinte, são inexpropriáveis as empresas, as sociedades, as fundações, os concessionários e os permissionários de serviços públicos. Delas são expropriáveis os bens e direitos. Alerta-se que essas pessoas, mesmo que venham a ter todos os bens e direitos desapropriados, não desaparecem; não se extinguem pela desapropriação.

Por derradeiro, não se desapropria, ainda que seja apropriável e possa ser definido pelo seu valor econômico, o bem que é encontrável no mercado e que pode ser adquirido normalmente. Por conseguinte, não se pode desapropriar ônibus, carteiras escolares, móveis de escritórios, caminhões, tratores e tantos outros bens encontráveis ordinariamente no comércio. A desapropriação somente tem sentido quando à aquisição do bem se opõe o seu proprietário. Fora dessa hipótese, o uso da desapropriação para a aquisição de bens comerciáveis normalmente enseja fraude à licitação.

Observe-se que um dado bem pode ser inexpropriável para uma finalidade mas não para outra. E o que acontece com a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, e com a propriedade produtiva (art. 185, I e II, da CF), que são inexpropriáveis para fins de reforma agrária, mas não para fins de urbanização (construção de obra pública). Por fim, diga-se que o poder expropriatório se acha vinculado ao território do Poder expropriante. Assim, o Estado e o

15. Sobre desapropriação da posse veja Jeiferson Carús Guedes. Desapropriação da posse no direito brasileiro. RTDP, 27:175.

656

Município só pode desapropriar bens situados em seus respectivos territórios, enquanto a União pode desapropriar bens em qualquer parte do território nacional. Fora desses limites qualquer desapropriação será nula.

2. Desapropriação de bem público

Obedecida determinada ordem e atendida certa exigência, os bens públicos móveis e imóveis de qualquer categoria (uso comum do povo, uso especial e bens dominicais), podem ser desapropriados. Com efeito, nos termos do § 2º do art. 22 da Lei Geral das Desapropriações, a União pode desapropriar bens dos Estados-Membros, dos Municípios e do Distrito Federal, e os Estados podem desapropriar bens dos respectivos Municípios. Assim, para a desapropriação de bens públicos, há de ser observada a ordem hierárquica, isto é, a entidade de hierarquia maior pode desapropriar bens e direitos das entidades de hierarquia menor. A recíproca, ou seja, a desapropriação de bens de entidades de hierarquia maior por entidades de hierarquia menor, está vedada por essa lei. Atente-se que o STF, em acórdão relatado por Vítor Nunes Leal e que seguiu a orientação desse decreto-lei, assentou que “Os Municípios não podem expropriar bens do Estado, e os Estados e Municípios não podem expropriar bens da União” (RDA, 84:165)¹⁷. Ademais, exige-se que a entidade expropriante esteja autorizada por lei a expropriar, consoante prescreve o § 2º do art. 2 da Lei Geral das Desapropriações. Essa lei, diga-se, é da própria expropriante. Do mesmo teor é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 418).

Essa ordem e exigência foram observadas pela União quando declarou de utilidade pública as ações da Companhia Ponta-grossense de Telecomunicações, pertencentes ao Município de Ponta Grossa (cf. a Lei federal n. 6.892/80). Ainda,

devem ser atendidos os requisitos constitucionais comuns a toda e qualquer desapropriação (necessidade pública, utilidade pública, interesse social, justa e prévia indenização em dinheiro). O STF já assentou que é devida indenização ao Município que teve bem público de uso comum do povo desapropriado pelo Estado (RDA, 138:127). Fora desses parâmetros, a necessidade pode ser atendida mediante acordo entre os interessados, conforme sugere Sérgio Ferraz (RDP, 30:67).

16. Sobre esse tema veja Carlos Fernando Potyaguara Pereira. A desapropriação de bens públicos à luz da doutrina e da jurisprudência, Rio de Janeiro. Lumen Juris. 1999.

17. Nesse sentido confira. ainda, acórdão do TJSP na RDA. 37:225. Em sentido contrário veja Eurico Sodré. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública. 2. ed.. São Paulo. Saraiva. 1945.

657

Observe-se que um Estado não pode desapropriar bens de outro Estado (RTJ. 77:48; RDP. 30:67; RDA. 37:225; RT. 482:160). ainda que situados em seu território, e que a desapropriação de bens municipais só é possível em relação aos de seus Municípios. Não pode, pois. o Estado desapropriar bens de Município de outro Estado e tampouco pode o Município desapropriar bem de outro (RDP. 30:74; JB. 11:408). Assim é porque o poder expropriante circunscreve-se ao território da entidade que o detém, como só a esse espaço físico se afeiçoa qualquer outra competência dessas entidades quando atuam como Poder Público, ou, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello. o que fundamenta a desapropriação, do ponto de vista teórico, é a supremacia geral que o Poder Público exerce sobre os bens situados no âmbito de validade espacial de sua ordem jurídica (RDP. 29:47). Não fosse assim, a desapropriação quebraria a Federação brasileira.

3. Desapropriação de bens de autarquias, empresas governamentais e concessionárias

A possibilidade da desapropriação, independentemente de qualquer autorização, de bens de autarquias. empresas governamentais (empresa pública, sociedades de economia mista, fundações) e concessionárias, por pessoas políticas maiores, não parece oferecer dúvidas. Com efeito, vigora a regra segundo a qual os bens das entidades menores podem ser desapropriados pelas maiores (União —> Estado —> Município). Além disso, os bens dessas entidades, salvo os da autarquia, não são, *stricto sensu*, bens públicos, subsumindo-se, por conseguinte, à regra constante do art. 2, caput, da Lei Geral das Desapropriações, que faculta, mediante declaração de utilidade pública, a desapropriação de todos os bens. Resumindo, diga-se:

quem pode o mais (desapropriar bem público) pode o menos (desapropriar bens que não integram o domínio público).

Desse modo, a União pode desapropriar bens de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista criadas pelo Município, pelo Estado-Membro ou pelo Distrito Federal, ou expropriar bens das concessionárias dessas pessoas políticas. O Estado-Membro, por sua vez, pode desapropriar os bens dessas entidades instituídas pelos Municípios ou de propriedade de suas concessionárias. Ademais, qualquer das pessoas políticas pode desapropriar bens de suas respectivas entidades da Administração indireta.

A dúvida surge devido à quase absoluta omissão da legislação pertinente ante a necessidade da expropriação dos bens das referidas entidades por pessoas políticas menores (Município —> Estado —> União). Tal desapropriação

658

seria possível ou impossível? Sobre essa possibilidade ou não controvertem os autores. Para Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo, cit., p. 197) e Mana Sylvia Zanelia Di Pietro (Direito administrativo, cit., p. 142), a desapropriação nessas condições é viável. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 418), em relação às autarquias, não é possível enquanto para Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 521) é legítima, salvo se os bens estiverem vinculados ao serviço que cada uma dessas instituições desempenha, hipótese em que, entende esse autor, será necessária autorização da entidade superior que as instituiu.

Para nós, não é possível a livre desapropriação de bens das autarquias e, se prestadoras de serviço público, das empresas governamentais criadas por entidades políticas maiores e de suas concessionárias e permissionárias pelas entidades políticas menores. Assim é por não se aceitar que as entidades políticas maiores possam ficar desprotegidas ao adotar essas instituições como processos eficientes para a prestação dos serviços colocados sob sua cura, e venham, por essa razão, a ser oneradas com a desapropriação ao atuar por seu intermédio, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 418). Essa impossibilidade mais se reforça na medida em que o § 32 do art. 2 da Lei Geral das Desapropriações veda a “desapropriação, pelo Estado, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República”. De fato, se há necessidade de autorização presidencial para que entidades menores possam desapropriar cotas, ações e direitos representativos do capital das instituições e empresas cujo funcionamento dependa da concordância do governo federal, há que se entender que a desapropriação de bens de autarquias, empresas governamentais e concessionários de serviços públicos federais por entidade menor está vedada, tanto quanto estão proibidas essas desapropriações pelo Município.

Essa inteligência, por certo, prestigia os serviços públicos desempenhados por essas entidades da Administração indireta, que devem ser contínuos, não os bens em si mesmos (RDA, 84:165). Estes, não se deve esquecer, não são, em sentido estrito, bens

públicos, salvo os da autarquia, podendo, nos termos do art. 22, caput, da Lei Geral das Desapropriações, ser desapropriados por qualquer das pessoas públicas mencionadas. Assim, considerando o fato de que se deve compatibilizar a continuidade do serviço e a regra que permite a expropriação de qualquer bem, tem-se por admitida a desapropriação de bens desde que desvinculados dos serviços prestados pela entidade proprietária.

659

Destarte, Municípios e Estados-Membros, salvo o que prescreve o § 39 do citado artigo, podem desapropriar bens de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pela União ou de suas concessionárias ou permissionárias desde que desvinculados dos seus serviços, enquanto o Município também pode desapropriar os bens de entidades dessa natureza criadas pelos Estados. ou de suas concessionárias. se não vinculados aos serviços que tais entidades prestam (RDA, 173:132). Para tais Desapropriações cremos não ser necessária qualquer autorização do Executivo responsável pela criação dessas empresas ou outorgante das concessões e permissões. Em sentido contrário veja Acórdão do STJ proferido no REsp 71.266-SP (RT 727:148).

Parece-nos, pois, correto equacionar o problema nos seguintes termos: a desapropriação de bens de autarquias, empresas governamentais e concessionárias é sempre possível se propugnada por pessoa política maior que a criadora dessas entidades, isto é, de cima para baixo, enquanto a desapropriação de bens dessas entidades pertencentes a pessoa política maior por pessoa política menor, Vale dizer, de baixo para cima. só é válida em relação aos bens desvinculados dos serviços que essas entidades desempenham. Essa, aliás, é a inteligência expressada em acórdãos do STF (RDA, 84:161), do então TFR (RDA. 173:132) e do TACSP (RT, 541:176). Por essa regra, o Município pode desapropriar. por exemplo, da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos — CPTM um terreno de sua propriedade, se não estiver vinculado aos serviços que presta mas não pode expropriar o leito ou a estação de uma de suas ferrovias (RT. 498:149), porque vinculados ao serviço que essa entidade executa e explora.

4. Desapropriação de ações

A ação é uma das partes em que foi dividido o capital de certa sociedade anônima. Por ser bem que se define pelo valor econômico e, ademais, por cuidar-se de bem

apropriável, pode, tratando-se de sociedade privada, ser desapropriado. livremente, pelo Poder Público, isto é, pela União, Estado-Membro. Distrito Federal e Município. Observadas as regras e exigências para a desapropriação de bens particulares. nenhum problema se coloca em relação a essas expropriações. Em São Paulo. a expropriação de ações de maior vulto foi a da Companhia Paulista de Estradas de Ferro S. A., cuja declaração de utilida-

18 Sobre a desapropriação de bens da Companhia Energética de São Paulo — CESP pelo Município de Caconde confronte nosso parecer na RDF. 86:207.

660

de pública foi veiculada pelo Decreto n. 38.548/61. Nessa expropriação a Fazenda estadual foi condenada a pagar por parte das ações mais de 150 bilhões de cruzeiros, conforme noticiaram os jornais de meados de maio de 1983. Também, nesses termos, podem ser desapropriados direitos e cotas sociais.

Escapa dessa regra a desapropriação de ações, cotas ou direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do governo federal e se subordine à sua fiscalização, salvo prévia autorização, por decreto presidencial, conforme prescreve o § 39 do art. 2 da Lei Geral das Desapropriações. Logo, não podem ser desapropriadas pelo Município, Estado-Membro ou Distrito Federal ações do Banco do Brasil S. A. ou da PETROBRAS salvo se a desapropriação for precedida de autorização presidencial, veiculada por decreto.

Uma vez imitido na posse, o Poder desapropriante pode exercer, desde logo, todos os direitos referentes aos títulos (ações) adquiridos (STF, Súmula 476).

VII— DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA

1. Conceito

O art. 49 da Lei Geral das Desapropriações prescreve que “a desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço...”. E a chamada desapropriação por zona ou extensiva. Por ela se desapropria uma área maior que a necessária à realização de uma obra ou serviço, com o fito de reservá-la para posterior utilização no desenvolvimento da obra ou serviço ou com o objetivo de revendê-la. Nesta última hipótese, tem-se um sucedâneo da contribuição de melhoria. E mecanismo muito utilizado na Inglaterra, França e Itália, pelo qual se impede que o proprietário absorva a valorização decorrente da obra ou serviço, já que nada investiu.

Destarte, além da área necessária ao serviço ou à obra, nada impede que a desapropriação se estenda às áreas contíguas para reserva e revenda. Assim, três poderão ser as áreas objeto da desapropriação: a) a necessária à obra ou ao serviço; b) a destinada ao prosseguimento da obra ou serviço; c) a reservada para revenda. O leading case brasileiro ocorreu no antigo Distrito Federal, hoje Estado do Rio de Janeiro, quando se optou, na abertura da Avenida Presidente Vargas, pela desapropriação por zona. Na ocasião, foram desapropriadas, além da faixa necessária à avenida

propriamente dita duas outras faixas que lhe eram laterais. Os lotes dessas duas faixas, uma

661

vez parceladas, foram vendidos. Por esse mecanismo financiou-se todo o investimento público e impediu-se que os proprietários lindeiros absorvessem a mais-valia decorrente da urbanização.

A declaração de utilidade pública deverá, tanto no caso de reserva como no de revenda, ou em ambos, especificar a área que será utilizada na implantação da obra ou na prestação do serviço, a que será destinada passa seu ulterior prosseguimento e a que será consagrada à revenda. É o que prevê a parte final do art. 42 da Lei Geral das Desapropriações. “Em qualquer caso” reza esse dispositivo, “a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda”.

2. Requisitos

São requisitos para a validade da desapropriação por zona:

- a) declaração de utilidade pública;
- b) descrição da área necessária à obra ou ao serviço;
- c) descrição da área contígua necessária ao desenvolvimento da obra;
- d) descrição da área destinada a revenda. Além desses, é evidente, devem ser observados os que legitimam qualquer desapropriação.

VIII- DESAPROPRIAÇÃO PARA URBANIZAÇÃO E REURBANIZAÇÃO

1. Conceito

O fundamento da desapropriação para a execução de planos de urbanização e reurbanização encontra-se na alínea i do art. 52 da Lei Geral das Desapropriações, consoante a redação que lhe atribuiu a Lei federal n. 9.785/ 99. Por ela o Poder Público pode promover a correta implantação de novos núcleos urbanos e recompor os bairros envelhecidos e obsoletos que estão a exigir um remanejamento das áreas públicas, a remoção de indústrias, a modificação da malha viária e a construção de obras públicas que dêem ao bairro melhor funcionalidade (Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo, cit., p. 512). E a chamada desapropriação para fins urbanísticos¹⁹. A par dessa disposição da lei expropriatória, do mesmo sentido é o art. 44 da Lei do

19. Sobre essas desapropriações. veja-se a excelente monografia de Adilson Abreu Daliari. Desapropriação para fins urbanísticos. Rio de Janeiro. Forense. 1981.

662

Parcelamento do Solo Urbano (Lei federal n. 6.766/79), que autoriza o Município, O Distrito Federal e o Estado a expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana para loteamento, demolição, construção e incorporação (cf. Diógenes Gasparini, *O município*, cit., p. 162).

A desapropriação, no caso, tem a própria urbanização ou reurbanização como fundamento específico da utilidade pública. Uma vez realizada nos termos do plano urbanístico, permite alienação das áreas e edificações excedentes aos interessados, com preferência para os então proprietários das áreas urbanizadas ou reurbanizadas. A legitimidade dessas Desapropriações foi confirmada, em São Paulo, pelo Tribunal de Justiça, que, por mais de uma vez (RT, 459:59, 461:55 e 464:69), acolheu as pretensões da EMURB na urbanização dos terminais do Metrô no Jabaquara e em Santana. Essa mesma orientação foi seguida pelo STF, que, ao julgar os Recursos Extraordinários n. 82.300, 85.869 e 87.009, confirmou as decisões da justiça paulista.

2. Implantação de loteamento

Prevê a alínea i do art. 52 da Lei Geral das Desapropriações, como hipótese de desapropriação por utilidade pública, o parcelamento do solo²⁰, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética, conforme redação dada pela Lei federal n. 9.785, de 29 de janeiro de 1992. Essa alínea vale-se da expressão parcelamento, o que significa urbanizações sob a forma de loteamento ou de desmembramento. No loteamento há abertura de vias de comunicação no interior da gleba e pode haver utilização do sistema viário oficial, para onde, em qualquer caso, os lotes terão frente, enquanto no desmembramento não há vias de comunicação no interior da gleba, pois os lotes fazem frente para o sistema viário oficial. Duas, portanto, são as hipóteses possíveis de desapropriação para a implantação dessas urbanizações: a primeira a dos loteamentos; a segunda a dos desmembramentos. A gleba, área dotada de dimensões que permitem a implantação dessas urbanizações, há de pertencer à zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica²², podendo estar ou não

20. Ao imóvel desapropriado para a implantação de parcelamento popular. destinado às classes de menor renda. não se dará outra utilização, nem haverá retrocessão (art. 52, § 32 da LGD). Nesse caso procede-se ao registro no cartório imobiliário competente do mandado de imissão provisória de posse.

21. Sobre essa lei. veja-se o nosso *O município*. cit.

22. A expressão zona de urbanização espec(fica foi introduzida no art. 32 da Lei federal n. 6.766/79 pela Lei federal n. 9.785/99. que deu a esse artigo nova redação.

edificada. Observe-se que somente cabe a desapropriação se o objetivado pelo Poder Público é a melhor utilização econômica, higiênica ou estética da área assim urbanizável. De sorte que o parcelamento deve integrar a urbanização que dará a essa área melhor utilização econômica, higiênica ou estética. Não se trata, pois, de execução de loteamento popular, embora essa espécie de urbanização também seja possível com base no § 32, acrescentado ao art. 59 pela Lei federal n. 9.785/99.

A implantação, qualquer que seja a espécie de parcelamento, deverá observar a legislação urbanística e ambiental vigente. Uma vez implantado o parcelamento, ou seja, executado e registrado no cartório competente, o Poder Público expropriante pode alienar os lotes resultantes, observadas as cautelas legais, a exemplo da lei autorizadora e da licitação, embora a LGD não mencione a possibilidade de venda dessas unidades. Ainda que assim seja, não se pode entender o Poder Público com outra responsabilidade senão a de implantar parcelamentos para os mencionados fins e posteriormente alienar os lotes resultantes dessas urbanizações. Essa também é a inteligência de José Carlos de Moraes Salles (ob. cit., p. 180). Dita lei deverá autorizar o Poder Público a desapropriar a gleba, estabelecer as características urbanísticas do parcelamento, prescrever o modo e as condições de alienação dos lotes e dar outras providências. A alienação, segundo o interesse público, pode ocorrer mediante venda, doação, permuta, pois nenhuma restrição é feita, como ocorreu com a construção ou ampliação de distritos industriais.

O § 3, acrescentado ao art. 52 da LGD pela Lei federal n. 9.785/99, estabelece que ao imóvel desapropriado para a implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização, nem haverá retrocessão. No mais, estas urbanizações observam as regras da Lei federal do parcelamento do solo urbano, especialmente o art. 18 com as alterações introduzidas pela Lei federal n. 9.785/99.

3. Implantação de distrito industrial

A Lei Geral das Desapropriações (art. 52, i) dispõe sobre a desapropriação de áreas para a “construção ou ampliação de distritos industriais”. Assim, pode o Poder Público, quase sempre o Município, expropriar áreas para a implantação ou ampliação de distritos industriais. O distrito industrial, local destinado à implantação de indústrias, deve ser tecnicamente planejado, e sua implantação aprovada por lei que estabeleça as condições de urbanização, os requisitos para a alienação das unidades e as condições

para a implantação das indústrias interessadas. Ademais, seu projeto deve ser previamente aprovado pelos órgãos ou entidades estaduais de controle da poluição inclusive quanto à localização (art. 52, § 2). Só depois disso deve o Poder Público, passar à desapropriação e executar o parcelamento conforme o prescrito na Lei federal do Parcelamento do Solo Urbano inclusive quanto ao registro imobiliário. Concluído o loteamento, o Município poderá loca' ou vender os lotes, não lhe cabendo doar. Nesse sentido, confronte-se O § 1, acrescentado, juntamente com outro, ao art. 52 da LGD pela Lei federal ii. 6.602/78.

À vista do exposto, não cabe ao Poder Público, notadamente o municipal desapropriar certa área de terras e doá-la ou vendê-la a determinada empresa privada para que construa um edifício industrial e nele instale e desenvolva sua atividade. Com efeito, não se está diante de uma desapropriação nos termos da Constituição Federal, mas em face de um desapossamento para atender a um interesse privado e, como já vimos, isso é inconstitucional. Nem mesmo o pretexto de que se está implantando um distrito industrial valida essa medida, pois o pressuposto de uma urbanização dessa natureza é um loteamento industrial. Também não legitima essa espécie de expropriação o fato de que, instalada e funcionando a indústria, ter-se-á o fim de interesse público, na medida em que haverá o aumento de impostos a beneficiar o expropriante e o aproveitamento da mão-de-obra ociosa. Com efeito, o aumento de imposto e a absorção do trabalho ocioso não são fundamentos da desapropriação.

4. Desapropriação nos termos do art. 182, § 4, III, da Constituição Federal

O inciso III do § 42 do art. 182 da Constituição da República prevê a desapropriação de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada. incluída no plano diretor consoante vier a ser estabelecido em lei federal, cujo proprietário não promoveu o seu adequado aproveitamento conforme exigido em lei específica municipal ou distrital, se de nada valeram as penas instituídas nos incisos I e II desse parágrafo. Essa lei já existe, é a Lei federal n. 10.257/2001, autodenominada de Estatuto da Cidade, cujo art. 8 regulamenta esse dispositivo constitucional. Essa espécie de desapropriação só é utilizável após o decurso de cinco anos de cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

665

O Município, como já dissemos anteriormente, não é a única entidade federada competente para promover essa espécie de desapropriação. como se depreende

interpretando conjugadamente os arts. 182, § 1 e 22, e 32, § 12, da Constituição da República, dado que este último dispositivo atribui ao Distrito Federal as competências que são próprias do Estado-Membro e do Município. De sorte que a desapropriação com base no inciso III do § 42 do art. 182 da Lei Maior cabe tanto ao Município como ao Distrito Federal. Esse não é o entendimento de, entre outros, Celso Ribeiro Bastos (Comentários, v. 7, cit., p. 222). Com efeito, afirma esse constitucionalista que:

“Quanto à legitimação ativa só o Município pode utilizar-se dessa modalidade expropriatória. Não há falar na possibilidade de expropriação, com fundamento nesse parágrafo, sem que o poder expropriante seja o Município”. Na atualidade essa discussão não tem mais sentido, pois o art. 51 do Estatuto da Cidade prescreve: “Para os efeitos desta Lei, aplicam-se ao Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal as disposições relativas, respectivamente, a Município e a Prefeito”.

O pagamento, diga-se, por expressa disposição constitucional (inciso JJJ, § 4, do art. 182), é feito em parcelas anuais, iguais e sucessivas, com títulos da dívida pública municipal, cuja emissão há de ser previamente aprovada pelo Senado Federal. Esses títulos são resgatáveis em até dez anos, sem qualquer poder liberatório para pagamento de tributos. A Constituição Federal, no que respeita a essa indenização, ainda assegura o seu valor real e os juros legais, fixados pelo § 1 do art. 8 do Estatuto da Cidade em seis por cento ao ano. A indenização não necessita, portanto, ser prévia e em dinheiro. O valor real da indenização, consoante o disposto no § 2 do art. 8 desse diploma, refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o imóvel se localiza após a notificação de que trata o § 2 do art. 59, sem computar expectativa de ganho, lucro cessante e juros compensatórios.

A partir da incorporação ao patrimônio público, o Município ou o Distrito Federal terão o prazo de cinco anos para dar ao bem assim desapropriado o adequado aproveitamento, se não preferir aliená-lo a terceiro, mediante licitação, a quem caberá dar ao imóvel o adequado aproveitamento ou outorgar a terceiro, via licitação, concessão (uso, serviço público ou serviço público precedido de obra pública) que tenha por objeto o bem assim desapropriado, resultando dessa operação o seu adequado aproveitamento, conforme permitido pelo § 52 desse artigo do Estatuto da Cidade. Em qualquer dessas hipóteses ficam mantidas para o adquirente ou concessionário do bem as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 59 desse Estatuto, segundo prescreve o § 6 do seu art. 8.

IX — PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO

Embora sej a comumente dito que a expropriação é um procedimento adminstratibo. somos de opinião que as coisas não se passam bem assim e estão por essa razão a exigir, pelo menos em termos didáticos, algum esclarecimento. Com efeito, esse procedimento nem sempre leva à aquisição do bem; somente na desapropriação amigável isso acontece. De sorte que, em não havendo acordo. o expropriante tem de se valer da competente ação judicial (ação de desapropriação) para alcançar esse objetivo. Não se trata. assim, de procedimento administrativo, mas judicial. De qualquer modo, um procedimento administrativo é sempre necessário.

1. As fases do procedimento

Duas são as fases do procedimento expropriatório. A primeira é a declarató ria; a segunda é a executória. Aquela consubstancia-se na declaração da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social, e esta, a executória, caracteriza-se pelo conjunto das medidas administrativas (convocação do expropriado. oferecimento da indenização, lavratura da escritura amigável de desapropriação) ou judiciais (ingresso em juízo com a competente ação expropriatória) que visam concretizar a vontade do Poder expropriante, manifestada na fase declaratória. A abertura da primeira dessas fases cabe ao Poder Público expropriante ou a quem isso for permitido. A fase executória pode ser iniciada por quem esteja, por lei, decreto ou contrato, autorizado a promover a expropriação e, obviamente, pelo Poder Público expropriante.

Essas fases só existem no procedimento expropriatório normal. Não existem na chamada desapropriação indireta. Nesta, o Poder Público não toma qualquer iniciativa para formalizar a transferência do bem para o seu patrimônio ou para indenizar o proprietário, aguarda que este tome as medidas necessárias à defesa de seus direitos. Essas medidas. regra geral, estão consubstanciadas na ação de indenização. A ação reivindicatória nem sempre tem êxito, dado que, uma vez integrado ao patrimônio público, o bem dele não pode, em princípio, sair. Se apesar disso for interposta, costuma-se convertê-la em indenizatória.

2. Declaração expropriatória

2.1. Conceito

A declaração de necessidade ou utilidade pública ou interesse social é ato administrativo discricionário (RDA, 111:269) através do qual o Poder

Público ou quem lhe faça as vezes manifesta sua intenção de adquirir, compulsoriamente, certo bem e o submete ao regime expropriatório. Via de regra é veiculado por decreto, consoante está disposto no art. 62 da Lei Geral das Desapropriações. Esse ato, por si só, não opera a transferência de domínio (RT, 18:93) nem priva o proprietário do imóvel dos seus direitos dominiais (RT, 18:93).

Como ato administrativo discricionário, não pode ser examinado pelo Judiciário quanto ao momento de sua edição ou quanto à declaração da necessidade pública, utilidade pública ou interesse social. Mas, sem dúvida, pode ser examinado quanto aos aspectos de legalidade, a exemplo do desvio de poder (RDA. 200:190).

2.2. Competência

A declaração expropriatória pode ser expedida pela União, pelos Estados-Membros, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, nos termos do art. 2 da Lei Geral das Desapropriações, pelo Poder Legislativo, na conformidade do art. 8 dessa mesma lei, e, ainda, entre outros, pelo DNER, ex vi do Decreto-Lei federal n. 512/69, e pela ANEEL (Lei federal n. 9.074/95). É veiculada: a) por decreto, quando se tratar de desapropriação intentada pelos chefes dos Executivos da União, Estado-Membro, Município e Distrito Federal (Dec.-Lei federal n. 3.365/41. art. 62). independentemente de qualquer prévia autorização legislativa (RDA, 100:128):

b) por portaria, quando manifestado, por exemplo, pelo Ministro dos Transportes, nos termos do art. 29 da Lei federal n. 3.115/57; c) por lei, quando desejada pelo Legislativo. Observe-se que, em qualquer dos casos, sua natureza é de ato administrativo (RDA. 76:209 e 101:202).

A declaração efetivada pelo Legislativo (art. 82 da LGD) não obriga Executivo, dado que não se trata de verdadeira lei. Só é lei no sentido formal. Na verdade, em sentido material, é mero ato administrativo e como tal pode ser atacada por mandado de segurança. Em seu favor, portanto, não vigora o princípio da inatacabilidade da lei em tese. O Executivo promoverá a desapropriação se entender a medida conveniente e oportuna. Nada pode ser feito para compeli-lo a promover a expropriação, se entender inconveniente ou inoportuna a medida, nem sua Omissão pode caracterizar crime de responsabilidade. Seu comportamento, nesse particular, é discricionário. Tal qual a declaração veiculada por decreto, a declaração consubstanciada numa lei caduca em cinco anos (RDA. 56:24 1) e só depois de um ano pode ser repetida pelo Legislativo.

Do exposto verifica-se, por exemplo, que tanto o Município como a União podem submeter um bem ao regime da desapropriação, bastando que

668

editem as respectivas declarações de utilidade pública e as veiculem por decreto. Se ambas as declarações incidirem sobre o mesmo bem, deve, ainda que a municipal seja mais antiga, prevalecer a da União. Com efeito, se fosse dada, como ensina Seabra Fagundes, preferência ao Município por força da anterioridade da declaração, poderia a União, como sempre pode, desapropriá-lo quando integrado ao patrimônio municipal. o que seria uma perda de tempo e gastos inúteis. Essa solução, diga-se, foi adotada pelo STF quando se verificou a concomitância de declarações estadual e municipal sobre o mesmo bem. que fez prevalecer contra a do Município a do Estado-Membro.

2.3. Objeto

Pode incidir sobre qualquer bem público ou particular que seja necessário ou útil ao Poder Público ou à coletividade, ou recair sobre um patrimônio material ou imaterial, ou, ainda, abranger direitos e ações. Em suma, todos os bens podem ser objeto de declaração expropriatória (Lei Geral das Desapropriações. art. 22). observadas as restrições legais. Sobre o que pode ser desapropriado, veja o item VI, n. 1, deste Capítulo.

2.4. Requisitos

São requisitos da declaração expropriatória, e dela devem constar sob pena de nulidade²³, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 420): a) manifestação de vontade do Poder Público de submeter certo bem ao regime da expropriação; b) fundamento legal; c) destinação específica do bem; cl) identificação do bem.

2.5. Efeitos

Da declaração expropriatória surtem os seguintes efeitos: a) submissão do bem ao regime da desapropriação; b) fixação do estado do bem, no que respeita às suas condições, melhoramentos e benfeitorias; c) concessão ao Poder expropriante do direito de penetrar, sem abusos. no interior do bem para verificações e medições; d) marcação do início do prazo de caducidade da declaração; e) determinação do início dos prazos de prescrição e decadência das medidas e ações visando a impugnação da declaração.

23. O STJ considerou nulo decreto expropriatório que não especificava a finalidade da desapropriação (RDA. 200:190).

669

2.6. Caducidade

A validade da declaração expropriatória é de cinco anos para os casos de necessidade ou utilidade pública. nos termos do art. 10 da Lei Geral das Desapropriações. Após o decurso desse prazo. a declaração expropriatória caducará. Já não poderá o expropriante promover as medidas concretas que ela autorizava, visando a desapropriação amigável ou o ingresso em juízo com a competente ação expropriatória, que se considera intentada pelo simples ajuizamento da inicial (RDA. 95:110), conforme reiteradamente vêm decidindo nossos pretórios. Ajuizada a ação. impede-se a caducidade do decreto. Não obstante essa firme orientação. o STF já decidiu que se considera intentado o processo expropriatório na data da citação do expropriado (RDA, 94:115), não na da distribuição da inicial, devendo a citação ocorrer dentro do prazo de caducidade.

A declaração, diga-se, pode ser renovada após o transcurso do prazo de um ano. consoante prescreve a parte final do art. 10 dessa lei. Vê-se. pois. que a inércia do Poder Público em promover a expropriação não extingue o poder de desapropriar. Este se renova com o decurso do prazo de carência de um ano. As sucessivas renovações, cremos, podem ensejar a responsabilidade da Administração Pública expropriante, pois caracteriza-se como abuso de poder e enseja indenização.

3. Direitos do expropriado na vigência da declaração expropriatória

A declaração expropriatória não tem o poder de transferir o domínio do bem, submetido ao regime da desapropriação, do proprietário para o Poder expropriante. Sendo Assim, é natural que seu proprietário continue a valer-se. livremente, dos direitos de usar, gozar e dispor²⁴ do bem alcançado pela desapropriação. Por isso mesmo não pode o Poder Público negar o alvará de licença para construir, quando requerido pelo proprietário que. no bem objeto da declaração expropriatória. deseja, atendidas as exigências legais, edificar obras de seu interesse. Todavia, na indenização não serão incluídos os valores das construções verificadas após a declaração, salvo assentimento do expropriante. (Ver RDA, 72:182 e Súmula 23 do Supremo

24. O TJSP já decidiu que a declaração de utilidade para fins de desapropriação não impede a alienação do bem expropriando (RT. 304:92).

670

Tribunal Federal²⁵). O mesmo não ocorre com as benfeitorias, conforme se jfere do art. 26 da Lei Geral das Desapropriações — Decreto-Lei n. 3.365/ 41, quando executadas após a declaração expropriatória. As necessárias serão sempre indenizadas (RDA. 51:286), enquanto as úteis só o serão se previamente autorizadas (RDA, 98:169). As voluptuárias nunca serão indenizadas. As benfeitorias, se anteriores à declaração expropriatória serão sempre indenizadas independentemente da espécie.

4. Execução expropriatória

Executar, segundo os dicionaristas, significa promover realizar, levar a efeito, Em se tratando de desapropriação significa promover levar a cabo a expropriação. Execução, por sua vez, quer dizer ato, ação ou efeito de executar. e, no que respeita à desapropriação, é a ação do expropriante necessária a cumprir a declaração expropriatória. Essa ação toda, consistente na prática de atos e medidas visando concretizar a desapropriação ocorre após esta ser declarada, na fase da execução.

Os atos e medidas que consubstanciam essa fase podem ser efetivados na esfera administrativa ou na judicial. No primeiro caso, tem-se desapropriação amigável ou Administrativa na Desapropriação judicial.

25. Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal: “Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada”.

4.1. Execução amigável

A Desapropriação amigável ou administrativa caracteriza-se por consubstanciar um acordo entre o Poder expropriante e o expropriado. no que toca ao valor da justa indenização à forma e às condições de pagamento e à data da transferência da posse. Acertados esses detalhes, reduz-se o acordo a termo e marcam-se as datas para apresentação e exame dos documentos relativos ao bem, pagamento da indenização e outorga da escritura de desapropriação amigável, que deverá ser levada a registro no cartório imobiliário competente. A escritura, a ser lavrada em qualquer tabelionato, é pública, salvo para os casos das desapropriações realizadas no Nordeste, em que se admite a escritura particular ex vi da Lei federal n. 6.160174. e

671

outras exceções legais. A escritura deve, por se tratar de desapropriação amigável, explicitar que o expropriado abre mão do direito de retrocessão. pois, assim procedendo, não poderá pleiteá-lo (RT, 549:104), quando, em princípio, poderia, se o expropriante viesse a dar ao bem destino inconciliável com o fim de interesse público indicado no ato declaratório. A desapropriação amigável deve sempre ser tentada, como se depreende do art. 10 da Lei Geral das Desapropriações. Não há prazo para o início desse procedimento, desde que aconteça, sob pena de caducidade da declaração, dentro dos cinco anos de validade desse ato.

A desapropriação amigável não pode ser efetivada quando houver dúvida quanto ao domínio ou quanto à certeza dos documentos que o consubstanciam. A Administração Pública não pode agir sem as cautelas devidas, isto é temerariamente. Ademais, se houver erro na manifestação da vontade do expropriado, o ajuste pode ser anulado, voltando as partes ao status quo ante (RDA. 126:284).

4.2. Execução judicial

A desapropriação judicial obedece ao rito especial estabelecido no Decreto-Lei federal n. 3.365/41, que admite, no que for omissivo, a aplicação supletiva do Código de Processo Civil (art. 42). O foro para o ajuizamento da ação é o da situação do bem expropriado, inclusive para a chamada desapropriação indireta, salvo os casos de interesse da União, em que o foro competente é o da Justiça Federal.

Ao Judiciário não cabe outra coisa senão o exame extrínseco e formal da declaração expropriatória. Assim, se conforme, dará seguimento à ação, admitindo, se for o caso, o depósito provisório e concedendo a imissão preliminar na posse fixando a justa indenização e adjudicando o bem ao expropriante. Não pode o Judiciário, como se vê e estabelece o art. 9º do Decreto-Lei federal n. 3.365/41, examinar e decidir se se verificam os casos de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social, ou, ainda, decidir sobre questões dominiais ou possessórias. Admite-se, no entanto, nesse processo, que o juiz possa e deva decidir sobre a regularidade (competência, forma, caducidade) da declaração expropriatória, assim como sobre as nulidades processuais. Qualquer outra questão deverá ser decidida em ação direta, ex vi do art. 20 da Lei Geral das Desapropriações.

Considera-se intentada a ação de desapropriação pelo simples ajuizamento da inicial (RDA. 95:110), dentro dos cinco anos de validade da declaração. A inicial, observadas as exigências do Código de Processo Civil, deve conter o preço ofertado e ser instruída com planta do bem ex-

propriedade e cópia da declaração expropriatória além de outros documentos que em cada caso forem necessários (LGD, art. 13). Interposta a ação expropriatória não fica vedada a celebração de acordo para pôr fim à expropriação que, para surtir os efeitos de direito, deve ser homologado pelo juízo competente (RDA. 121:295). O acordo é sempre possível para pôr fim à demanda ou mesmo à execução do julgado. como já dissemos em outra oportunidade (cf. *Administração pública*, v. 38, p. 57). Aliás, infere-se dessa possibilidade da decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo (RDA, 126:282). Por outro lado, descumprido o acordo. deve prosseguir a ação expropriatória (RDA, 121:282; RT 253:314).

5. Defesa do expropriado e direito de extensão

A contestação — defesa do expropriado —, nos termos do art. 20 da Lei Geral das Desapropriações. só pode versar sobre os vícios do processo judicial ou impugnação do preço, ou, ainda, incidir sobre ambos. É, como se vê restrita, porquanto só pode girar em torno desses dois aspectos. Embora alguns autores, no que estão certos, entendam possível a defesa calcada nos vícios formais da declaração, a exemplo da incompetência e da caducidade. Em suma, pode-se dizer, com Antonio Carlos Costa e Silva²⁶, que em contestação o expropriado pode alegar:

I — inexistência ou nulidade da citação inicial;

26. Processo de desapropriação. 2. ed.. Sugestões Literárias. 1980. p. 112.

II — incompetência absoluta;

III — inépcia da petição inicial;

IV — perempção;

V — litispendência;

VI — coisa julgada;

VII— conexão;

VIII— incapacidade da parte. defeito da representação ou falta de autorização;

IX — compromisso arbitral;

X — carência de ação;

XI— falta de caução de prestação que a lei exige como preliminar”. A esse rol, acrescentamos:

XII — impugnação do preço;

XIII — vícios de forma;

XIV — caducidade da declaração.

Ainda, em defesa. o expropriado pode exigir que a desapropriação alcance o restante do bem objeto da declaração expropriatória dado ter resultado inútil ou difícil a utilização autônoma desse remanescente (RDA, 119:310). E o direito de extensão, que vigora desde 1903, por força do Decreto federal n. 4.956, e que deve ser alcançado e decidido ao se firmar o acordo administrativo ou deduzido e exigido na contestação; fora dessas oportunidades. não é admitido e entende-se, quando não alegado oportunamente, que o expropriado tenha a ele renunciado. Esse direito está previsto

673

no art. 12 do Decreto federal n. 4.956/1903. ainda em vigor nesse particular, conforme atestam Eurico Sodré e Hely Lopes Meirelles. entre outros.

X — IMISSÃO PROVISÓRIA DE POSSE

1. Conceito

A imissão provisória de posse é a transferência, no início da lide, da posse do bem expropriado para o promotor da desapropriação. É obrigatoriamente concedida pelo juiz se alegada, pelo expropriante ou pelo promotor da desapropriação, a urgência e se depositado no Juízo da Desapropriação. em favor do expropriado, certo valor calculado, conforme o caso, segundo o que estabelece a Lei Geral das Desapropriações ou o Decreto-Lei n. 1.075/70. Não cabe, portanto, qualquer exigência de depósito integral para tal fim (RDA. 194:247), pois não se pode chegar a tanto, ainda que alguns juízes venham exigindo que o depósito para esse fim seja igual ao valor da avaliação feita pelo perito judicial (BDM, p. 437, ago. 1994). É provisória por não ser a posse que acompanha a propriedade (quem adquire a propriedade adquire a posse). Essa. a que acompanha a propriedade, chamada de definitiva, o expropriante somente terá com o pagamento da justa indenização.

2. Requisitos

Para que se concretize a imissão provisória de posse hão de ocorrer dois requisitos: a) a declaração de urgência; b) o depósito do valor fixado. A falta de um ou de outro desses requisitos impede que o juiz imita o expropriante ou o executor da desapropriação na posse provisória do bem objeto da declaração expropriatória. É o que se infere do art. 15 da Lei Geral das Desapropriações.

2.1. Declaração de urgência

A declaração de urgência. primeiro dos requisitos exigidos para a imissão do expropriante ou do promotor da desapropriação na posse provisória do bem expropriado. é o ato através do qual o Poder Público ou o promotor da desapropriação declara a premência do tempo para apoderar- se do bem. Pode ser feita: a) na declaração expropriatória; b) fora da de-

674

claração expropriatória. Nas duas hipóteses há de ser veiculada por lei. decreto ou portaria, conforme tenha sido veiculado o ato de declaração. Não cremos regular a declaração de urgência efetivada na inicial da expropriatória ou por petição, por ser essa atribuição competência exclusiva do expropriante embora isso comumente ocorra.

Nesse particular. o STF já decidiu que a “urgência na desapropriação poderá ser declarada com a utilidade pública ou no curso do processo judicial” (RDA, 106:143). Em juízo pede-se a imissão provisória de posse e a autorização para depositar o valor necessário para tal fim.

Uma vez manifestada, a declaração de urgência vigorará por cento e vinte dias. Isso significa que o pedido de imissão e o necessário depósito devem ser feitos dentro desse tempo. Ultrapassado esse prazo sem utilização, ocorre a caducidade da declaração de urgência, e, o que é lógico, não pode ser renovada, conforme prescrevem os § 2 e 32 do art. 15 da Lei Geral das Desapropriações. Seu termo inicial é contado da data da declaração (RT, 689:221), se dela fizer parte, não da propositura da ação (RT. 689:221) ou da data em que for feita no curso do processo (RDA. 114:269). A declaração de urgência não pode ser contestada. Trata-se de ato discricionário, e como tal não cabe ao juiz da expropriação examiná-la quanto ao mérito. Aliás, nesse sentido, já decidiram o TACSP (RT, 426:176 e 453:182) e o TJSP (RJTJSP, 104:28 1).

2.2. Depósito

O depósito, como requisito para o pedido de imissão provisória na posse, deve ser estudado à luz da Lei Geral das Desapropriações e do Decreto-Lei federal n. 1.075/70, que regula a imissão de posse initio litis em imóveis residenciais urbanos. Daí as duas espécies: imissão provisória de posse em geral e imissão provisória de posse em particular, consoante sejam reguladas por aquele ou por este diploma legal, observada a jurisprudência dominante. Dito depósito diz respeito à reparação do expropriado pela perda da posse (RDA. 194:247), não se confundindo com a justa e prévia indenização. Esta ocorrerá ao fim da expropriação.

2.2.1. Imissão provisória de posse em geral

A imissão provisória de posse em geral faz-se, depois de declarada a urgência e realizado o depósito do valor do bem, por pedido do exproprietário ao juiz da causa. Este, verificado o atendimento dos requisitos legais, mandará imitar o expropriante na posse precária do bem antes mesmo da

675

citação do expropriado (LGD. art. 15, § 1a). Essa também é a inteligência de nossas cortes de justiça. a exemplo do TJGO (RT, 787:336). Observe-se que, se o expropriado concorda com o valor depositado, cuidará para levantá-lo integralmente, consumando-se, Assim, a desapropriação. Se, ao contrário disso, o expropriado discordar do valor ofertado, faculta-se-lhe o levantamento de 80% do montante

depositado. mediante a prova de propriedade, da negativa de dívidas fiscais, da publicação de editais para conhecimento de terceiros, e prosseguir na lide discutindo o valor da justa indenização. O direito de levantar esses 80% do valor consignado está previsto no art. 33 da Lei Geral das Desapropriações, e as exigências para o deferimento do pedido de levantamento estão previstas no art. 34 do mesmo diploma legal. Se houver dúvida quanto ao domínio do bem expropriado. o valor depositado pelo Poder expropriante não poderá ser levantado, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo (art. 34, parágrafo único, da LGD). Nesses casos, o valor fica depositado até que essa dúvida seja resolvida (RDA. 122:161). O valor do depósito é o arbitrado nos termos dos arts. 802 a 812 do CPC, que substituíram o procedimento do art. 685 do CPC de 1939, mencionado no caput do art. 15 da Lei Geral das Desapropriações. Essa parece ser a melhor orientação, pois vem-se entendendo que o § 1 e suas alíneas do art. 15 da Lei Geral das Desapropriações não foram recepcionados pela vigente Constituição Federal (RT, 676:11,696:119 e 721:125:

e RJTJSP. 155:158), devendo, Assim, o valor ser apurado segundo o caput do art. 15 dessa lei. Destarte, enquanto esse valor não for arbitrado e depositado não cabe ao juiz imitar o expropriante na posse provisória do bem expropriado. Se algum depósito foi feito, deve ele ser complementado até o valor arbitrado para que possa o mandado de imissão ser expedido.

Sob esse regime estão: a) os prédios residenciais urbanos, locados ou dados em locação a terceiros, a qualquer título, pelos respectivos proprietários ou compromissários-compradores com títulos registrados; b) os prédios residenciais urbanos habitados por compromissários-compradores, cujos títulos aquisitivos não estão registrados; e) os prédios não residenciais de uso próprio ou locados. destinados ao comércio, à indústria, aos profissionais Liberais, prestadores de serviços de qualquer natureza, sejam urbanos. sejam rurais, conforme lição de Antonio Carlos Costa e Silva (Processo, cit., p. 72).

2.2.2. Imissão provisória de posse em particular

Esta imissão diz respeito aos imóveis caracterizados pelo DecretoL ei federal n. 1.075/70, isto é, aos prédios residenciais urbanos, habitados elo proprietário ou por compromissário-comprador com título registrado.

676

Desse modo, estão fora da aplicação das disposições desse diploma legal os imóveis com destinação rural, mesmo que situados no interior da zona urbana (RDA.

109:137), ainda que satisfaçam as demais condições. Também não são beneficiados por esse diploma legal os proprietários de imóveis que não preencham os referidos requisitos.

Para alcançar essa imissão deve o Poder expropriante, uma vez declarada a urgência, depositar o valor que estima adequado, conforme lhe autoriza o art. 12 do Decreto-Lei n. 1.075/70. Se no prazo de cinco dias da intimação da oferta o expropriado não impugná-la, manda imitar o expropriante na posse. Impugnada a oferta, o juiz, se for o caso, valendo-se de perito avaliador, fixará, em quarenta e oito horas, o valor provisório do bem. Quando o juiz valer-se de perito o laudo deve ser apresentado em cinco dias.

Se o valor fixado pelo juiz for superior ao da oferta, o expropriante é obrigado a complementar o valor do depósito até atingir a metade da importância arbitrada. Essa complementação só é obrigatória até o limite de 2.300 salários mínimos da região (art. 42). Nesse caso o expropriado poderá levantar integralmente esse valor (o depósito mais a complementação), ou seja, os 50% do valor arbitrado (art. 52). Se o arbitramento for igual ou inferior ao dobro do preço ofertado, o expropriante não está obrigado a qualquer complementação. Nessa hipótese faculta-se ao expropriado levantar 80% do valor ofertado, ou 50% do valor arbitrado (art. 52, parágrafo único), prosseguindo, tanto nessa como na outra hipótese, na lide para discutir o justo valor da indenização.

Nenhum problema se coloca se o expropriado concordar com o valor depositado. Concordando com esse depósito, tratará de levantá-lo integralmente, consumando-se, assim, a desapropriação.

3. Imissão provisória de posse e ingresso no bem

São situações que não se confundem. Na imissão *initio litis* há efetivamente transferência de posse, que, conquanto provisória, passa do expropriado para o expropriante. O expropriante ainda não é o proprietário, mas já detém a posse. O direito de penetrar no bem objeto da declaração expropriatória não tem esse efeito, isto é, não acarreta a transferência da posse. A Lei Geral das Desapropriações, no caso, apenas assegura ao Poder Público o direito de ingressar no interior do bem (art. 72) para verificar medidas e realizar avaliações, sem causar incômodo ao seu proprietário, sob pena de indenização, e, se for o caso, de responsabilidade penal (art. 72, § 1).

677

4. Imissão provisória de posse amigável

A imissão provisória de posse só tem o regime exposto anteriormente nas desapropriações judiciais e se o expropriado não concordar com o valor ofertado. Destarte, o expropriante pode ser imitado na posse provisória independentemente do cumprimento das referidas exigências, se o expropriado concordar, quer a desapropriação seja amigável, quer judicial.

5. Imissão definitiva de posse

Com o pagamento da justa indenização o expropriante ou o promotor da desapropriação imite-se na posse definitiva do bem objeto da declaração expropriatória. Essa é a posse que acompanha a propriedade. Sobre a posse definitiva, Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 524) diz que esta só se dará após o pagamento integral do preço, conforme fixado no acordo ou na decisão judicial. Essa afirmação está afinada com o art. 29 da Lei Geral das Desapropriações, que prescreve: “Efetivado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, o mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis”. Só depois desse pagamento ou de sua consignação pode haver a alteração do registro ou matrícula, decidiu o TJSP (RDA, 181-2:295).

XI— PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO

No que respeita ao pagamento da indenização expropriatória, cabe dizer que deve ele observar os termos e condições do acordo ou da sentença em execução. Desse modo, o pagamento pode ser amigável ou judicial. E amigável na medida em que decorre de uma desapropriação dessa natureza, isto é, que se aperfeiçoou na esfera administrativa. E judicial se originário de uma expropriação de tal ordem, vale dizer, que se consumou no âmbito do Poder Judiciário.

Se o pagamento amigável não oferece qualquer preocupação de monta, o mesmo não se pode dizer em relação ao judicial. Neste, o pagamento há de ser feito na ordem de apresentação do precatório. Não pode ocorrer, sob pena de seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito, inversão na ordem cronológica do recebimento das requisições judiciais, nem mesmo com vantagens para o erário público, como é permitido para os depósitos não judiciais pelo Decreto-Lei federal n. 201/67, em relação aos Municípios

678

Assim, na medida em que vão sendo recebidos, devem ser pagos, depositando-se em juízo os valores respectivos.

Na falta de recursos para tanto, cabe ao expropriante, nos termos do art. 100 da Constituição da República e arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, com relação aos requisitórios recebidos até 1 de julho de cada ano, atualizar os respectivos valores e incluir, no orçamento que será executado no ano seguinte, dotação bastante para os respectivos pagamentos. Os recebidos após essa data serão pagos com recursos inscritos na peça orçamentária subsequente. Destarte, os recebidos, por exemplo, até 1 de julho de 1999 serão pagos em 2000 com recursos que constarão, obrigatoriamente, do orçamento elaborado e aprovado em 1999 e executado no ano seguinte, isto é, no ano do pagamento. Os recebidos depois de 1 de julho de 1999 serão pagos em 2001 com recursos que constarão, obrigatoriamente, do orçamento elaborado e aprovado em 2000 e executado no ano seguinte, ou seja, no ano do pagamento. Observe-se, em primeiro lugar, que, nos termos do § 2 do mencionado artigo, os valores das prestações devem ser atualizados até 1 de julho e, em segundo lugar, que os assim consignados na peça orçamentária deverão ser pagos até o fim do exercício seguinte².

A essas disposições não se submetem as entidades privadas, que, por força de lei ou de cláusula contratual, em certas circunstâncias, se encarregam de promover a desapropriação, a exemplo das sociedades de economia mista, empresas públicas e empresas concessionárias. O pagamento das desapropriações promovidas por essas entidades, na ocasião da execução do julgado, é feito na forma processual comum, inclusive com penhora de bens do devedor que tempestivamente não atender à intimação para pagar.

XII — DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO

O expropriante pode desistir unilateralmente da desapropriação a qualquer momento (RDA, 110:240; RT, 466:147), desde que o faça até o instante do pagamento ou do depósito da justa indenização, conforme têm decidido os nossos Tribunais (RT, 542:85). Desse momento em diante já não pode o expropriante desistir, dado ter-se consumado a desapropriação, com o proprietário perdendo e o promotor da desapropriação ganhando o domínio

27. Em São Paulo, o encaminhamento do precatório ao Tribunal de Justiça está regulamentado pelo Assento Regimental n. 195/91 e pela Instrução n. 1/91.

679

do bem (RT. 571:97). mas o TJSP já admitiu a desistência unilateral da desapropriação até o momento do registro imobiliário da sentença (RT. 586:75), pois só nesse momento o Poder expropriante adquire a propriedade. Ademais, só se entende possível a desistência se o expropriante assume a responsabilidade por todos os danos que causou e puder devolver o mesmo bem, ou seja, o que recebeu e nas condições em que o recebeu, como decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (RJTJSP, 81:273. 93:250. 96:273. 99:258 e 134:292; DJU. 14 mar. 1994, p. 4498). Assim, não se pode pretender a desistência da desapropriação e entregar ao expropriado outro bem (desapropriou um terreno e respectiva casa e quer devolver um apartamento) ou o mesmo bem totalmente transformado (desapropriou um terreno com várias benfeitorias — casas e plantações diversas — e quer devolver o mesmo terreno totalmente reurbamizado, ou seja, uma praça), portanto, para que o Judiciário possa homologar a desistência unilateral, é necessário o atendimento do seguinte: a) desistência antes da consumação da desapropriação; b) assunção, pelo expropriante, da responsabilidade por todo e qualquer dano que causou ao expropriado; c) depósito correspondente às despesas processuais e advocatícias; d) devolução do mesmo bem.

À desistência em tais termos não se pode opor o expropriado, já que não tem direito subjetivo à desapropriação (RDA. 52:2 1 8). Este só tem direito a perdas e danos. Desistindo da expropriação. cabe ao expropriante satisfazer todas as despesas a que deu causa. inclusive honorário de advogado contratado pelo expropriado para a defesa dos seus direitos e a satisfação de qualquer prejuízo causado. Assim, assegura-se, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, ao expropriado a competente ação de perdas e danos para haver do expropriante essas verbas (RDA. 110:240:

RT, 582:75). Por outro lado, não pode o Judiciário impor a desapropriação, isto é, consumá-la. dado que nenhuma obrigação, nesse sentido. foi imposta ao expropriante pelo direito material (RDA, 108:271).

A desistência da desapropriação, que pode ser total ou parcial (RDA. 134:203), opera-se pela revogação ou modificação da declaração expropriatória. Pela revogação há desistência total. enquanto pela modificação há desistência parcial. Ocorrida uma ou outra, peticiona-se junto ao juízo da expropriação a homologação da desistência. Esta, por certo. implica a devolução do valor recebido (RDA, 126:302). que, a nosso ver, deve ser atualizado, a fim de compatibilizar os interesses envolvidos. sem. contudo, ultrapassar o valor do bem. Por fim. diga-se que a revogação ou a modificação da

declaração expropriatória faz-se por ato de igual hierarquia. Assim, se foi veiculada por lei, decreto ou portaria, só por lei, decreto ou portaria deve ocorrer a sua revogação ou modificação.

O Poder Público também pode desistir da aquisição do bem na chamada desapropriação indireta, observando, no que couber, o que se disse anteriormente.

680

XIII — CONTROLE JURISDICIONAL DA DESAPROPRIAÇÃO

1. Incidência

Alguns autores têm entendido que o controle jurisdicional na ação de desapropriação incide sobre: a) fixação do justo preço; b) nulidades processuais; c) fundamento da expropriação. O art. 20 da Lei Geral das Desapropriações circunscreve esse controle apenas ao preço e aos vícios processuais. Qualquer outra questão deverá ser deduzida e decidida em ação própria.

Outros autores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso. cit., p. 428), têm entendido que na própria ação expropriatória pode ser contestada a validade da declaração expropriatória (RDA, 47:190), pois se assim não fosse de nada valeria demonstrar, posteriormente, o vício, posto que, uma vez integrado o bem ao patrimônio público, a questão resolver-se-á por perdas e danos.

2. Anulação

Por derradeiro, ressalte-se que, mediante ação direta, a exemplo do mandado de segurança, pode ser atacada a declaração expropriatória se nula em razão de defeitos formais (formalidade, incompetência do agente público, caducidade) e substanciais (desvio de finalidade, favoritismo ou perseguição pessoal). Assim, por divorciada da legalidade, deve a declaração expropriatória ser decretada nula pelo Judiciário. Observe-se que o Judiciário já anulou declaração expropriatória porque o ato que a veiculava não ostentava a finalidade da desapropriação (RDA, 200:190; RSTJ, 13:13). Essa ação anulatória prescreve em cinco anos. No caso de mandado de segurança o prazo de impetração é de cento e vinte dias, contados da data do decreto expropriatório.

O controle jurisdicional da desapropriação não impede o controle administrativo, que é realizado pela própria entidade expropriante sponte propria ou mediante provocação.

681

CAPÍTULO XIII

BENS PÚBLICOS

I— ASPECTOS GERAIS

1. A locução “bens públicos”

A expressão “bens públicos” é constituída por duas palavras equívocas, Uma é o substantivo “bem”, outra é o adjetivo “público”. O vocábulo “bem” pode ter, por exemplo, ora uma acepção filosófica, ora um sentido jurídico. Em termos filosóficos, é tudo aquilo que satisfaz o homem. Nessa acepção. diz-se que a inteligência, a bondade, a saúde e o amor são bens. Em sentido jurídico, é todo valor material ou imaterial que pode ser objeto de direito. Assim, afirma-se que uma gleba de terra, um crédito, um semovente e um livro são bens. A palavra “público”, de outro lado, tanto pode expressar o proprietário do bem (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município) como seu usuário (administrado, povo, público). Desse modo, pode-se ter: I—bem público = bem de propriedade do Município: II — bem público = bem usado pelo povo.

2. Conceito

Pode-se encontrar para os bens públicos um conceito doutrinário e outro legal. Para Hely Lopes Meirefles (Direito administrativo, cit., p. 426). “são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas e paraestatais”. Para o Código Civil (art. 65). são os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados- Membros ou aos Municípios. Para nós, bens públicos são todas as coisas

682

materiais ou imateriais pertencentes ou não às pessoas jurídicas de Direito Público e as pertencentes a terceiros quando vinculadas à prestação de serviço público. São pessoas jurídicas de Direito Público a União, cada um dos Estados-Membros. o Distrito Federal, cada um dos Municípios. as autarquias e as fundações públicas. Assim, os bens pertencentes a essas pessoas públicas são bens públicos. Também são bens públicos, consoante essa definição, os de propriedade de terceiros quando vinculados à prestação de serviço público. Destarte, os bens de certa empresa privada, concessionária do serviço funerário municipal, vinculados à prestação desse serviço são bens públicos. Desse modo. não são, salvo em sentido amplíssimo. bens públicos os que integram o patrimônio das empresas governamentais (sociedades de economia mista, empresa pública, subsidiárias) exploradoras de atividade econômica, porque pessoas privadas (CF, art. 173, § 1, II). Ademais, ditos bens não estão vinculados à execução de qualquer serviço público. O mesmo ocorre com a fundação privada cujo objeto não seja a prestação de serviço público.

3. Propriedade

Estabelece o art. 65 do Código Civil que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios”. Infere-se, portanto, que os bens públicos são de propriedade dessas pessoas. mas não só delas, pois o Distrito Federal, as autarquias e as fundações públicas também podem ter bens e esses bens são públicos. Cabe então perguntar: quem tem a propriedade dos mais diversos bens públicos?

A União é proprietária, além de outros que formam seu patrimônio, dos bens indicados nos arts. 20 e 176 da Constituição Federal. Os Estados- Membros são detentores dos bens enumerados no art. 26, entre outros que já são de sua propriedade. O Distrito Federal, por força da sua específica natureza, é proprietário dos bens que em seu território seriam do Estado- Membro e do Município. Com efeito, estabelece o § 32 do art. 16 do ADCT da Constituição Federal vigente que se incluem entre os bens do Distrito Federal aqueles que lhe forem atribuídos pela União na forma da lei. Destarte, para que esses bens possam compor o patrimônio distrital, deve- se entender que o Distrito Federal possui bens e que tais bens, por força do art. 32, § 1, da Lei Maior. são os que no território estadual pertenceriam ao Estado e ao Município. O Município tem a propriedade dos bens que dizem respeito ao seu interesse local, além dos adquiridos por qualquer modalida

683

de permitida pelo Direito Positivo¹. As autarquias e as fundações públicas só detêm a propriedade dos bens que por qualquer forma legal de aquisição acabaram por integrar seus respectivos patrimônios.

4. Defesa

Os bens públicos, embora prestigiados pelo regime de Direito Público. não dispensam. no que concerne à sua defesa, o abrigo dos instrumentos de que se utiliza o particular na defesa de seu patrimônio quando turbado ou esbulhado na 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 110 ordenamento. Ademais, se o bem objeto do esbulho for de uso comum ou de uso especial. cremos caber a retomada auto-executória da Administração Pública, sua proprietária, como já decidiu o Tribunal de Justiça de Brasília (DJU, 9 mar. 1983).

5. Classificação

Várias são as classificações dos bens públicos. Algumas são oferecidas pelos autores e outras, pela legislação. Entre as primeiras, temos: a) a que divide os bens públicos, segundo a natureza, em bens móveis (banco de jardim) e bens imóveis (praia); b) a que separa os bens públicos, segundo o proprietário, em bens federais (estrada federal), bens estaduais (Museu da Polícia Militar), bens distritais (rua distrital), bens municipais (paço municipal), bens autárquicos (prédios da autarquia) e bens fundacionais públicos (imóvel de fundação pública), conforme sejam, respectivamente, da União, do Estado-Membro, do Distrito Federal, do Município, da autarquia ou da fundação pública. Entre as segundas, a de maior utilidade é indicada pelo art. 99 do Código Civil. Por essa disposição, que leva em conta a destinação do bem, os bens públicos são: “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

1. A tal respeito veja, de José Creteila Júnior. Dos bens públicos na Constituição de

1988 (RT. 653:16).

684

uma dessas entidades”. Embora o inciso II não mencione a administração distrital, não há dúvida que entre as aí arroladas deve-se compreender também essa. Quanto à menção administração territorial, deve-se isso ao zelo do legislador. Com efeito, com dita medida procurou evitar possível dúvida quanto a espécies dos terrenos, edifícios e estabelecimentos destinados à prestação dos serviços no Território, que certamente ocorreria no futuro se, com base no art. 18, § 22, da Constituição Federal, viesse a ser criada uma dessas unidades administrativas. Essa classificação é exaustiva. Todos os bens adquiridos ou que venham a ser adquiridos são enquadrados em uma de suas várias categorias².

5.1. Bens de uso comum do povo

São as coisas móveis ou imóveis pertencentes ao Poder Público (União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal), usáveis, sem formalidade, por qualquer do povo. São exemplos dessa espécie de bem os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças, as áreas verdes e de lazer. O uso e gozo desses bens é permitido a qualquer ser humano, sem distinção entre nacionais e estrangeiros, entre pessoas físicas ou jurídicas,

ou entre pessoas públicas ou privadas. Para esse uso e gozo nada se exige em termos de autorização ou permissão, nem, pelo menos em princípio, se cobra pela utilização. A cobrança pela utilização dos bens de uso comum, embora não seja costumeira, é permitida pelo art. 103 do Código Civil, conforme as leis da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios a que pertencem dispuserem a respeito. Com a privatização de algumas rodovias³, bens públicos de uso comum do povo, está-se generalizando a cobrança de pedágio⁴ pela sua utilização.

2. O ar atmosférico e a luz solar não são bens públicos: não podem ser apropriados. são bens de todos. ou do domínio comum. Nesse sentido é a lição de Sergio de Andréa Ferrejra (Direito administrativo. cit.. p. 158). Assim também deve ser considerado o meio ambiente (art. 225 da CF).

3. Assim aconteceu com o Sistema Anchieta — Imigrantes. Sistema Anhangüera Bandeirantes e com a Via Dutra.

4. O pedágio ou pedagem. como preço cobrado pela utilização de uma estrada. nasceu em Roma e foi largamente acolhido e usado em outros países. Na Inglaterra. até o século XVIII. era cobrado dos que. com carruagem, transitavam por estradas conservadas pela Coroa. O pedágio é cobrado na Itália, na França. Estados Unidos e no Brasil. entre outros países, pelo uso de suas modernas auto-estradas. Pode ser definido como o valor pago pelo usuário de uma auto-estrada para desfrutar de sua utilização. Esse valor pode ser exigido

685

O uso e gozo, por certo, há de ser conforme a destinação do bem. Assim, uma praça não pode ser utilizada para se estender um varal e secar roupa. nem uma rua utilizada como campo de bochas ou malhas. Mas não é tudo. O uso deve, ainda, ser normal. Destarte, qualquer Utilização, como o uso de uma praça para a realização de comício ou de uma rua para a promoção de passeata estudantil ou comemoração da vitória de certo time de futebol, deve ser previamente informada à autoridade competente (art. 5 XVI, da CF). Já o trânsito de uma grande carreta e o uso privativo para a instalação, por exemplo, de uma banca de jornal devem ser previamente solicitados e deferidos pelo poder competente. Essas prévias medidas por parte dos usuários são necessárias para que algumas providências quanto ao uso de certos equipamentos comunitários (hospital, funerária) e à segurança dos próprios usuários sejam tomadas. A falta delas torna ilegal a utilização, podendo, portanto, ser obstada a qualquer custo.

Os bens de uso comum, enquanto guardarem essa consagração, são inalienáveis, ou seja, não podem ser vendidos, trocados ou doados. Perdida essa destinação por um fato (rua desativada por motivo de ordem urbanística) ou um ato (lei), a alienação se torna possível, conforme dispõe o 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”. Destarte, se desafetados, por lei, do uso comum do povo e nos termos e condições da lei autorizadora, qualquer bem dessa espécie pode ser alienado ou ter seu uso trespassado a quem por ele se interesse. Em mais de um diploma legal tem-se exigido, ainda, para a validade da alienação ou do trespasso do uso, avaliação e concorrência, Nesse sentido confronte-se a Lei federal n. 8.666/93 (art. 17).

Esses bens e os de uso especial, em função da destinação que lhes é inerente, podem ser retomados pela Administração Pública, sua proprietária, por seus próprios meios e recursos, isto é, auto-executoriamente, segundo vêm decidindo nossos Tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça de Brasília (DJU, 9 mar. 1983).

pelo Poder Público titular da auto-estrada ou por um terceiro, seu concessionário (particular) ou delegatário (autarquia). Esse valor, em qualquer caso, é fixado pelo Poder Público proprietário do bem de uso comum do povo submetido ao regime de pedágio, mediante decreto. Trata-se de preço ou tarifa. Essa sua natureza jurídica. Por ser assim, sua fixação não exige lei nem atenção ao princípio tributário da anterioridade. Sua cobrança é constitucional. não se exigindo via alternativa de trânsito e de utilização gratuita (RJTJSE 40:124). Para aprofundar veja O pedágio — Constitucionalidade e legalidade, publicação da DERSA

—Desenvolvimento Rodoviário S. A.. 1971. e RT. 777: 121.

686

5.2. Bens de uso especial

São as coisas móveis e imóveis utilizáveis na prestação dos serviços públicos. São os bens destinados à execução dos serviços públicos e usáveis somente pelo Poder Público, seu proprietário. Pertencem à União, aos Estados Federados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às autarquias e às fundações públicas. Exemplos desses bens: os edifícios onde estão instalados os vários serviços públicos (cadeia, museu, mercado, escola, hospital, repartições públicas) e os terrenos também consagrados à prestação dos serviços públicos. O uso e gozo desses bens são, em tese, das pessoas que detêm a sua propriedade (União, Estado-Membro e Município). Para esse uso e gozo não se exige

qualquer formalidade. É direto e imediato. Quando passíveis de utilização por terceiros, há de se observar certa formalidade (autorização, horário, preço, regulamento), como se dá com o uso das escolas pelos alunos, e dos museus pelos visitantes. Em qualquer hipótese seu uso deve atender à legislação dos demais entes federados, como é o caso da lei municipal de uso e ocupação do solo urbano e da lei estadual de proteção aos mananciais.

Enquanto guardarem essa destinação são inalienáveis, isto é, não se permite a venda, a permuta, a doação e a dação em pagamento. Perdida, a qualquer título (ato ou fato), essa consagração, podem ser alienados ou ter seu uso transferido a quem por eles se interessar⁵. A alienação e a transferência do uso, por óbvio, só podem ocorrer se forem observados certos requisitos (lei, avaliação, concorrência) estabelecidos em lei (art. 100 do CC).

5.3. Bens dominicais

O bens dominicais⁶ são os destituídos de qualquer destinação, prontos para ser utilizados ou alienados ou, ainda, ter seu uso trespassado a quem por eles se interesse. Pertencem à União, aos Estados-Membros, aos Municípios, ao Distrito Federal, às autarquias e fundações públicas. Tais entidades exercem sobre esses bens poderes de dono, de proprietário. Apesar disso, a alienação e o trespasse do uso podem exigir o cumprimento,

5. Sobre a perda da destinação dos bens públicos. veja o n. 6, abaixo.

6. Também são chamados de bens disponíveis, bens do patrimônio disponível, bens patrimoniais disponíveis, bens do patrimônio fiscal. bens patrimoniais do Estado. bens do domínio privado do Estado. segundo José Creteila Júnior (Dicionário de direito administrativo. Rio de Janeiro. Forense. 1978, p. 107).

687

previamente. de certos requisitos. como avaliação, concorrência e licitação. Desses bens são exemplos os terrenos sem qualquer afetação de propriedade das citadas pessoas públicas. Podem ser utilizados pelos seus proprietários para todos os fins de direito, observadas, evidentemente, as legislações dos demais entes federados. Assim, a União não pode dar a bem dominial de sua propriedade qualquer utilização que contrarie a lei municipal de uso e ocupação do solo.

6. Afetação e desafetação

Os bens públicos integram uma das categorias enunciadas pelo art. 66 do Código Civil, e os que vierem a ingressar no patrimônio público também alojar-se-ão numa

dessas classes (uso comum do povo, uso especial, bem dominial), consoante o fim para que foram adquiridos. Com efeito, se adquiridos para a implantação de uma praça ou rua, integrarão a categoria dos bens de uso comum do povo, mas se adquiridos para abrigar um serviço público (serviço funerário, de abastecimento de água), integrarão a espécie dos bens de uso especial, e, se adquiridos sem qualquer finalidade (doação), pertencerão à modalidade dos dominicais. Diz-se, então, que os bens alojados nas duas primeiras categorias estão consagrados, destinados ou afetados a uma finalidade e que os da última espécie não estão consagrados, destinados ou afetados a qualquer finalidade.

Os bens não afetados, os dominicais na terminologia do Código Civil, podem receber uma consagração ou destinação por ato administrativo ou por lei. É a afetação. Por conseguinte, afetar é atribuir ao bem uma destinação: é consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial. Assim, se em certo terreno, adquirido pelo Estado por doação, for determinada a construção de uma penitenciária, de um museu ou de uma praça esportiva, tem-se sua afetação ao uso especial por ato administrativo. Por fim, se a lei atribui ao indigitado terreno certa destinação (praça pública), tem-se sua afetação por lei. Não nos parece possível a afetação por um fato jurídico (fato relevante para o Direito, como a morte e a inundação) ou por um fato administrativo (construção de uma cadeia). Aquele, por não poder consagrar o bem atingido a um uso especial ou comum do povo, e este, porque antes da construção houve um ato determinand-a. Este e não aquela, a construção, foi quem deu a consagração ao bem. Com a afetação o bem passa a integrar a categoria dos bens de uso comum do povo ou de uso especial, regendo-se daí por diante pelo regime jurídico de uma ou outra dessas espécies de bens públicos.

688

A mudança de um bem de uma das duas primeiras categorias (bem de Uso comum do povo e bem de uso especial) para a dos bens dominicais chama-se desconsagração ou desafetação. Destarte, desconsagrar ou desafetar é retirar do bem a destinação (uso comum do povo ou uso especial) que se lhe atribuíra por ato administrativo ou lei. A desafetação pode acontecer por fato jurídico- ato administrativo ou lei. Uma creche, por exemplo, bem de uso especial, perde essa destinação se em razão de um terremoto vier a ser destruída. E a desafetação por fato jurídico. Se o desaparecimento (demolição) da referida unidade assistencial for determinado pela Administração Pública, também ocorre a desafetação. É a desafetação por ato administrativo. Em ambas as situações, o terreno em que estava instalada a creche, salvo expressa disposição legal ou

administrativa, readquirirá sua qualificação de bem dominical. Ainda, se mediante ato legislativo for retirada de um bem, destinado ao lazer da população, essa consagração, há desafetação. É desafetação por lei. E relevante notar que tanto a afetação como a desafetação não decorrem de ato ou comportamento dos administrados. Estes podem tomar essa ou aquela medida sem que ela leve ou retire de um bem o uso comum ou especial que lhe foi consagrado. Assim, mesmo que uma área destinada a praça (bem de uso comum do povo) seja invadida por favelados, não perde, só por isso, a consagração que tem. Do mesmo modo, o uso de certo bem, como passagem, não o transforma em rua.

As operações de afetação e desafetação são da competência única e exclusiva da pessoa política proprietária do bem. a quem também se reconhece a competência exclusiva para dizer se e quando um bem que integra seu patrimônio poderá ser afetado ou desafetado. Essas competências são expressões da autonomia que a Constituição outorgou a cada uma das entidades componentes da Federação no trato dos bens de sua propriedade. Se assim não fosse, de que valeria a autonomia se o proprietário do bem não pudesse afetá-lo ou desafetá-lo segundo o interesse que lhe cabe perseguir? Destarte, não é válida qualquer interferência na utilização dos bens de uma entidade menor por medida legal ou constitucional de entidade maior, salvo se consignada na Constituição da República. E claro que não invade essa autonomia o exercício do poder de polícia competente sobre os bens públicos situados em seu território. E constitucional, portanto, a submissão do bem público municipal às restrições de lei estadual de proteção aos mananciais. Por tudo isso entendemos inconstitucional a regra consubstanciada no inciso VII do art. 180 da Constituição de São Paulo, que veda toda alteração, sob qual-

689

quer pretexto, na destinação, no fim e nos objetivos originariamente estabelecidos para as áreas verdes e institucionais definidas em projeto de loteamento⁷, Destarte, não nos parece a melhor inteligência, data venia. a professada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (ADIn 17.067- 0/4) considerando inconstitucional lei municipal de São José dos Campos que desafetou área verde constante do Loteamento Cidade Jardim — Secção Bosque dos Eucaliptos e contrariou o citado dispositivo da Lei Maior de São Paulo.

A alienação de qualquer bem de uso comum ou de uso especial exige prévia desafetação, posto que essas espécies de bens públicos são inalienáveis. Pode ocorrer,

no entanto, que a Administração Pública obtenha autorização legislativa para alienar um bem de uso especial, sem que previamente tenha sido desafetado. Nesses casos, se a alienação acontecer, poderá ela ser acoimada de ilegal? Cremos que sim, pois descumpriu-se um requisito exigido por lei, e para esse ato a sanção é, por via de regra, a invalidade. Não se pode imaginar como implícita a desafetação. O mesmo se pode afirmar quanto ao trespasse do uso de um desses bens para terceiro que por ele se interesse, em caráter privativo.

7. Competência legislativa

Guardada a competência da União para legislar sobre Direito Civil (CF, art. 22, I), cabe a cada uma das pessoas políticas (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município) regular alguns aspectos da aquisição, do uso, da administração e da alienação dos bens que integram seus respectivos patrimônios, visto que essa atribuição é da essência da autonomia dos entes federados. É por esse motivo que o art. 48, inc. V, da Constituição Federal e o art. 19, IV, V e VII, da Constituição paulista atribuem, respectivamente ao Congresso Nacional e à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo a competência para disporem sobre bens públicos da União e do Estado de São Paulo. A União editou, para esse fim, o Decreto-Lei federal n. 9.760/46, ainda em vigor em tudo que não contraria a Constituição vigentes.

7. No mesmo sentido. veja Adilson Abreu Dailari. Revista Informativo Municipalista. a. 4, p. 9.

8. Esse diploma legal foi alterado em maio de 1998 pela Lei federal n. 9.635.

690

8. Regime jurídico

Os bens públicos são prestigiados pelas cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade e pela não-oneração que lhes conforma, em termos substanciais, o regime jurídico.

A inalienabilidade dos bens públicos, assegurada, em nosso Direito, desde a Constituição Federal de 1824 art. 15. n. 15), é o atributo daquilo que não pode ser transferido, disposto ou alienado; que não pode passar de um dominus para outro. E a qualidade que impede a transferência (venda, doação, permuta) a terceiros de bens assim considerados. Apesar disso, a inalienabilidade pode ser levantada, isto é, retirada de certo bem público mediante lei e nos seus termos e condições, consoante autorizam os arts. 100 e 101 do Código Civil.

Pela imprescritibilidade é protegida a propriedade dos bens públicos, quando terceiros visam adquiri-la através da usucapião. Os bens públicos, qualquer que seja a espécie ou natureza, não podem ser usucapidos. Aliás, essa vedação está expressamente consignada em dois dispositivos da Constituição da República. Com efeito, no § 3 do art. 183 e no parágrafo único do art. 191, o constituinte estabeleceu que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Esses dispositivos estão preordenados a proteger os bens imóveis contra os atos de aquisição pela usucapião, sem vedar, como se poderia supor num rápido exame, a aquisição de bens por esse modo pelo Poder Público. Essa proteção, embora pareça, não alcança só os bens imóveis de qualquer espécie (uso comum do povo, uso especial e bens dominicais), mas também os móveis. Nesse sentido, estabelece a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal que, “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

A impenhorabilidade resguarda os bens públicos, não permitindo que sobre eles recaia penhora. A esse respeito prescreve o Código de Processo Civil que os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis (art. 649, 1). Por essa razão é que se tem um processo de execução contra a Administração Pública (pessoa jurídica de Direito Público) diferente do processo para a execução contra as pessoas de Direito Privado. Substancialmente, essa diferença reside na inexistência da penhora. O processo, no caso, observa o que estabelece o art. 100 da Constituição da República, de onde decorre tal diferenciação.

Da impenhorabilidade e da inalienabilidade exsurge a impossibilidade de oneração dos bens públicos, isto é, a não-oneração. O administrador público (Prefeito, Governador, Presidente) não pode gravar livremente os

691

bens que estão sob sua guarda, conservação e aprimoramento, ou seja, esses agentes, porque não são os donos desses bens, não podem onerá-los. Inexiste, pois, em tese, a possibilidade de serem ditos bens públicos gravados com penhora, hipoteca ou anticrese. Destarte, sobre eles não pode incidir nenhuma dessas garantias, pois só quem pode alienar a propriedade pode hipotecar, dar em anticrese e empenhar, conforme estatui o art. 1.420 do Código Civil, e referidas autoridades não são, seguramente, as proprietárias desses bens. Qualquer dessas garantias só pode ser oferecida se expressamente autorizada por lei, como aconteceu em São Paulo, com a Lei municipal da

Capital n. 10.553. de 15 de junho de 1988, que autorizou o Executivo a dar em garantia hipotecária vários bens imóveis municipais.

Nessas hipóteses, entendemos que o Poder Público abre mão das garantias que lhe proporciona o regime especial das execuções contra a Fazenda Pública. A execução, então, se necessária, operar-se-á segundo a legislação comum. Com efeito, se assim não se considerar, de duas uma: ou a lei é inconstitucional ou é desprovida de qualquer efeito prático. Não cremos inconstitucional. A entidade estatal. e isso é da essência de sua autonomia, pode, como vimos, legislar sobre aquisição, uso, administração, oneração e alienação de seus bens, portanto, não só pode onerar. como alienar. A alienação é um plus em relação ao ônus. Logo, até pelo princípio segundo o qual quem pode o mais pode o menos, a outorga dessa garantia é egítima. Por outro lado, a lei em apreço não é destituída de efeitos práticos. Mediante essa lei. o Poder Público abre mão dos benefícios da execução regulada pelo art. 100 da Lei Maior, e em decorrência pode o credor, se necessário, valer-se de execução comum. Esse o seu efeito prático. Aliás, não se deve estranhar tal possibilidade, que já é viável em relação aos créditos de natureza alimentícia, que podem ser executados nos termos da legislação comum, e bens do Poder Público executante podem ser penhorados para garantir o exequente.

O regime de execução contra a Fazenda Pública é instituído, como também o é o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, em benefício do Estado. e este, segundo o interesse público, pode abrir mão desse privilégio e destinar, previamente, certos bens para garantir uma dada operação. A Constituição Federal, no art. 167, IV. expressamente, prevê a vinculação de receita de impostos para garantir operações de crédito por antecipação de receita. De sorte que é legítima a garantia hipotecária incidente sobre bens públicos, bem como as consequências decorrentes. se tal oneração for permitida em lei.

Quanto à concessão de uso, à concessão de direito real de uso, ao aforamento e ao comodato, contratos que propiciam o ajuste da transferência

692

do uso de bem público, deve-se dizer o mesmo, isto é, devem ser precedidos de lei autorizadora, dado os ônus que incidem sobre os bens públicos.

II— AQUISIÇÃO

1. Aspectos preliminares

A União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. para atingirem os fins que lhes foram assinalados no ordenamento jurídico. necessitam dos mais

variados bens, a exemplo dos móveis, imóveis e semoventes. Essa necessidade pode ser satisfeita valendo-se eles dos modos de aquisição da propriedade, acolhidos pelo Direito Privado. Com efeito, o Código Civil regula os vários modos de aquisição da propriedade imobiliária. Assim, por esse diploma legal as entidades antes referidas podem adquirir pela usucapião (art. 1.248), pelo registro do título (art. 1.245), por acessão, ou seja, por formação de ilhas, por aluvião, por avulsão, por abandono de álveo, por plantações ou construções (art. 1.248). A União, o Distrito Federal e os Municípios poderão adquirir bens jacentes. nos termos do art. 1.822 do Código Civil. Ademais, poderão adquirir bens, inclusive imóveis, pelos modos regulados pelo Direito Administrativo, como é o caso da desapropriação (art. 5. XXIV, da CF e LGD). ou disciplinados pelo Direito Processual Civil, como ocorre com a adjudicação (art. 647. II. do CPC). Este elenco não é exaustivo, e de outros modos de aquisição da propriedade pode valer-se o Poder Público, como se verá adiante.

Substancialmente. só nos interessa conhecer os modos de aquisição da propriedade imobiliária, caracterizando a forma e os requisitos. civis e administrativos, que a legislação, a doutrina e a jurisprudência nacionais reconhecem como necessários para validar o trespasses da propriedade. A aquisição dos bens móveis é mais simples; essencialmente. só exige licitação e o respectivo processo de compra, e após. se for o caso. o correspondente registro patrimonial. Na aquisição de bens móveis, ocorrendo empate na licitação, a Administração Pública licitante dará tratamento preferencial aos bens produzidos no País, e se a situação permanecer inalterada, o desempate será por sorteio, conforme estabelece o art. 45, § 2, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. observados os efeitos da EC n. 6/95, que revogou o art. 171 da Constituição Federal. Antes dessa emenda o critério de desempate era outro. e a Administração Pública devia atender. em caso de empate, a seguinte ordem de preferência: “1

produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional: II

693

produzidos no País: III — produzidos ou prestados por empresas brasileiras”, conforme estabelecia o § 22 do art. 32 dessa lei.

Por fim diga-se que o Legislativo e o Judiciário não têm capacidade jurídica nem representam a pessoa política que integram. Destarte, quando adquirem bens ou executam obras para seus respectivos serviços, fazem-no em nome da pessoa política de que participam (Estado-Membro. Distrito Federal. União), embora esse procedimento

nem sempre seja assim, pois já vimos, por exemplo. uma escritura pública de venda e compra de bem imóvel em que certa Câmara Municipal era a outorgada-compradora e outra escritura pública de venda e compra em que o outorgado-comprador era o Tribunal Regional do Trabalho da 2 Região.

2. Aquisição originária e derivada

Doutrinária e tradicionalmente. os modos de adquirir a propriedade imobiliária são apartados. quanto à origem. em dois grupos: originário e derivado. No primeiro, a aquisição é direta. independe de interposta pessoa. O adquirente. sem que alguém lhe transfira a propriedade. torna seu certo e determinado bem. É exemplo a aquisição pela usucapião prevista no Direito Privado. Na aquisição originária não há qualquer ato de transmissão ou transferência de propriedade para o adquirente: há adquirente, mas não há transmitente, e, por conseguinte, não há de se discutir sobre vícios de vontade ou outro defeito inerente à transmissão da propriedade. No segundo grupo. a aquisição é indireta. Seu exercício depende, pois, da atuação ou participação de outra pessoa. É exemplo a aquisição pela transcrição do título aquisitivo. Na aquisição derivada sempre há um ato de transmissão ou transferência pelo qual se inicia o trespasse do domínio do antigo para o novo proprietário. Figuram, em consequência. um transmitente e um adquirente. De sorte que. aqui. é possível a discussão de problemas concernentes aos vícios de vontade (coação) ou outros inerentes ao ato jurídico de transferência da propriedade (capacidade do transmitente. vício redibitório, evicção).

A esses modos de aquisição da propriedade e suas respectivas consequências subsume-se a Administração Pública, porque, no exercício desses direitos e obrigações decorrentes da aquisição do domínio, atua como particular. ainda que deva satisfazer certas exigências impostas pelo Direito Administrativo. Destarte, como particular. atenderá às obrigações ou fruirá dos direitos que têm origem em uma ou outra dessas modalidades de aquisição da propriedade imóvel. Não se assegura à Administração Pública qualquer outra prerrogativa, mesmo que fundada na qualidade de pessoa de Direito

694

público, salvo no que concerne à desapropriação. forma originária de aquisição da propriedade, conforme esclarecido no n. 6. item 1. do Capítulo MI.

3. Aquisição “inter vivos” e “causa mortis”

O Código Civil brasileiro, ao cuidar da aquisição da propriedade imóvel. em seu art. 530. menciona os modos pelos quais é adquirida. De fato. dispõe que se adquire a

propriedade imóvel pela transcrição do título no Registro de Imóvel (inciso I); pela acessão (inciso II); pela usucapião (inciso III) e pelo direito hereditário (inciso IV). As três primeiras formas enfeixam casos de aquisição inter vivos, regulados pelo Direito das Coisas. enquanto a última encerra o único caso de aquisição causa mortis. disciplinado pelo Direito das Sucessões.

Portanto, inter vivos, como comumente ocorre, o Estado adquire a propriedade sem que lhe seja defesa a aquisição causa mortis. O Estado (Municípios, Distrito Federal e União) pode adquirir por causa mortis. Alerta-se que só o Estado-Membro não recebe via sucessão legítima. dado que foi excluído do elenco dos vocacionados a suceder, estabelecido, taxativamente, no art. 1.603, V, do Código Civil, por força da alteração introduzida pela Lei federal n. 8.049, de 20 de junho de 1990, que modificou esse dispositivo, O Estado-Membro pode receber por testamento, já que passou. com o advento dessa lei. a ocupar a posição que outrora ocupava o Município.

4. Aquisição pela transcrição do título aquisitivo

Para a aquisição da propriedade imobiliária pela transcrição (hoje registro), há de existir um ato translativo da propriedade, ou seja, um título hábil ao registro à margem da matrícula (descrição do bem lançada em livro próprio do Registro Imobiliário). Vê-se, pois, que são necessários para a aquisição da propriedade o acordo de vontade entre o adquirente e o transmitente, consubstanciado num título, e o respectivo registro. O título. instrumento hábil a iniciar o trespasse do domínio na compra e venda, na doação, na permuta, há de ser, obrigatoriamente, o contrato. Esse título pode estar consubstanciado num instrumento público (escritura pública), conforme prescreve o art. 134 do Código Civil, salvo as hipóteses indicadas em lei, ou numa carta de sentença, nos casos de desapropriação, por exemplo. O registro observará as disposições da Lei dos Registros Públicos (Lei federal n. 6.015, de 31-12-1973) e legislação posterior. O art. 221 desse diploma arrola os títulos admitidos a registro.

695

#

Vejamos. com certa minudência, os instrumentos jurídicos transiativos da propriedade, ressaltando os requisitos. civis e administrativos, legitimadores de cada um e que podem ser utilizados pelo Poder Público para a aquisição da propriedade imobiliária.

4.1. Contrato de compra e venda

Com fulcro no art. 481 do Código Civil pode-se definir a compra e venda como o contrato pelo qual uma das partes, chamada vendedor, transfere o domínio de certo imóvel que integra seu patrimônio ao outro contratante, chamado comprador mediante o recebimento, em dinheiro, de determinado preço⁹. É a compra e venda, mesmo que de bem público, contrato regido, na sua essência, pelas leis civis. Não há compra e venda administrativa se o seu objeto é um bem imóvel. O contrato será sempre de Direito Privado, embora realizado com prévias formalidades de natureza administrativa, a exemplo da autorização legislativa, da avaliação e da licitação. O contrato de compra e venda de bem imóvel restará perfeito se atendidos os requisitos civis, que lhe são próprios, e os administrativos, que lhe são incidentes. Entre os primeiros avultam: o bem, o preço, o consentimento e a forma. Entre os segundos sobressaem: o processo administrativo, a avaliação, a lei autorizadora, o interesse público e, em alguns casos, a licitação. Examinemos, a traços largos, cada um desses requisitos, começando pelos de natureza civil.

4.1.1. Bem

O bem objeto da transação há de ser coisa vendível, isto é, que esteja no comércio. Assim, qualquer das pessoas políticas pode adquirir bens umas das outras ou pertencentes a particular, observadas, naturalmente, as exigências peculiares de cada caso. A aquisição, por exemplo, pelo Município de São Bernardo do Campo, de um bem imóvel pertencente ao Estado de

9. A Administração Pública pode adquirir um certo bem imóvel mediante o pagamento em prestações, entrando na posse desde logo do bem, mas adquirindo o domínio ao final do cumprimento do avençado em contrato preliminar. Esse contrato é o comumente chamado de contrato de promessa de venda e compra ou contrato de compromisso de venda e compra. Para essa contratação, *mutatis mutandis*, a Administração há de observar as exigências que devem ser atendidas para a celebração do contrato de venda e compra. Assim, nada há de ilegal nessa espécie de auste, ainda que seja para a alienação de bem público.

São Paulo demandará a existência de lei estadual autorizadora da alienação, conforme prescreve o inciso IV do art. 19 da Constituição estadual, e de uma lei municipal autorizadora da aquisição. De sorte que, nesses casos, cabe verificar e atender às exigências que devem ser observadas pelos contratantes, cada um de per si, envolvidos na operação transiativa do domínio. Se o bem desejado pelo referido Município é de particular, hão de anteceder à escritura de compra e venda a lei

autorizadora, a avaliação, a licitação, se dessa exigência não estiver liberada a Administração Pública, e o empenho da despesa. Ademais, em ambos os casos o bem há de ser certo e determinado, conhecendo-se sua localização, área, perímetro e confrontações e, também, os dados relativos à propriedade do transmitente (título aquisitivo e registro). Diga-se, ainda, que se o vendedor for uma pessoa jurídica, ou uma associação, os respectivos representantes devem estar devidamente autorizados, nos termos do contrato social ou do estatuto, para a prática dos atos de alienação, bem como devem apresentar as devidas certidões de quitação para com o INSS e o FGTS.

4.1.2. Preço

O segundo requisito do contrato de compra e venda é o preço. Este, de regra, é determinado, conhecido ou fixado pelas partes contratantes, em atenção à lei da oferta e procura, ou de acordo com os respectivos interesses, ou, ainda, segundo as normas administrativas, a exemplo da licitação. Apesar disso, o preço pode ser indeterminado, contanto que seja determinável, mediante critérios objetivos fixados pelas partes. O que é vedado é a indeterminação absoluta ou a que fica a critério exclusivo de um dos contratantes: “Pagarás o que bem entenderes ou o que tu determinares”. O preço, uma vez fixado, deve ser pago em dinheiro, como prevê o art. 481 do Código Civil, embora seja lícito as partes convencionarem a satisfação desse valor de outro modo. Se assim for, as coisas dadas em pagamento devem ser representativas de dinheiro: mil sacas de arroz de sessenta quilos cada uma, à razão de R\$ 48,00 cada saca. Além disso, o preço pode ser pago parte em dinheiro e parte em bem. Ainda pode ser pago em duas partes; uma à vista, no ato da assinatura do contrato, e outra em parcelas, que poderão ser representadas por títulos de créditos (notas promissórias) dados pro soluto (a título de pagamento) ou pro solvendo (dependente de efetivo pagamento). Essa despesa deve correr por conta da dotação orçamentária específica e, na sua liquidação, deve atender ao que dispõe a Lei federal n. 4.320, de 17 de março de 1964 (arts. 58 e s.).

696

697

4.1.3. Consentimento

O consentimento é a convergência de vontades sobre a coisa (bem), o preço e as condições da operação de transferência dominial. Deve haver perfeita coincidência de vontade das partes quanto a esses elementos (objeto, preço e condições), sob pena de nulidade do ato de transmissão. Certamente não haveria compra e venda se o vendedor entendesse estar alienando imóvel de sua propriedade, situado na rua Castro Alves, e o

comprador acreditasse estar adquirindo o imóvel localizado na rua Bento Gonçalves, embora do mesmo vendedor. Também inexistiria compra e venda se o adquirente imaginasse estar recebendo o bem a título de doação com o encargo de entregar a certa pessoa um montante em dinheiro, e o transmitente entendesse que a entrega desse valor fosse a título de pagamento do preço.

4.1.4. Forma

A forma dos contratos de compra e venda de bens imóveis é a escrita, observada a formalidade da escritura pública, conforme o disposto no art. 108 do Código Civil, salvo as hipóteses expressamente enunciadas em lei. São exemplos dessa dispensa a alienação de imóveis de valor inferior a trinta vezes o maior salário mínimo, conforme estatui esse preceptivo, e os contratos celebrados com agentes do Sistema Financeiro da Habitação (Lei federal n. 4.380, de 21-8-1964). O § 32 do art. 26 da Lei federal n. 6.766/79, introduzido pela Lei federal n. 9.785/99, oferece outro exemplo em que é dispensada a escritura pública. Com efeito, para certas transações imobiliárias essa disposição legal admite, nos parcelamentos populares, a cessão da posse em que estiverem provisoriamente imitidas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades delegadas, mediante instrumento particular, ao qual atribui, para todos os fins de direito, o caráter de escritura pública, não se aplicando o disposto no art. 108 do Código Civil.

Na escritura deve constar a pessoa jurídica de Direito Público como a adquirente, já que só ela é capaz de direitos e obrigações. Desse modo, não é correto consignar-se nesse instrumento como adquirente a Prefeitura Municipal, porque esta é a sede do Município. Sendo assim, não pode ser sujeito de direitos e obrigações. Nesse documento deverão ser transcritos a lei autorizadora da aquisição e o laudo de avaliação, ainda que por extrato. Nele também será mencionado que a aquisição foi precedida de licitação e indicado o número do processo administrativo que corresponda a esse documento. Se, para a aquisição, for dispensada a licitação, essa circunstância deverá ser enunciada na escritura. É o que, por exemplo, prescreve o art. 58 da Lei paulista n. 6.544, de 22 de novembro de 1989, que dispõe sobre obras,

serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica do Estado de São Paulo, quando trata da formalização do contrato.

As despesas cartorárias com a lavratura da escritura pública de compra e venda deverão ser satisfeitas pela Administração Pública, porque, nos termos do art. 490 do Código Civil, são da responsabilidade do comprador, salvo lei ou convenção em

contrário. A escritura pública, uma vez ultimada, deve ser levada pela Administração Pública compradora a registro no cartório de imóveis competente, isto é, o da situação do imóvel, sendo, também, nos termos desse artigo, de sua responsabilidade as despesas decorrentes da prática desse ato cartorário. A lavratura dessa escritura pode ser concretizada em qualquer cartório de notas do País, desde que selecionado por licitação. O que ocorre, no entanto, até por razões óbvias, é a sua lavratura num dos cartórios de notas da comarca, escolhido mediante licitação, salvo se a Administração Pública estiver liberada dessa exigência. A divisão dos serviços notariais pelos vários cartórios da comarca não nos parece correta, pois afronta os princípios da moralidade e da obrigatoriedade de licitar. Devido à multiplicidade de tabelionatos que podem prestar esses serviços, a licitação, em tese, é inafastável; só não é exigível no que toca ao registro, vez que este só pode ter seu assento no cartório de situação do imóvel, circunstância que impede o certame, a concorrência.

4.1.5. Processo

O processo deve ser aberto por determinação da autoridade competente, ante a solicitação do órgão que necessita do bem. O pedido do órgão interessado deve especificar o bem desejado, ou indicar os elementos necessários à sua caracterização quando mais de um imóvel atender aos seus anseios, possibilitando, então, o procedimento licitatório. Ademais, deverá indicar sua destinação, justificar a necessidade e explicitar a dotação pela qual correrá a despesa. Dito processo deverá conter a manifestação do setor de tesouraria para saber da disponibilidade do numerário necessário à aquisição.

A esse processo deverão ser juntados os documentos comprovadores do domínio do vendedor, as certidões negativas de tributos, ônus e alienações, uma planta da situação do bem desejado e uma planta baixa, indicando a área, o perímetro e as confrontações, o laudo de avaliação, minutas de projeto de lei e respectiva mensagem legislativa autorizando a aquisição e, da escritura pública a ser outorgada pelo vendedor, parecer jurídico, abrangendo a legalidade da aquisição e dos atos que serão realizados, cópia da lei autorizadora, cópia da nota de empenho e, finalmente, cópia da escritura pública de compra e venda. Em suma, tudo o que for do interesse da aquisição, que estiver com ela relacionado ou que vise qualquer esclarecimento

deve ser juntado a esse processo. A cada caso, portanto, e segundo a necessidade, juntam-se tais ou quais documentos.

Se a escolha do bem for mediante licitação, o processo deverá abrigar todos os atos desse procedimento administrativo, se a Administração Pública não preferir a execução da licitação em processo autônomo. Essa circunstância deverá ser certificada no processo principal, ou seja, no de aquisição do bem. Em qualquer hipótese o processo deverá conter, no que couber, os documentos mencionados no art. 38 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Se para a aquisição valer-se a Admj.. nistração Pública da faculdade da contratação direta (hipótese do inciso X do art. 24 dessa lei), o processo deverá abrigar os atos e documentos pertinentes, exigidos pelo art. 26. também dessa lei.

O processo, além de numerado e registrado no setor competente (serviço de protocolo), deverá ser formado e instruído com as cautelas de estilo: numeração das folhas em ordem crescente, termos de juntada e desentranhamento de documentos¹⁰. Deverá ser arquivado quando atingir integralmente suas finalidades e depois de certificado o cadastramento do bem adquirido, pelo setor responsável, ou quando a Administração Pública desistir da aquisição. O arquivamento deverá ser determinado pela autoridade competente depois de justificada essa decisão.

4.1.6. interesse público

Sob pena de nulidade, qualquer aquisição de bens pela Administração Pública há de estar informada de um interesse público, de uma finalidade pública. Essa finalidade pública, avaliável pelos órgãos do governo (Executivo, Legislativo) da pessoa política (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município) interessada na aquisição, pode estar consubstanciada, por exemplo, na necessidade de implantação de certos serviços educacionais ou na construção de detenrnada obra viária.

Ademais, a finalidade pública deve estar devidamente justificada, em arrazoadado, juntado ao processo. Tal arrazoadado deve ser remetido ao Legislativo, juntamente com o laudo de avaliação e outros documentos ligados à aquisição ou necessários a esclarecer certos aspectos da transação, para que os membros desse Poder possam, bem informados, decidir com liberdade sobre a legalidade e o mérito da aquisição pretendida. A falta desse arrazoadado dificulta a correta manifestação legislativa e, quase sempre, leva à rejeição do projeto.

10. Sobre o processo administrativo, veja o Capítulo XV.

4.1.7. Avaliação

A avaliação é sempre necessária, quer a escolha do bem seja feita diretamente pela Administração Pública interessada, quer mediante procedimento licitatório. No primeiro caso, representará o valor a ser pago ao vendedor, se este o aceitar: no segundo, servirá de base para o procedimento de licitação. A avaliação não deve ser uma simples enunciação do valor do bem: ao contrário, deve expressar o real valor dele, obtido por critérios objetivos. Essa avaliação, consubstanciada em laudo, pode ser feita por uma pessoa ou por uma comissão, nomeados por portaria da autoridade competente para esse fim específico, se não houver comissão permanente de avaliações. Havendo esta, cabe-lhe a atribuição. É necessário que a pessoa nomeada para avaliar e os membros da comissão de avaliação, quase sempre composta de três, sejam profissionais da área de engenharia. Aliás, é própria dessa categoria profissional a elaboração de laudos dessa natureza, conforme prevê a alínea a do art. 72 da Lei federal n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que regula a profissão de engenheiro, combinada com o disposto na Resolução n. 2 18/73, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. As avaliações em geral e a imobiliária, em especial, sujeitam-se a normas técnicas e variáveis segundo a natureza, localização, destinação, uso, restrições e outras particularidades do bem. Não é, como corriqueiramente se vê, mera declaração do valor que seus signatários imaginam ter o bem avaliado. Com efeito, atente-se que para essa finalidade a Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT, em 1997, expediu a NB-502, para a avaliação de imóveis urbanos. A pessoa nomeada para proceder a uma avaliação e os membros da comissão de avaliação poderão ou não integrar o quadro de pessoal da Administração Pública, e receber ou não pelos trabalhos prestados. Se receberem, as despesas correrão por conta das dotações orçamentárias próprias: se não receberem, seus serviços poderão ser considerados de relevante interesse para a Administração Pública. Caso não integrem o quadro de pessoal da Administração Pública e não se trate de situação de exclusão da obrigação de licitar, a contratação desses profissionais depende de licitação. Ainda, dependendo da grandeza ou da complexidade do objeto a ser avaliado, pode ser contratada uma entidade ou profissional especializado para promover a desejada avaliação. Para essa contratação, conforme o caso, a licitação será indispensável.

4.1.8. Lei autorizadora

A lei autorizadora é sempre necessária. Essa exigência é preconizada pela doutrina e pela jurisprudência, com base no Direito Positivo. De fato,

a Administração Pública não é livre para adquirir ou alienar bens imóveis. Esses atos vão além dos de mera administração. Ademais, inúmeras leis, a exemplo das leis orgânicas municipais, fazem tal exigência. A lei deverá autorizar a aquisição mediante licitação, ou não, e caracterizar o bem a ser adquirido, indicando a finalidade, a área, o perímetro e suas respectivas confrontações, explicitando, ainda, quando existentes, as benfeitorias. Se o pagamento for a prazo, essa lei deverá prescrever o valor da entrada, o número, o valor e a data de vencimento das prestações, os juros, a correção monetária e as sanções pelo não-pagamento nas condições estipuladas, além de outros elementos que circunscrevam ou esclareçam o negócio. Deve, também, indicar e qualificar o proprietário e mencionar os dados referentes ao título aquisitivo (espécie, data, livro, folha, cartório) e os relativos ao registro, chamado anteriormente de transcrição (número, livro, folha, cartório). É lei de iniciativa do Executivo. Com efeito, só quem precisa de autorização pode solicitá-la. A iniciativa parlamentar, nesses casos, caracteriza usurpação de competência. Ademais, é atribuição que se afeiçoa à iniciativa do Executivo. Sua aprovação pelo Legislativo depende de certo quorum, que, regra geral, é o da maioria simples de votos favoráveis. O número de discussões e votações, bem como a forma de votação (nominal ou simbólica), dependerá do que dispuser o regimento interno da casa legiferante competente. Outras vezes essa autorização não é da competência do Poder Legislativo porque não trata de aquisição de bens imóveis pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, mas por outra entidade pública (autarquia, fundação pública). A autorização nesses casos é dada por órgão da própria entidade adquirente (Conselho de Curadores), conforme constar de seus atos constitutivos.

Nos termos do art. 42 da Lei federal n. 4.320/64, a lei que vimos examinando poderá conter a autorização para a abertura de crédito especial para satisfazer às despesas decorrentes do pagamento do preço e das custas, quando incidentes, se da peça orçamentária não constarem as dotações respectivas. Nessa hipótese, há de ser indicado o recurso indispensável à abertura do referido crédito. Se existentes as dotações, a lei autorizadora simplesmente mencionará que as despesas com sua execução correrão pelas dotações próprias consignadas no orçamento, suplementadas, se insuficientes.

4.1.9. Licitação

A licitação é exigência, em princípio, inafastável do procedimento de aquisição de bens imóveis. Tal exigência prévia decorre do ordenamento jurídico positivo, que exige atenção, em especial, aos princípios da igual-

dade e da moralidade administrativa. Ademais, essa exigência está expressamente prescrita no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Alerta-se que, para a aquisição de bens imóveis, a legislação não especifica, como faz para a alienação desses bens, a espécie de licitação que deve ser utilizada. Em tese, portanto, qualquer uma das modalidades atende a essa exigência preliminar da aquisição de bens imóveis, se observados os limites e as características de cada uma. No entanto, a prática e a inoperacionalidade da tomada de preço e da carta-convite para tal fim estão a justificar a preferência pela concorrência.

Ao promover a licitação, o Estado deve observar o seu procedimento formal e atender ao disposto na legislação pertinente: edital, prazos, documentação e proposta, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação. Essa a regra. Não obstante seja Assim, a licitação é expressamente dispensada quando o imóvel for destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração Pública, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, e seu preço for compatível com o valor de mercado, consoante prévia avaliação (cf. art. 24, X, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública). Assim, se a localização, a exigência do serviço ou obra pública ou, ainda, a instalação de certos equipamentos indicarem que só um dado bem imóvel se presta para tanto, a aquisição sem licitação é válida, isto é, legítima, pois a escolha foi feita em função da localização ou das exigências do serviço, da obra ou dos equipamentos que serão implantados. Nos termos do art. 26 dessa lei, a aquisição de bens imóveis nessas condições deve ser devidamente justificada e justificativa comunicada à autoridade superior para ratificação e publicação, sob pena de ineficácia desses atos.

4.2. Contrato de troca ou permuta

A troca, também chamada de permuta ou escambo, é o contrato em que as partes se obrigam mutuamente a dar uma coisa por outra. De regra, qualquer bem in commercium é suscetível de troca. Assim, podem ser permutados: móveis por móveis, móveis por imóveis, móveis por direitos, imóveis por imóveis, imóveis por direitos, direitos por direitos, ou, ainda, bens públicos por bens particulares e bens públicos por bens públicos¹. Em outras palavras, tudo o que pode ser vendido pode ser permutado, pres 11 Nesse sentido, veja decisão n. 054/93 do TCU (RDA. 194:326).

702

703

creve o art. 221 do Código Comercial brasileiro. observadas naturalmente. certas exigências estabelecidas em leis, O que não se pode, em termos de permuta, é trocar certo bem por uma obrigação de fazer, conforme manifestação do TCU publicada na RDA. 194:323. Os valores das Coisas pennu tadas não necessitam ter o mesmo montante, isto é, não precisam ser absolutamente iguais. Mesmo que haja volta ou reposição em dinheiro, a troca continua sendo troca. Aplicam-se-lhe as mesmas disposições legais da Compra e venda, conforme estabelece o art. 533 do Código Civil.

As formalidades civis e as administrativas, quando o objeto do Contrato é a permuta de um bem do Estado por outro de propriedade panicul' ou pública, também devem ser observadas, Portanto, nenhum reparo será colocado se forem atendidas, no que couber, as formalidades civis e adnni nistrativas concementes ao contrato de compra e venda de bem imóvel.

Quanto às civis, hão de ser atendidas as que disserem respeito aos bens, ao consentimento e à forma. No concernente aos bens, além do que já se disse sobre eles no item anterior, aplicável nesta espécie de contrato, cabe esclarecer que ambos ou todos os que são objeto da permuta deverão ser certos e determinados, conhecendo-se as respectivas dimensões, áreas. perímetros e confrontações e os dados relativos às correspondentes aquisições (título aquisitivo e registro), quando o contrato versar a troca de imóveis por imóveis, O mesmo cuidado deve ser tomado quando o contrato objetivar a permuta de bens de outra natureza e naquilo que esses bens tiverem de peculiar, a exemplo da permuta de um veículo público por um terreno, No que respeita a este, valem as observações já feitas: quanto àquele. deve-se proceder à sua perfeita individualização (tipo, ano de fabricação. cor. marca, capacidade, estado de conservação, número de fabricação, título de aquisição), No que diz com o consentimento, adite-se aojá explicitado em relação à compra e venda que as partes deverão estar perfeitamente ajustadas sobre os bens que serão permutados e que sobre isso não paire qualquer dúvida. Em relação à forma, diga-se que é a solene e que se consubstancia, salvo as exceções previstas em lei, numa escritura pública de permuta. As despesas cartorárias. quando incidentes, caberão, se de outro modo não dispuserem os contratantes, em partes iguais a cada um, conforme preceitua o inciso I do art. 533 do Código Civil e assim também ocorrerá com o registro. A escritura pública de permuta deve, uma vez ultimada em qualquer tabelião selecionado por licitação. ser levada a

registro no cartório competente, isto é, no da situação de cada um dos imóveis, para cuja escolha é inexigível a licitação, como esclarecemos no n. 4.1.4. O comum é a lavratura dessa escritura num dos cartórios de notas da comarca, selecionado mediante licitação, salvo se a Administração Pública estiver liberada

dessa exigência. Como já referimos em passagem anterior, a divisão dos serviços notariais pelos vários cartórios da comarca não nos parece correta. pois afronta os princípios da moralidade e da obrigatoriedade de licitar. Assim é em face da multiplicidade de tabelionatos que podem prestar esses serviços, e, sempre que isso ocorre, a licitação, em tese, é inafastável. A licitação só é inexigível no que diz respeito ao registro. uma vez que este só pode ter seu assento no cartório de situação do imóvel, circunstância essa que impede o certame. a concorrência.

Em relação às exigências administrativas, deverão ser satisfeitas as concernentes ao processo. ao interesse público. à avaliação, à lei autorizadora e. em alguns casos. as relativas à licitação, valendo, aqui também. o que dissemos para a compra e venda, observando o que será dissertado em seguida. O processo deve, além do que já se falou, ser adequadamente instruído em relação aos bens que serão permutados ou indicar o que será trocado pela Administração Pública, por um outro com tais e quais características. Com essas particularidades será possível levar adiante o procedimento licitatório. que. nessa hipótese. é necessário. O processo deverá, antes de ser arquivado, conter certidão do cadastramento do bem adquirido e da baixa do bem transferido. A avaliação deve abranger os imóveis que serão permutados e não só o desejado pelo Estado. Aplicam-se, relativamente ao laudo e à comissão, as mesmas considerações já feitas em relação à compra e venda. Deverá a lei autorizadora explicitar, conforme já esclarecido anteriormente. os bens que serão trocados. Se o Estado tiver de oferecer uma volta ou toma, a lei deverá indicar que essa despesa correrá à conta da dotação própria (aquisição de bens imóveis) constante do orçamento. ou autorizar a abertura de crédito especial, sendo, nesse caso, necessário o oferecimento dos recursos. Se, ao contrário, a torna for da responsabilidade do outro contratante, nenhuma despesa haverá, salvo os emolumentos, se incidentes, para ser satisfeita pelo Estado. O valor recebido a título de toma ingressará nos cofres públicos como receita orçamentária e a título de venda de bens imóveis.

A licitação é genericamente dispensada devido a impossibilidade de sua realização. De fato, não há como se pretender a competição licitatória quando na operação estão envolvidos objetos certos, determinados. Não bastasse isso, a Lei federal

n. 8.666/93 prevê para essa hipótese de aquisição a dispensa de concorrência (art. 17, 1.º e), desde que o imóvel desejado atenda às exigências do inciso X do seu art. 24. Apesar disso, a licitação pode e deve ser feita quando o Estado não deseja certo e determinado imóvel. mas um dentre os muitos que podem satisfazer seus interesses. A licitação é necessária, por exemplo, sob pena de nulidade, quando o Estado se

704

705

propõe a permutar um terreno de sua propriedade, com área de 1 .200m², com perímetro. divisas e confrontações tais e quais. situado no Bairro do Barro Preto, com frente para a rua dos Pardais, por um terreno de área igual ou superior, situado no interior de um círculo de raio igual a um quilômetro, tendo como centro a sede do Poder Público licitante. Como mais de um terreno pode atender a essas especificações, necessária é a licitação. O critério de julgamento será o menor preço do terreno oferecido pelo particular. pois as demais condições foram estabelecidas igualmente para todos. Na escritura serão transcritos a lei autorizadora, os laudos de avaliação e as certidões negativas de tributos. ônus e alienações, além do número do processo de dispensa de licitação, quando for o caso.

4.3. Contrato de doação

Com base no art. 538 do Código Civil, pode-se definir a doação como o contrato segundo o qual uma pessoa, chamada doador,; por liberalidade. transfere um bem do seu patrimônio para o patrimônio de outra, designada donatário, que o aceita. Tanto o doador como o donatário podem ser pessoas físicas ou jurídicas. e estas, públicas ou privadas. Assim, o Município. pessoa jurídica de Direito Público interno (art. 41. III. do CC). ou outra das pessoas políticas. não só pode doar, como receber em doação qualquer bem, isto é, pode figurar numa ou noutra das extremidades do contrato, ocupando a posição de doador ou de donatário. Destarte, observados os limites e as vedações legais. qualquer bem pode ser doado. como qualquer pessoa pode ser doadora ou donatária.

O contrato de que estamos cuidando, para ser legítimo. há de atender às disposições civis e administrativas que lhe são impostas pelo Direito Privado e pelo Direito Público, as quais já tivemos oportunidade de examinar por ocasião do estudo do contrato de compra e venda, O contrato pode consubstanciar uma doação simples. com encargos ou remuneratória. E simples ou pura a doação quando efetivada a favor do donatário. que desfrutará de seu objeto sem qualquer restrição. E com encargos ou

condicionada a doação quando o doador impõe ao donatário uma prestação (obrigação). a ser cumprida a favor do próprio autor da liberalidade ou de terceiro. Por fim, é remuneratória a doação quando o propósito do doador é pagar um serviço prestado pelo donatário. cujo valor não foi ou não podia ser exigido na época da prestação.

A Administração Pública, para receber bens imóveis por doação. não necessita de lei autorizadora, salvo se com encargo. Em São Paulo. por exemplo, a Constituição do Estado faz essa exigência no art. 19. IV. Cum prid

o encargo pela Administração Pública donatária. cabe a esta pleitear junto ao doador a correspondente liberação, averbando-a no cartório de registro de imóveis competente. que é sempre o da situação do imóvel. onde já fora registrada a escritura pública de doação. Se desatendida na pretensão. pleiteará a liberação em juízo. O não-cumprimento do encargo no prazo e nas condições estabelecidas no contrato enseja ao doador a faculdade de revogar a doação onerosa se no prazo estabelecido o donatário não cumprir os encargos (art. 562 do CC) e, após. retomar, judicialmente. o bem se este não lhe for entregue pelo então donatário. Se não houver prazo para o cumprimento do encargo, o doador deve notificar o donatário. dando-lhe um prazo razoável para cumprir dita obrigação, e só após. se não satisfeita a responsabilidade, procederá à revogação e à retomada. Para a revogação do encargo e retomada do bem. mesmo que imóvel, em razão do não-cumprimento do encargo. não há necessidade de lei autorizadora. dado ser ela da essência dessa espécie de contrato. Nessa direção. confronte-se a manifestação do então Consultor-Geral da República. A. Gonçalves de Oliveira (RDA. 54:464. O que nos parece necessário é a apuração. em processo administrativo, do porquê do não-cumprimento do encargo e dos responsáveis por esse fato, com o fito de punir os culpados, quando for o caso. Em relação ao Poder Público a retomada é obrigatória, pelo princípio da indisponibilidade dos bens. direitos e interesses da Administração Pública. e a omissão pode caracterizar crime de responsabilidade. Esse descumprimento deve ser apurado oportuna e devidamente para responsabilizarem-se os culpados.

O contrato de doação de bem imóvel, sempre por instrumento público, pode ser lavrado em qualquer cartório de notas do País. desde que selecionado mediante licitação, salvo se a Administração estiver liberada dessa obrigação. O comum. no entanto. é a sua lavratura em um dos tabelionatos da comarca. escolhido. salvo exceção. via licitação. Não cabe dividir os serviços cartorários entre os vários tabelionatos. pois esse procedimento afronta os princípios da moralidade e da obrigatoriedade de licitar. Uma vez ultimada a lavratura da escritura, deve ser levada a registro no cartório

imobiliário competente. sem necessidade de licitação, pela impossibilidade de escolha. As custas, quando incidentes, serão pagas pela Administração Pública dada sua posição de donatária. se de outra forma não for estabelecido pelas partes. Se da responsabilidade da Administração Pública. correrão tais despesas por conta das dotações orçamentárias próprias, que. se insuficientes, serão suplementadas. Se inexistentes, serão criadas com a abertura de crédito especial. Da escritura constarão a lei autorizadora e o laudo de avaliação.

706

707

Observe-se, por fim, que da doação remuneratória. a nosso ver, não se pode valer a Administração Pública para adquirir bens. Assim nos parece em vista da forma vinculada da realização da despesa. rigorosamente disciplinada

na Lei federal n. 4.320/64.

4.4. Contrato de doação em pagamento

A doação em pagamento é o ato entre vivos pelo qual o credor aquiesce em receber do devedor, para desobrigá-lo de uma dívida, uma prestação diferente da originariamente convencionada¹². São, portanto, elementos constitutivos da doação em pagamento: a) entrega da coisa ao credor com o ânimo de pagamento: b) acordo entre credor e devedor: c) diversidade de prestações. A doação em pagamento — disciplinada nos arts. 356 a 359 do Código Civil — pode objetivar a entrega ao credor de qualquer coisa. desde que não seja dinheiro. Pode a Administração Pública, por exemplo, em vez de receber a prestação pactuada em certo contrato, receber um bem imóvel (o INSS recebe do Município um terreno em lugar da prestação devida). As exigências civis e administrativas, desde que pertinentes, devem ser observadas. Aplicam-se à doação em pagamento. uma vez determinado o preço da coisa oferecida em substituição à prestação devida, conforme preceitua o art. 357 do Código Civil, as normas relativas ao contrato de compra e venda.

Para que a Administração Pública receba determinado bem em pagamento de uma dívida da qual é credora. não de preexistir avaliação e lei autorizadora. A lei é necessária já que se trata de extinguir um crédito por prestação diferente da convencionada ou prescrita na legislação. Por se tratar de entrega de bem imóvel, exige-se, para a validade do ato. escritura pública, salvo os casos previstos em lei. Essa escritura deve ser lavrada em tabelionato escolhido mediante licitação, salvo os casos de exclusão dessa obrigação. Após. deve ser levada a registro, na serventia competente,

independentemente de licitação dada a impossibilidade de escolha desse cartório. As custas e emolumentos, quando incidentes, serão pagos nos termos do convencionado pelas partes. embora caibam sempre ao devedor. Se atribuídas tais despesas à Administração Pública, correrão por conta das res 12 A dação em pagamento é por muitos considerada contrato e assim é tratada em algumas legislações. Entre nós, no entanto, sempre foi considerada modalidade extintiva das obrigações.

pectivas dotações, suplementadas, se insuficientes, e criadas, se inexistentes. Na escritura serão transcritos a lei autorizadora. o laudo de avaliação e as certidões negativas de tributos e de ônus e alienações. A escritura, uma vez ultimada. em qualquer tabelião, deverá ser registrada no cartório imobiliário competente, que por ser o único não exige licitação para a contratação de seus serviços.

A título de exemplo, diga-se que pela Constituição Federal. art. 57, § 2 (ADCT). os débitos previdenciários dos Estados-Membros e Municípios podiam ser pagos ao então INPS, mediante a entrega de bens, conforme regulado na Lei federal n. 7.578/86. Por esse contrato, o ex-INPS acabava por adquirir bens em razão de expressa autorização constitucional.

4.5. O resgate no contrato de aforamento

A enfiteuse, também chamada de aforamento e aprazamento. é o ato entre vivos (contrato) ou de última vontade (testamento) pelo qual o proprietário, chamado senhorio, atribui perpetuamente a outrem. chamado enfiteuta ou foreiro, o domínio útil de um imóvel, percebendo uma pensão ou foro anual, certo e invariável. O imóvel objeto da enfiteuse só pode ser constituído por terras não cultivadas ou terrenos destinados a edificação.

A Administração Pública pode figurar nessa relação jurídica como senhorio direto ou como enfiteuta. Nesta última hipótese, cabem-lhe, nos termos da legislação privada (CC/1916, arts. 678 a 694), todos os direitos e obrigações que são reconhecidos ao enfiteuta particular. Assim, assegura-se-lhe, por certo, o direito de resgatar o domínio direto. consolidando a seu favor o domínio pleno. Exige-se, para o exercício do resgate, que o enfiteuta esteja no gozo dessa situação há mais de dez anos, mas restou, embora inconstitucionalmente. vedada pelo Código Civil de 2002 a exigência do

13. O Código Civil de 2002 proibiu. em seu art. 2.038. a constituição de enfiteuse e subenfiteuse. Não obstante seja Assim, mantivemos dito modo de aquisição da propriedade. dado que esse preceptivo subordinou os aforamentos existentes às regras do Código revogado até que ocorram as respectivas extinções. Ademais. nos termos dos

incisos do § 1 dessa disposição. restaram. nesses contratos, proibida a cobrança de laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado. sobre o valor das construções ou plantações e a constituição de subenfiteuse. Essas vedações são inconstitucionais, pois não pode a lei desconhecer o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. ínsitos nos contratos de aforamento por ela respeitados. O § 2. também dessa regra. prescreve que a enfiteuse de terrenos de marinha regula-se por lei especial.

708

709

laudêmio de 2.5% sobre o valor da propriedade plena e o pagamento de dez pensões ou foros. Para tanto, a Administração Pública deve notificar o senhorio direto dessa intenção, para que compareça em cartório a fim de outorgar a respectiva escritura, bem como receber o laudêmio e as pensões devidas, se não preferir pleitear o resgate em juízo.

Os atos de constituição e resgate, que deverão ser registrados no cartório de registro de imóveis competente, dependerão, sempre, de lei autorizadora. São dispensadas a avaliação porque a lei já estipula o valor a ser pago — e a licitação, dada a natureza da enfiteuse. As custas, quando incidentes, são da responsabilidade da Administração Pública. Essas despesas e as decorrentes do pagamento do laudêmio e das pensões correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se insuficientes, e, se inexistentes, serão abertos os respectivos programas, por créditos especiais.

Nos termos do art. 49 do ADCT. a enfiteuse em imóveis urbanos foi regulamentada pela Lei federal ri. 9.636. de 15 de maio de 1998. Não nos parece que esse diploma tenha sido revogado, pois encontra sua fundamentação e disciplina substancial nesse dispositivo transitório da Constituição Federal, e admitir sua revogação seria o mesmo que. por lei, vetar o que a Constituição instituiu e regulou.

5. Aquisição por acessão

Pela acessão (modo originário de aquisição da propriedade segundo o qual ao proprietário passa a pertencer tudo que se unir ou aderir ao seu bem), a Administração Pública pode obter a propriedade imóvel. São pressupostos dessa aquisição a união de duas coisas antes separadas e o caráter acessório de uma delas em confronto com a outra. São formas de acessão. no tocante à propriedade imobiliária (art. 1.248 do CC). a aquisição por: I formação de ilhas: II— aluvião; III — avulsão: IV — abandono de álveo:

V — plantações ou construções. Vejamos, rapidamente, cada uma. Atente-se para a reformulação que o Código de Águas (Dec. federal n. 24.643/34) trouxe, nessa matéria, revogando vários dispositivos do Código Civil. Para a aquisição da propriedade imobiliária segundo essas modalidades de acesso, a Administração Pública não precisa de licitação, avaliação, salvo no caso de avulsão, ou autorização legislativa, dada a natureza desses institutos. Por força do princípio da indisponibilidade do interesse público a Administração Pública não pode deixar de exercer tais direitos, sob pena de responsabilidade.

5.1. Acesso pela formação de ilha

A ilha (porção de terra que se eleva acima das águas mais altas e por estas cercadas em toda sua periferia) pode surgir no mar, no curso dos rios públicos, no curso dos rios de águas comuns e nos lagos. Se nascida no mar e em águas territoriais, pertencerá à União (art. 20. IV. da CF). Se surgida no curso dos rios ou lagos públicos, pertencerá ao Poder Público (art. 23 do CA). mas é necessário distinguir duas situações estreitamente ligadas à propriedade dessas águas. Assim, se pertencerem à União (dividem ou atravessam Estados-Membros ou servem de fronteira entre o Brasil e outro país), a ela pertencerá a ilha formada em seu interior. Se integrarem o patrimônio do Estado (cortam mais de um Município), dele será a ilha originada no seu interior.

Destarte, o problema só se põe em relação às correntes de águas comuns, isto é, que banham propriedades diversas e fronteiriças, em que a Administração Pública pode ser um dos proprietários. A propriedade das ilhas nascidas no interior dessas correntes é disciplinada pelos arts. 23 e 24 do Código de Águas. De fato, estatuem essas normas que as ilhas situadas nesses rios pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, segundo as seguintes regras: a) as formadas no meio do rio pertencem aos ribeirinhos fronteiros, na proporção de suas respectivas testadas e até a linha que divide o álveo em duas partes iguais (art. 23, § 1); b) as nascidas entre a linha que divide o álveo ao meio e uma das margens são do domínio dos ribeirinhos desse lado do rio, e na proporção de suas respectivas testadas (art. 23, § 2); c) as formadas por braço do rio pertencem aos proprietários das terras à custa das quais se constituíram (art. 24). Os mesmos critérios devem ser observados quando da determinação da propriedade de ilhas originadas em canais, lagos e lagoas, sempre que continentes de águas comuns.

De sorte que, se a Administração Pública desfrutar da posição de ribeirinho de rio ou de lago de águas comuns, a ilha que se formar pertencer-lhe-á segundo uma dessas regras. Não há, portanto, título translativo da propriedade. Se o Estado desejar alienar

essa porção de terras, ou ceder seu uso a terceiros, deverá promover, antes dessas operações, a regularização de sua aquisição junto ao cartório imobiliário competente. oferecendo para tanto sentença favorável, obtida em ação de rito ordinário de declaração de aquisição de domínio pela formação de ilha, conforme se infere da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo proferida na Apelação Civil n.

800/85 (RDI. 17/18:73).

710

711

5.2. Acesso por aluvião

Por aluvião (acrescentamento insensível que as águas de um rio anexam vagarosamente às margens. aumentando, dessa forma, o terreno ribeirinho), a Administração Pública pode adquirir a propriedade imobiliária. Se a aluvião ocorrer em corrente de águas comuns, beneficiando o terreno marginal de propriedade pública, o acréscimo originado pertence à Administração Pública, conforme se depreende das disposições contidas nos arts. 16 e 17 do Código de Águas. Não há título translativo da propriedade assim constituída. Se o Estado desejar alienar ou transferir o uso dessas áreas a terceiro, deverá previamente regularizar seu domínio junto ao cartório de registro de imóveis competente, apresentando, para tanto, sentença favorável obtida em ação de rito ordinário de declaração de aquisição de domínio por aluvião, como deixa entrever a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo acima referida.

5.3. Acesso por avulsão

Pela avulsão (desagregação repentina de uma parte de terras, por força natural violenta, da propriedade de um e anexação à propriedade de outrem) pode alguém adquirir o domínio de bem imóvel. É o que ocorre em rio, quando de uma propriedade marginal particular desgarra-se porção considerável de sua área, que, transportada pela correnteza, adere a outra propriedade ribeirinha. O proprietário desfalcado no seu patrimônio tem o direito de reclamar a restituição da porção desgarrada, desde que reconhecível e não prescrito esse direito. Deve o proprietário beneficiado pela avulsão indenizar o prejudicado se não autorizar a remoção da área. segundo dispõe o art. 20 do Código de Águas. Esse direito do prejudicado pela avulsão prescreve em um ano (art. 20, parágrafo único, do CA).

Assim, se o Estado for o proprietário do terreno marginal beneficiado pela avulsão, adquire a propriedade da porção de terras que aderiu ao seu bem, se não reclamada tempestivamente no prazo de um ano, ou se indenizou o proprietário que

sofreu os efeitos desse fenômeno. Na primeira hipótese, nada pagará pelo acréscimo: na segunda, responderá pela indenização, cuja despesa será levada à conta das dotações orçamentárias próprias. Tal indenização pode ser requerida judicial ou administrativamente. Não há, como se vê, título translativo da propriedade assim constituída. Se o Estado desejar alienar ou ceder o uso dessa área acrescida a terceiro, devera antes disso promover a regularização de sua aquisição junto ao cartório

imobiliário competente, apresentando, para tanto, sentença favorável obtida em ação de rito ordinário de declaração de aquisição de domínio por avulsão (cf. TJSP. AC 800/85, RDI. 17/18:73).

5.4. Acessão do álveo pelo abandono das águas

Se as águas de um rio, público ou particular, abandonarem definitivamente seu leito ou álveo, este pertencerá aos proprietários ribeirinhos das duas margens, na proporção das respectivas testadas e até a linha que o divide ao meio. Se a Administração Pública for um dos ribeirinhos, adquirirá essa porção do álveo. Nenhuma indenização é devida, pelo adquirente do álveo abandonado, aos proprietários das terras em que as águas traçaram o novo curso, ou a qualquer outra pessoa. A Administração Pública também adquire a propriedade do álveo abandonado pelas águas, independentemente de ser ribeirinha, se o abandono é consequência de obras de retificação do curso do rio, executadas pela própria Administração Pública. Aqui, a aquisição também é a título gracioso, conforme estabelece o Código de Águas (art. 27). Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (RT. 640:78), ao julgar a Apelação n. 97.144-1 (reexame). Como nas espécies anteriores, não há título translativo da propriedade dessas áreas. Se a Administração Pública desejar alienar ou ceder o uso dessas áreas, assim adquiridas, a terceiro, deverá, antes disso, providenciar junto ao registro imobiliário a necessária regularização, requerendo o registro da sentença favorável obtida em ação de rito ordinário de declaração de aquisição de domínio por acessão do álveo abandonado (cf. TJSP. AC 800/85, RDI. 17/18:73).

6. Aquisição pela usucapião

A usucapião é meio reconhecidamente idôneo para a aquisição do domínio por parte do Poder Público, embora expressamente não o disponha a legislação pertinente. A Administração Pública, no caso, atua como particular. Se atendidos os pressupostos legais, esta pode solicitar judicialmente seja-lhe declarado o domínio de bens particulares. Nesse sentido são as lições de 1. Guimarães Menegale, José Cretelia Júnior, Themístocles Brandão Cavalcanti, Milton Augusto de Brito Nobre, entre outros.

São pressupostos para a aquisição da propriedade fundiária pela usucapião (modo originário de aquisição do domínio, através da posse, por determinado tempo, fixado em lei — arts. 1.238 a 1.244 do Código Civil:

712

713

a) coisa in comerciuni; b) exibição, conforme o caso. de título: e) boa-fé. em alguns casos. do possuidor: d) posse: e) tempo; f) sentença declaratória.

Qualquer bem imóvel pode ser objeto de usucapião, salvo os que estão fora do comércio e os que por lei são imprescritíveis, como os bens públicos (arts. 183, § 32 e 191, parágrafo único, da CF). O título só é necessário nas hipóteses de usucapião ordinária, isto é, o que se funda em justo título e boa-fé do usucapiente e posse contínua e incontestada por dez anos, conforme prevê o art. 1.242 do Código Civil. Esse prazo, nos termos do parágrafo único desse dispositivo, será de cinco anos se o possuidor houver adquirido o imóvel onerosamente e nele estabelecido sua moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico. O título, de outra parte, é inexigível quando se tratar de usucapião extraordinária, ou seja, a que se perfaz ao longo de quinze anos de posse sem interrupção, nem oposição. consoante estatui o art. 1.238, também desse Código. Esse prazo será de dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. A boa-fé, na usucapião ordinária, é imprescindível. Na extraordinária é dispensável. Quanto à posse, é mera relação de fato; é a efetiva atitude do possuidor ao exercer os poderes inerentes à propriedade. Ademais, é a atitude passiva do proprietário que, com sua obstinada omissão, colabora para que a citada relação de fato se prolongue no tempo. Quanto a este, é necessário para que se consuma a prescrição aquisitiva, O prazo da usucapião é de dez anos, entre presentes, e de quinze, entre ausentes. É de vinte anos para a usucapião extraordinária. Consideram-se presentes os que moram no mesmo Município e ausentes os que habitam Municípios distintos. A sentença é necessária para declarar o direito dominial adquirido: com ela reconhece-se a idoneidade dos pressupostos.

Quanto às disposições processuais, estão previstas nos arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil. O foro competente é o da situação do imóvel, salvo se proposta pela União ou se ela tiver interesse. Nesses casos a competência é da Justiça Federal (art. 109, 1. da CF). Cumpre ao Poder Público (União, Estado-Membro e Município), na qualidade de autor, individualizar claramente o imóvel usucapiendo e requerer a designação de audiência preliminar, a fim de justificar a posse. Para essa ação devem ser

obrigatoriamente citados: a) aquele em cujo nome está registrado o imóvel a ser usucapido (no caso de falta de registro, juntar certidão negativa); b) todos os confinantes; c) todos os interessados, certos e incertos; d) o representante do Ministério Público; e) os representantes da Fazenda Pública federal, estadual, distrital e municipal.

Proferida a sentença declarando o domínio do Poder Público autor, constituirá ela o título hábil para o registro, oponível erga omnes. O registro é obrigatório para garantir *opus disponendi*, isto é, para que a Administração Pública possa, se o desejar, desfazer-se do bem assim adquirido.

O exercício desse direito dispensa autorização legislativa, avaliação e licitação. As despesas judiciais e extrajudiciais, quando incidentes, correrão por conta das respectivas dotações orçamentárias, suplementadas, se insuficientes, e criadas, se inexistentes, por meio da abertura de crédito especial. Por fim, observe-se que a ação deve ser proposta pela Fazenda Pública da União, do Estado-Membro ou do Município, e a sentença, por certo, declarará o domínio a favor, respectivamente, da União, do Estado-Membro ou do Município.

7. Aquisição por ato de última vontade — testamento

Segundo regra geral de nosso Direito Positivo, todas as pessoas podem ser contempladas em atos de última vontade. Qualquer um pode adquirir por testamento, desde que exista ao tempo da morte do disponente e não seja havido por incapaz. É o que prescreve o art. 1.799 do Código Civil. Destarte, também a Administração Pública pode receber ou adquirir bens por testamento, conforme lição de Washington de Barros Monteiro (Curso de direito civil: direito das sucessões, 12. ed., São Paulo, Saraiva, 1976, v. 6, p. 203), ofertada ao tempo do Código Civil revogado, mas válida na vigência do novo diploma de Direito Privado, ao afirmar nesta passagem, que favorecida pode ser, por disposições testamentárias, qualquer pessoa física (nacional ou estrangeira, parente ou estranha, maior ou menor) ou jurídica (civil ou comercial, de direito público ou privado).

A Administração Pública poderá figurar no ato de última vontade como herdeira ou legatária. Na primeira hipótese, receberá a título universal, participando, portanto, dos direitos e obrigações decorrentes dessa situação. Nesse caso, parece-nos que deva ser autorizada por lei a aceitar ou renunciar à herança, já que, como herdeira, incumbe-lhe a satisfação de inúmeras obrigações. Na segunda hipótese, receberá a título singular, isto é, adquirirá um bem ou um conjunto de bens individuados. Sendo Assim, responderá tão-só pelas despesas e riscos decorrentes da entrega do legado, se de outra

forma não dispuser o testador (art. 1.936 do CC). Nesse caso, cremos ser dispensada a lei autorizadora, salvo se a liberalidade vier acompanhada de encargos a serem cumpridos pelo legatário (Administração Pública) em favor do testador, de terceiros ou do interesse geral (art. 1.938 do art. 533, ambos do CC).

714

715

A Administração Pública pode e deve, quando contemplada em testamento, indicar procurador ou nomear advogado para acompanhar o inventário e os atos de execução do testamento, defendendo e requerendo o que for do interesse público. As despesas decorrentes da realização desses atos, se incidentes, correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se insuficientes. Não havendo dotação específica, recorre-se, para o atendimento de tais despesas, à abertura de créditos especiais.

O formal de partilha será o título hábil a ser levado a cartório para o competente registro. O cartório imobiliário é o da situação do imóvel.

8. Aquisição por desapropriação

Veja-se, para não ser repetido, o que dissemos sobre essa forma de aquisição da propriedade pela Administração Pública no Capítulo XII.

9. Aquisição por arrematação ou adjudicação

Embora não seja usual nem muito prática, não vemos óbices a que o Estado, sob certas condições, adquira bens imóveis mediante arrematação ou adjudicação. Até nos parece, apesar disso, que esse procedimento pode tornar menos onerosa a aquisição, se comparada com algumas das formas de transferência dominial.

9.1. Arrematação

A arrematação, disciplinada nos arts. 686 a 707 do Código de Processo Civil, é o oferecimento pelo Estado do bem penhorado do proprietário executado a quem para ele apresentar maior preço. Penhorados e avaliados os bens, procede-se à praça no dia, hora e lugar determinados previamente e anunciados por edital. Da praça podem participar todos e quaisquer interessados, inclusive o Poder Público, que, obviamente, o fará como um particular, sem se lhe atribuir qualquer prerrogativa de Poder Público.

Aberta a praça, a Administração Pública, autorizada por lei a dela participar, fará o seu lance. Se este for o vencedor, lavra-se a seu favor o auto de arrematação, se pago for o valor ofertado nas vinte e quatro horas seguintes à realização da praça. Ultimadas essas medidas e não havendo qualquer impugnação, expede-se a carta de arrematação,

que conterà, nos termos do art. 703 do diploma processual civil, a descrição do imóvel, a prova de quitação dos impostos. o auto de arrematação e o título executivo.

É a carta de arrematação o instrumento ou título hábil para ser levado a registro no cartório de imóveis competente. As despesas relativas às custas. se incidentes, e as referentes ao lance oferecido correrão por conta das dotações orçamentárias próprias. suplementadas. se insuficientes, ou criadas. se inexistentes, mediante a abertura de créditos especiais.

A nosso ver o Estado só pode adquirir por arrematação se previamente estiver autorizado por lei e nas condições que ela estabelecer. dada a semelhança existente entre essa modalidade de aquisição e a compra e venda, e, para esta. exige-se lei. Ademais, só pode adquirir por esse modo se for dispensável ou inexigível a licitação, pois pela arrematação se paga o maior preço. e isso não constitui a melhor proposta que deve ser sempre buscada pelo Estado. Ademais, para legitimar essa aquisição há que existir interesse público devidamente justificado.

9.2. Adjudicação

A Administração Pública, sendo credora, pode requerer que lhe sejam adjudicados os bens praxeados. oferecendo preço não inferior ao do edital (CPC. art. 714), se não tiver havido licitante. Deve requerer a adjudicação após a realização da praça. Sendo-lhe adjudicado o bem por quantia igual ou inferior ao seu crédito, nada terá de pagar ou depositar, a não ser nos casos de protesto ou concurso, ou de pluralidade de pedidos de adjudicação. em que é obrigada a realizar integralmente o depósito. Se, ao contrário, a adjudicação lhe for feita por valor superior ao seu crédito, depositará somente a diferença, salvo nas hipóteses de protesto ou concurso, ou de pluralidade de pedidos de adjudicação. em que é obrigatório o depósito integral. Deferido o pedido, expede-se a carta de adjudicação a favor da Administração Pública, se o devedor não remir a dívida, isto é, pagar ou consignar a importância devida e acréscimos legais, consoante o disposto no art. 19, 1, da Lei Federal das Execuções Fiscais.

A carta de adjudicação. que deverá conter as peças enunciadas no art. 703 do Código de Processo Civil, conforme preceitua o art. 715 do mesmo Código. será o título hábil para ser levado ao registro no cartório imobiliário competente. As custas. se incidentes, e o valor do lance, quando for o caso. são efetivados à conta das dotações orçamentárias próprias. suplementadas. se insuficientes. ou criadas, se inexistentes, mediante a abertura de créditos especiais.

Necessária é, segundo entendemos, a autorização legislativa para requerer a adjudicação dos bens levados à praça, dado que militam a favor dessa autorização as razões já expostas quando examinamos o mesmo pro 716

717

biema em relação à arrematação. E. se isso não bastasse. caberia agregar que não se vislumbra a favor da Administração Pública qualquer prerrogativa discricionária para escolher entre o recebimento de seu crédito e a adjudicação. Sua atuação está circunscrita ao recebimento de seu crédito com o resultado da praça. Sendo esse o procedimento normal. qualquer outro que a Administração Pública deseje deve ser autorizado por lei. Para essa aquisição. ademais. há que existir interesse público devidamente justificado.

10. Aquisição por força de lei ou Constituição

Por força de lei. algumas das entidades políticas. a exemplo do Município. adquirem a propriedade imobiliária. É o que ocorre com a Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Também ex vi de alguma Constituição. o Estado-Membro ou o Município adquirem a propriedade de certo bem. Vejamos cada uma dessas modalidades de aquisição do domínio pelo Poder Público.

10.1. Aprovação e registro do parcelamento

Aprovado o plano de loteamento, nos termos da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei federal n. 6.766. de 19-12-1979), passam a integrar o domínio municipal, desde a data do seu registro no cartório competente, as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos, constantes do projeto e do memorial descritivo. É o que dispõe o art. 22 desse diploma.

A aquisição perfaz-se automaticamente no momento do registro. em razão da força dispositiva da lei. Destarte, nada mais se exige para o trespasse dominial dos referidos bens. Não há necessidade de termo de responsabilidade. segundo o qual o loteador se compromete a transferir ao Município o domínio de tais bens, ou de escritura de doação objetivando a aquisição das referidas áreas. A certidão do cartório do registro de imóveis onde o loteamento foi registrado nos termos dessa lei, especificando as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos constantes do plano e do memorial, é suficiente para a comprovação do domínio que sobre elas exerce o Município. Alerta-se que essa transferência é feita a favor do Município, sem que este deva concorrer com qualquer pagamentos seja a que

título for e a quem quer que seja (RDJ, 6:144). O Município nada deve por essas áreas. nem mesmo está obrigado a realizar qualquer obra pública em contraprestação.

Se o Município desejar alienar ou ceder o uso dessas áreas assim adquiridas a terceiros, deverá regularizar previamente essa situação junto ao cartório imobiliário, fazendo constar da matrícula que a aquisição do domí- nio deu-se por força do art. 22 da Lei federal ri. 6.766/79. Observe-se que as outras entidades públicas (União e Estado federado) não adquirem nos termos dessa lei. O mesmo não se dá com o Distrito Federal. que, por fazer as vezes do Município. recebe os bens que a este pertenceriam não fosse a situação singular que desfruta.

10.2. Criação e instalação de Munic(pio

O Município pode ser criado pela fusão de dois ou mais Municípios ou por desmembramento do território de um Município, ou, ainda, pela conjugação de parte de dois ou mais Municípios. Em qualquer dessas hipóteses, os bens públicos (ruas, praças, edifícios públicos) situados nos temtórios desmembrados ou fundidos passam a integrar o novo Município, na data em que este se instalar. Anote-se que mesmo sem a criação o Município pode adquirir bens, como se passa com o desmembramento de parte de um e anexação em outro território municipal. As ruas, praças e prédios públicos, antes pertencentes ao Município que perdeu parte de seu território, passam ao Município beneficiado com essa alteração territorial.

Para essas alterações dominiais, não há título transiativo da propriedade assim adquirida pelo Município (a aquisição é decorrência da lei). Se este desejar alienar ou ceder o uso desses bens a terceiros. deverá regularizar a propriedade junto ao cartório imobiliário competentes esclarecendo que a aquisição se deu por força das disposições legais. Por essas aquisições, em princípio, nada será devido, a qualquer título, pelo Município por elas beneficiado.

10.3. Criação de Estado

A Constituição Federal prevê, no § 32 do art. 18, que os Estados- Membros podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros. ou formarem novos Estados, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. Com a criação desse novo ente, todos os bens estaduais, a exemplo das estradas que antes pertenciam ao Estado-Mãe, passam a pertencer-lhe. Essa aquisição é, em tese, graciosa. A aquisição, aqui, dá-se por força da lei de criação do Estado-Membro.

10.4. Reversão na extinção de concessão de serviço público

Extinta a concessão de serviço público, os bens vinculados à sua execução passam ao domínio da Administração Pública concedente. É a reversão. Assim ocorre, por exemplo, com as estações e o leito de uma ferrovia até então explorada por concessionário. A aquisição é, em princípio, graciosa, posto entender-se que o concessionário, ao longo da exploração, obteve completamente a amortização desses bens. Caso isso não tenha acontecido, a Administração Pública beneficiada com a reversão deve, em razão dos princípios da perpetuidade da propriedade em favor de seu titular e do não-locupletamento sem causa, indenizar o então concessionário, pagando-lhe o restante. É irrelevante para a necessidade desse pagamento saber a causa da não-amortização total dos bens ligados à exploração, a exemplo da extinção antecipada e prazo exíguo⁴.

10.5. Aquisição “ex vi constitutione”

A Administração Pública pode adquirir bens por força constitucional. Em certas circunstâncias, expressamente previstas na Lei Maior, o Estado pode vir a obter o domínio de determinado bem, como, por exemplo, o de um imóvel utilizado para culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243 da CF). Nesses casos, ocorre a expropriação, independentemente de qualquer indenização.

10.6. Declaração da vacância da herança

Quando, aberta a sucessão, não surgem herdeiros ou os herdeiros, se existentes, não são ainda conhecidos, diz-se que a herança é vaga ou jacente. É um patrimônio que, embora sem dono, adquiriu personalidade, sendo, por isso, capaz de assumir direitos e obrigações. De Plácido e Silva⁵ ensina que “a herança se diz jacente quando, ao falecer, não deixa a pessoa herdeiro necessário conhecido que a suceda nos bens, nem testamento pelo qual seja a outrem deferida a herança”.

Verificada a jacência, sua administração é entregue a um curador, seu representante legal, até que essa situação reste resolvida com o aparecimento de herdeiros ou com a declaração de sua vacância. O aparecimento dos her 14 Veja, ainda, sobre a reversão o n. 1.27 do item III do Capítulo VIII.

15. Vocabulário jurídico, v. 2, cit., p. 758.

deiroS, por evidente, impede a declaração da vacância da herança e sua eventual transferência à Administração Pública. Nada, portanto, nos motiva a versar sobre essa solução. Interessa-nos, sim, conhecer um pouco mais a declaração de vacância, já que

essa resolução pode levar a Administração Pública a adquirir o patrimônio assim declarado. Vacante é a herança declarada judicialmente como sendo a que não possui pessoa com direito aos seus bens.

Declarada a vacância da herança, os bens que a integram passarão, após cinco anos da abertura da sucessão, ao Município, ao Distrito Federal ou à União, conforme regulado pelo art. 1.822 do Código Civil. Passam, assim, a pertencer ao Município ou Distrito Federal, se localizados em seus respectivos territórios, e à União, se situados em Território Federal, embora não se tenha qualquer dessas unidades instituída e implantada.

A entidade beneficiada pela vacância não tem em relação aos bens assim adquiridos livre poder de uso, gozo e disposição. Com efeito, nos termos do art. 39 do Decreto-Lei federal n. 8.207/45, esses bens devem ser aplicados no desenvolvimento do ensino universitário.

11. Aquisição por investidura

Nos termos do § 39 do art. 17 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, entende-se por investidura: “1 — a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tomar 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; 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”. Somente a hipótese do inciso I afeiçoa-se com o instituto da investidura e com o conceito dado pelos doutrinadores. A hipótese do inciso II somente é de investidura, vez que assim foi considerada pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Na realidade o inciso II não é outra coisa senão mais um caso de exclusão da obrigação de licitar. De qualquer modo, satisfeitas as condições de cada uma dessas hipóteses o bem pode ser alienado.

Embora os autores digam que a investidura é forma jurídica de aquisição da propriedade pública, pelo particular, não há nada que obste a sua aplicabilidade aos casos em que uma entidade pública, a exemplo do Município, é o beneficiário, por ser sua propriedade lindeira a uma área rema-

nescente da utilizada na execução de obra pública promovida pelo Estado-Membro ou pela União ou confinante de área resultante da execução da própria obra. Com efeito, o inciso I do § 32 do art. 17 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública não faz nesse sentido qualquer distinção. Assim, sobrando nesga de terras públicas lindeiras às propriedades do Município, cabe ao Estado-Membro, se for o proprietário da obra pública, transferir-lhe essa área, mediante o recebimento do valor correspondente ao da avaliação se esse não ultrapassar a R\$ 40.000.00, ou seja, 50% do valor constante na alínea a do inciso II do art. 23 dessa lei. A área objeto da investidura diz-se inaproveitada isoladamente quando for, por exemplo, menor que o lote mínimo fixado para a zona (1 00m, quando o lote mínimo é de 250m²) ou quando tiver uma configuração (1.70m de largura por 200m de comprimento) que impeça seu aproveitamento, ainda que superior em área ao lote mínimo. A alienação somente pode ocorrer mediante venda e compra. A permuta, a dação em pagamento e a doação estão vedadas, pois o inciso que se comenta menciona: “alienação ... por preço nunca inferior ao da avaliação”.

Na segunda hipótese, consignada no inciso II, só pode ser objeto de investidura imóvel residencial, ou seja, casa ou apartamento e seu adquirente, como regra, só pode ser o legítimo possuidor desses imóveis. Ademais, somente os imóveis construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas são passíveis de investidura nos termos desse inciso. A faculdade tanto abrange os imóveis que nessas condições vierem a ser construídos como os já construídos, desde que considerados dispensáveis na fase operacional da hidrelétrica a que estão vinculados por sua integração ao núcleo urbano que lhe seja anexo. Esses imóveis devem integrar, para que o dispositivo tenha sentido prático, a categoria dos bens reversíveis, isto é, que passam para a Administração Pública titular da hidrelétrica com o início de sua fase operacional. Inexistindo possuidores em condições de investidura, a alienação pode ser realizada, por exemplo, com o Município se o titular da hidrelétrica for a União. O Poder Público, no caso, é qualquer um, desde que diverso do que é proprietário da hidrelétrica. Nessa hipótese de mvestidura é irrelevante o preço do imóvel. A avaliação, no entanto, é indispensável.

Qualquer que seja a hipótese, o pagamento do preço pode ser à vista ou a prazo. A formalização da aquisição demanda escritura pública, salvo as hipóteses em que essa exigência está dispensada. A escritura pública poderá ser lavrada em qualquer cartório de notas, desde que selecionado mediante licitação. O comum, no entanto, é a lavratura

em tabelionato da comarca, escolhido por licitação, se for o caso. A divisão desses serviços pelos vários cartórios de notas da comarca é ilegal, pois afronta os princípios da

obrigatoriedade da licitação e da moralidade administrativa. Após, deverá ser levada a registro no cartório imobiliário competente que por ser o único em razão da situação do imóvel libera a Administração Pública da licitação. As despesas cartorárias, salvo acordo, deverão ser suportadas pelo adquirente.

parte da doutrina, devido à natureza do ato de investidura, entende indevida a transferência dominial de exigências prévias, a exemplo da lei autorizadora. Não consideramos correta essa orientação ante o princípio da indisponibilidade dos bens públicos. Ademais, leis existem, a exemplo da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que expressamente exigem essa prévia autorização. Essas leis vão mais além e exigem interesse público devidamente justificado. Dispensam, isto sim, a concorrência. Nós, apesar dessa dispensa, cremos que em certa circunstância ela é exigível, além da hipótese mencionada do inciso I. De fato, não se tem como dispensar a concorrência quando dois confinantes têm interesse na aquisição da sobra de área pública remanescente da utilizada na execução de obra pública. Os princípios da igualdade, da competitividade e da moralidade administrativa exigem esse certame. Em outras situações, ainda que a hipótese seja de concorrência, essa é inexigível, sob pena do bem poder ir para o domínio de quem não é seu lindeiro, criando para este problemas no uso de sua propriedade, como ocorreria se a área, objeto da investidura, estivesse localizada entre a frente de sua propriedade e a via pública. A licitação também será indispensável na hipótese do inciso I do § 32 do art. 17 se o valor do imóvel superar o mencionado percentual.

III — ADMINISTRAÇÃO

Os bens públicos são administrados pelas pessoas políticas (União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município) que detêm sua propriedade. Assim a União administra os bens federais, enquanto os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios cuidam, respectivamente, dos bens estaduais, distritais e municipais. Essa competência exclusiva de cada uma dessas entidades, é exercida segundo regras e princípios ditados pelo Direito Administrativo. No que este for omissivo, cabe a aplicação supletiva de normas privadas que regem a matéria.

No poder de administrar, por certo, só se compreende a faculdade de utilização de bens públicos segundo sua natureza e destinação e as obrigações de guarda, conservação

e aprimoramento. A Administração Pública, se de um lado pode, segundo o interesse público, utilizar os bens que lhe pertencem para a implantação dos mais variados serviços que estão a seu

722

723

cargo, de outro lado está obrigada a promover a guarda (vigilância Constante para garantir a sua integridade e finalidade). Conservação (Cuidados para mantê-lo Com as Características de uso e fim) e aprimoramento (medidas de valorização) desses bens, portanto, não são vistas Como legítimas a omissão da Administração Pública na retomada de uma área de lazer invadida por terceiros e a inexigibilidade da dívida ativa. Do mesmo modo, não se Compreende a deterioração do bem sem qualquer medida para conservá-lo segundo sua natureza e fim. Aliás, condutas como essa afrontam a Lei de Responsabilidade Fiscal, que somente permite à lei orçamentária e às de créditos adicionais a inclusão de novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público (art. 45). Esses comportamentos, evidentemente podem levar a responsabilidade ao agente público. São comportamentos incompatíveis com os princípios da indisponibilidade dos bens, direitos e interesses públicos e da eficiência.

O exercício dessa atribuição independe de qualquer autorização legislativa geral ou especial porque inerente à atividade do administrador. Ademais, dita competência cabe, em primeira instância, aos chefes de cada uma das mencionadas pessoas políticas, salvo no que respeita aos bens submetidos aos serviços dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos quais é atribuída tal competência em razão do princípio da independência e harmonia dos Poderes, a exemplo do que estabelece o art. 65 da Constituição do Estado de São Paulo em relação ao Poder Judiciário.

Referidas competências, alerte-se, não podem ir além da mera administração. Não se prestam, portanto, para fundamentar a oneração ou a alienação. Daí o Decreto-Lei federal n. 20 1/67, que regula os crimes de responsabilidade de prefeitos, ainda em vigor, nesse particular, prever como crime dessa natureza alienar ou onerar bens imóveis sem autorização legislativa ou em desacordo com a lei (art. 1, X). Assim, ainda que a pretexto de cumprir regras de administração, essas autoridades não podem onerar (dar em garantia, instituir aforamento, outorgar concessão de uso) ou alienar (vender, doar, permutar), salvo lei autorizadora específica.

1v—Uso

1. Utilização pela Administração Pública

Os bens públicos, especialmente os imóveis, podem ser, ou não, utilizados pela Administração Pública deles proprietária, como deles podem

valer-se tanto o povo, através do uso comum, como qualquer pessoa física ou jurídica. e esta, pública ou privada, por meio do uso privativo. O uso não é só da superfície, pois pode compreender o subsolo e o espaço aéreo.

Quanto ao uso dos bens pela Administração Pública, sua proprietária. nenhum problema em particular. se coloca, pois ela os detém para sua utilização normal e constante. Nem poderia ser de outro modo, já que cabe a ela utilizar seus bens para a persecução dos interesses coletivos que lhe foram assinalados pelo ordenamento jurídico.

Essa utilização rege-se por regras administrativas internas e independentemente de qualquer manifestação de quem quer que seja. A Administração Pública utiliza, indiscriminadamente, tanto os bens de uso comum do povo como os de uso especial. mantendo-os. inclusive os dominicais. sob sua guarda. conservação e aprimoramento. E claro, observe-se, que esse uso deve conformar-se com a destinação do bem, salvo situações excepcionais (fechamento de uma rua para a realização de uma festa).

O uso do bem público há de observar a legislação que lhe é incidente. notadamente a municipal, no que concerne a leis de zoneamento, de edificação e de uso e ocupação do solo, não importando a natureza do usuário (federal. estadual, municipal ou particular).

2. Utilização pelo povo

A utilização comum, isto é, a que é feita por qualquer do povo, sempre compatível com a destinação do bem, apresenta outras características. diferentes das que matizam o uso pela Administração Pública ou o uso privativo. Essencialmente, o uso comum é marcado pela liberdade da utilização, pela igualdade de todos os usuários, e por não estar limitado no tempo. Para o uso comum, pois, não se exige qualquer outorga administrativa (concessão, permissão, autorização). Além de livre, esse uso é quase sempre gracioso, e, em relação a ele, todos os utentes encontram-se na mesma situação de igualdade, tratados, portanto, sem preferência ou favor. Ademais, é uso exercitado sem quaisquer termos ou limites prefixados. Vale dizer: será sempre possível enquanto a Administração Pública não der ao bem outra destinação desconforme com o uso de todos.

3. Utilização privativa

Os bens públicos imóveis que integram o patrimônio da Administração Pública, notadamente os catalogados pela legislação civil (art. 99 do CC). prestam-se, ainda, a utilizações privativas, isto é, utilizações que excluem.

724

725

uma vez outorgadas. qualquer outra. Tal uso é. desse modo, incompatível com qualquer outro que lhe seja simultâneo. Essa é a orientação, desde que a utilização satisfaça a um interesse público, não desvirtue a destinação. não importe em alienação e sejam atendidos, previamente. os requisitos legais para esse uso. E o que se depreende do regime jurídico que marca os bens públicos e das regras que ensejam o trespasse do uso. Quanto à possibilidade de serem os bens públicos utilizados pelos particulares, de modo especial ou privativo, afirma Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo. cit., p. 436) que: “Todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza. são passíveis de uso especial por particulares, desde que a utilização consentida pela Administração não o leve à inutilização ou destruição. caso em que se converteria em alienação”. Tal utilização pode ser outorgada tanto a pessoa física como jurídica e esta, pública ou privada. Ademais, pode ser trespassado de modo oneroso ou gratuito, conforme dispuser a legislação pertinente, O Município de São Paulo regulou o uso das vias Públicas, incluindo o subsolo e o espaço aéreo, e das obras-de-arte de domínio municipal, para a implantação. instalação e passagem de equipamentos urbanos destinados à prestação de serviços de infra-estrutura por entidades de Direito Público ou Privado, pelo Decreto n. 40.532, de 8 de maio de 2001. Essa utilização é onerosa, pois o Município de São Paulo cobra preço público, calculado nos termos dos arts. 15 e 16 desse decreto¹⁶.

A utilização, certamente, há de conformar-se com a legislação a que o bem está submetido, notadamente a municipal. Assim, deve obediência às leis locais de zoneamento, de edificação e de uso e ocupação do solo. A essa obediência submete-se qualquer que seja o usuário, público ou particular. Vê-se que a outorga, em si mesma, não se presta para justificar qualquer afronta a essas leis, como não dispensa a prévia aprovação de eventuais construções e o licenciamento da atividade pretendida pelo usuário. junto aos órgãos competentes, sob pena de sanções administrativas.

O uso privativo, embora possa decorrer de institutos jurídicos próprios do Direito Privado, a exemplo da locação e da enfiteuse, é quase sempre trespassado ao interessado

através da concessão de uso, daperinissão de uso ou da autorização de uso, institutos do Direito Público, conforme se infere, por exemplo, do inciso V do art. 19 da Constituição de São Paulo. Aliás, a utilização de instituto de Direito Privado tem sido contestada pela doutrina e pelo Tribunal de Contas da União, conforme se vê no Processo TC-275 .208/94-0. O trespasse do uso, em tese, somente poderá ocorrer mediante prévia licita-

16. Sobre a legalidade da cobrança pelo uso desses bens. v.. no jornal Tribuna do Direito, de julho de 2001. o trabalho *Uso de bens públicos*, de Adilson Abreu Dallari.

ção. consoante estabelece o art. 2 da Lei federal n. 8.666/93. Nesse dispositivo foram utilizadas as expressões “concessões” e “permissões” sem qualquer restrição. Valem, assim, para a transferência de uso de bem público, tanto quanto para a execução de serviço público por terceiros. O uso privativo não transfere a propriedade do bem, mesmo que prolongado. Aliás é a própria Constituição Federal que ressalva essa possibilidade no § 3 e no parágrafo único dos arts. 183 e 191, respectivamente. na medida em que veda sua aquisição via usucapião. O domínio, portanto, continua a pertencer ao Poder Público.

Por derradeiro, alerte-se que os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei , 9.760/46, nos termos de suas posteriores alterações, especialmente as introduzidas pela Lei federal n. 9.636/98, consoante estabelece o parágrafo único do art. 121 da Lei federal das Licitações.

4. Instrumentos do uso privativo

Vejamos, sem grandes detalhes, cada um dos citados instrumentos do Direito Público utilizáveis para o trespasse do uso privativo, observando que, *mutatis mutandis*, à concessão, à permissão e à autorização de uso aplicam-se os regimes da concessão, da permissão e da autorização de serviço público, oferecidos no Capítulo VIII, item III.

4.1. Concessão de uso

É o contrato administrativo pelo qual o Estado (União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município) outorga a terceiro a utilização privativa de um bem de seu domínio, para que o explore segundo os termos e condições estabelecidos. E realizada *intuitu personae*, podendo ser gratuita ou onerosa, por prazo certo ou indeterminado. E precedida de autorização legislativa e concorrência, dispensada esta nos casos previstos em lei. Pode ser revogada mediante indenização e extinta quando o concessionário não cumprir suas obrigações.

A concessão de uso será legítima se concretizada por contrato e preexistir:

1— lei autorizadora; II concorrência, salvo nos casos em que for dispensada. dispensável ou inexigível; III — desafetação, se o uso recair em bem de uso comum ou especial e a utilização for integral, exclusiva e duradoura.

4.2. Permissão e autorização

Permissão e autorização são atos administrativos, veiculados por decreto ou portaria, pelos quais a Administração Pública outorga a alguém, que

726

727

para isso tenha demonstrado interesse, o uso privativo de um bem que lhe pertence, mediante certas condições, São revogáveis, sem indenização, salvo previsão expressa em sentido contrário ou quando houver prazo, e extintas quando o beneficiário descumprir suas obrigações, As condições de trespasse podem constar do ato de outorga ou de termo de recebimento e entrega do bem.

A permissão e a autorização podem objetivar o trespasse do uso de qualquer bem público. São legítimas se outorgadas: I—mediante licitação: II— a título precário: ifi — por ato administrativo: IV — com desafetação. se o uso recair em bem de uso comum do povo ou de uso especial e a utilização for integral, exclusiva e duradoura, Atente-se, para não confundir, que nos termos do art. 40 da Lei federal n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviço público, previsto no art. 175 da Constituição Federal, a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, Assim, no caso de permissão de uso a Administração Pública proprietária do bem vale-se de um ato administrativo (permissão de uso) para trespassar o uso do bem público que lhe pertence, enquanto na hipótese de permissão de serviço público vale-se de um contrato (contrato de adesão).

4.3. Concessão de direito real de uso

Além dos instrumentos anteriormente examinados, o Estado poderá valer-se do instituto da concessão de direito real de uso, previsto no art. 7 do Decreto-Lei federal n. 27 1/67, se o que objetiva é o trespasse do uso de terrenos. E instituto que não se aplica a imóveis construídos e a bens móveis, Referido diploma não só cria esse instituto, como estabelece, no art. 72 e seus parágrafos, as condições em que a outorga poderá ser contratada. Será legítima a concessão de direito real de uso: 1) se for outorgada por contrato, público ou particular, ou termo administrativo: 2) mediante lei autorizadora; 3) com concorrência, se não dispensada ou inexigível por lei:

4) se incidir sobre terrenos incultos; 5) se desafetado o bem, quando de uso comum; 6) para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social. Com a vigência da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública esse entendimento não deveria ser outro? Não cremos, pois esta lei, nesse particular, é lei geral, enquanto aquela é lei especial. Em sendo assim, aplica-se o clássico preceito: “A disposição geral não revoga a especial”.

Muitas leis têm prescrito que em lugar da venda ou doação deve o Poder Público valer-se da concessão de direito real de uso. São exemplos a Lei estadual de São Paulo n. 6.544/89 (art. 20, § 12), a Lei estadual de Minas Gerais n. 9.444/87 (art. 16, § 39) e a Lei Orgânica do Município de Goiânia art. 42, § 19. É prescrição que não obriga e, por isso mesmo, de pouca

utilização. Se utilizada, sobre evitar a dilapidação do patrimônio público. seria um instrumento auxiliar muito importante na implantação de distritos industriais e de programas habitacionais de interesse social. Para o atendimento de programas habitacionais de interesse social. a Lei federal n. 8.666/ 93 dispensa a realização de licitação para essas outorgas (art. 17. I,f). Também não será exigida a licitação se a outorga desse direito tiver como beneficiário outro órgão ou entidade da Administração Pública (art. 17, § 2).

Essas outorgas podem ser remuneradas ou gratuitas, por prazo certo ou indeterminado, vedada ou não a sua transferência por ato inter vivos ou

mortis causa.

4.4. Cessão de uso

É o ato que consubstancia a transferência do uso de certo bem de um órgão (Secretaria da Fazenda) para outro (Secretaria da Justiça) da mesma pessoa política (União, Estado-Membro e Município), para que este o utilize segundo sua natureza e fim, por tempo certo ou indeterminado. E medida de colaboração entre os órgãos públicos; daí não ser remunerada e dispensar autorização legislativa. Formaliza-se por termo de cessão. Não se confunde com o comodato nem com a permissão, a autorização ou a concessão de uso. Tampouco se confunde com a transferência da responsabilidade patrimonial, em que o bem passa, em caráter definitivo, a ser da responsabilidade do órgão que o recebe. Esclareça-se, no entanto, que não há entre os autores entendimento uniforme quanto ao uso e o regime desse instituto. Na legislação, muitas vezes aparece como sinônimo de transferência do uso. A Lei federal n. 9.636/98, que dispõe sobre a regularização. administração, aforamento e alienação de bens imóveis da União e altera

o Decreto-Lei federal n. 9.760/ 46, usa essa palavra com o significado de transferência de uso. Com efeito, seu art. 18 deixa a critério do Executivo a cessão, gratuita ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei federal n. 9.760/ 46, aos Estados, Municípios e entidades, sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural ou assistencial e a pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional, que mereça tal favor. A cessão é o gênero, em que as espécies são a permissão, a locação e o aforamento. Essas regras, por evidente, somente são aplicáveis à Administração Pública federal. O Estado, o Município e o Distrito Federal podem ter legislação própria a esse respeito. Essa inteligência também é inferida do art. 246 da Constituição paulista, ao vedar a cessão de uso de próprios públicos estaduais para o funcionamento de estabelecimento de ensino privado de qualquer natureza.

728

729

A transferência do uso de uma entidade pública (União, Município) para outra ou para entidade de sua administração indireta (fundação, sociedade de economia mista) ou mesmo para um particular faz-se por permissão. autorização ou concessão.

4.5. Locação e comodato

É muito comum para a transferência do uso de bens públicos a Administração Pública valer-se desses institutos. A locação, nos termos do art. 565 do Código Civil, é o contrato pelo qual uma das partes, o locado,; se obriga a ceder à outra, o locatário, o uso e gozo de uma coisa não fungível mediante certa retribuição. comumente chamada de aluguel. As locações dos imóveis urbanos estão reguladas pela Lei federal n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, chamada Lei das Locações Urbanas. e as locações dos imóveis federais estão disciplinadas pelo Decreto-Lei federal n. 9.760/46. Ainda nos termos do Código Civil, art. 579, o comodato é o contrato pelo qual o comodante, isto é, o proprietário de um imóvel empresta-o gratuita- mente a terceiro, o comodatário. Esses instrumentos, instituídos pelo Direito Privado, não devem ser utilizados pelo Poder Público. Na verdade não há qualquer vedação nesse sentido, e a própria Constituição prevê a utilização do aforamento para terrenos de marinha e acrescidos (art. 49, § 3, do ADCT), mas é possível extrair-se tal proibição de alguns princípios, como é o caso do princípio da indisponibilidade dos bens, direitos e interesses públicos. A razão dessa cautela é simples, pois a Administração Pública ao se valer desses contratos equipara-se ao particular e abre mão de suas prerrogativas. Nesses ajustes inexiste a supremacia do

interesse público que permite à Administração Pública contratante alterá-los e rescindi-los unilateralmente. Tais instrumentos são, portanto, inadequados à formalização de negócios entre a Administração Pública e os administrados, nos quais deve prevalecer, sempre, o interesse da coletividade sobre o do particular. Em tal linha de entendimento, e a esse respeito já falamos, a concessão substitui com vantagem a locação, o comodato e a enfiteuse. A impropriedade da utilização desses institutos foi observada pelo Tribunal de Contas da União no Processo TC-275.208/94-0.

O Decreto-Lei federal n. 9.760/46, que dispõe sobre os bens imóveis da União, prevê e regula o aforamento segundo um regime que destoa do estabelecido pelo Código Civil. Todavia esse regime não incide sobre negócios dessa natureza quando o outorgante é o Estado-Membro, o Distrito Federal ou o Município, que se submetem ao regime da enfiteuse, conforme estatuído nesse código. Para essas entidades e para os particulares. na

qualidade de senhorio ou de enfiteuta. só valem tais regras, salvo, é claro. quando da contratação participar a União. Nessa hipótese vigoram e devem ser observadas as regras do citado decreto-lei. Atente-se, por fim, que legislar sobre enfiteuse é competência da União (art. 22, 1. da CF). não podendo o Estado-Membro. o Distrito Federal ou o Município dispor sobre essa matéria (RDA. 133:202). A locação de bem público da União também está prevista e regulada nesse decreto-lei, embora o regime aí instituído seja o da permissão de uso. Sobre o comodato esse diploma legal nada prescreveu.

V — ALIENAÇÃO

1. A alienabilidade dos bens públicos em geral

O regime dos bens públicos, palidamente enunciado em outra oportunidade, visa protegê-los dos atos de aquisição da propriedade, praticados por terceiros, e a obstar a dilapidação patrimonial, que pode ser levada a efeito por maus agentes públicos, mas não impede que. observadas certas exigências legais, sejam ditos bens alienados. De fato. a alienação dos bens públicos é inferida dos arts. 100 e 101 do Código Civil e expressamente admitida na Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública' 7. Então, como já sustentamos, pode-se assegurar que não há bem público absolutamente inalienável (RDP, 81:194), salvo as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados via ação discriminatória. necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, consoante prescreve o § 5 do art. 225 da Constituição Federal, e as terras indígenas (art. 231. § 4. da CF).

A alienação (venda, permuta, doação) dos bens públicos, seja qual for a espécie, também é prevista por outras leis, a exemplo da Lei federal das Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93), que a subordina à observância dos requisitos que estabelece. Com base nessas leis, a doutrina não tem negado a possibilidade da transferência de domínio, ao afirmar que qualquer bem público pode ser alienado se previamente forem atendidas certas condições. Dentre os administrativistas de maior expressão, defensores desse entendimento, está Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 445), que se manifesta sobre o tema da seguinte maneira:

“Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a

17. Sobre a alienação de bens públicos no regime da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, veja Sérgio Ferraz. RDA. 198:53.

730

731

Administração satisfaça certas condições prévias para a sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública”.

Essa inteligência também é prestigiada por ilustres civilistas, a exemplo de Washington de Barros Monteiro (Curso. cli., 13. ed., 1975, v. 1, p. 154), que assevera: “todo bem público, seja qual for a sua espécie, pode ser alienado, desde que haja autorização legal”. No mesmo sentido, embora referindo-se a bens da União, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao consignar que os bens públicos podem ser alienados se a lei o permitir e segundo ela o permita. O acórdão dessa Corte, estampado na RT, 106:820, prescreve: “Bem público, do domínio da União, somente pode perder a inalienabilidade. que lhe é peculiar, nos casos e forma prescrita pela lei, segundo o art. 67 do Código Civil. Fora desses casos, os bens dessa natureza estão fora do comércio e são insusceptíveis de apropriação, de sorte que a sua posse não pode ser adquirida por particulares”.

A transferência dominial, em suma, será legítima se forem observados os seguintes requisitos: 1) interesse público devidamente justificado; 2) avaliação; 3) autorização legislativa; 4) desafetação, quando for o caso; 5) licitação, salvo as exceções; 6) escritura pública, se não dispensada. e mais os requisitos específicos, se se tratar de alienação por doação ou permuta ou os que certa lei instituir. Observe-se que para a União não é exigida lei autorizadora a cada transferência dominial. Essa autorização é dada por decreto, conforme faculta o art. 195 do Decreto-Lei federal n. 200/67 e alterações posteriores, sem prejuízo das demais exigências. A União também

não necessita de lei autorizadora para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, consoante estabelece o art. 19 do Estatuto federal das Licitações e Contratos Administrativos, desde que haja avaliação, comprovada necessidade ou utilidade pública na alienação e precedência de licitação, ainda que leilão.

Essas regras, de duvidosa constitucionalidade para os demais entes federados, só valem para a União. A alienação de bens de outras entidades da Federação, a cada caso, há de ser precedida de autorização legislativa, segundo, a exemplo de outras, prescreve a Constituição de São Paulo (art. 19.1V). Não pode, portanto, haver uma lei geral. Se assim fosse, o Legislativo estaria delegando a competência de a cada caso examinar a oportunidade e conveniência da alienação. Essa delegação é proibida pelo nosso ordenamento jurídico. Há assim que se ter lei específica dispondo, a cada caso, sobre a alienação de bem público. No mesmo sentido, confira o bem-elaborado parecer de Adilson Abreu Dallarij (RDP, 84:167). Não obstante essa seja a regra, o Congresso Nacional, pela Lei federal n. 5.651/70, autorizou, genericamente, o então Ministério do Exército a vender ou permutar

732

bens imóveis da União. de qualquer natureza. sob sua jurisdição, cuja utilização ou exploração não atendessem às necessidades dessa unidade das Forças Armadas.

O resultado financeiro auferido com a alienação (venda de bens, toma em caso de permuta) não pode ser livremente utilizado pela Administração Pública alienante. como anteriormente se fazia. Com efeito, esse produto financeiro não pode ser utilizado para o financiamento de despesas correntes. salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio. dos servidores públicos (art. 44 da LRF). Com base nesse dispositivo. ensinam Flávio C. de Toledo Junior e Sérgio Ciquera Rossi (Lei de responsabilidade fiscal. 1. ed.. São Paulo, NDJ, 2001, p. 201) que “o dinheiro obtido com a alienação de bens e direitos servirá, a rigor, para realizar investimentos ou amortizar a dívida consolidada, isto é, será despendido em gasto de capital. As variações patrimoniais negativas e positivas, assim, equivaler-se-ão”. Despesas correntes são as destinadas à manutenção dos serviços já criados (educação. saúde). inclusive as voltadas à realização de obras de conservação e adaptação de bens imóveis. Nos termos do art. 98 da Lei federal n. 4.320/64, que institui normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União. dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. dívida fundada ou consolidada é a que compreende os

compromissos do Poder Público de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financiamento de obras e serviços públicos.

2. A alienação dos bens públicos de uso comum e especial

As exigências da legislação pertinente, mesmo integralmente atendidas, só legitimam a transferência patrimonial dos bens dominicais. Não são, portanto, suficientes para validar o trespasse do domínio, se o bem pertencer às categorias dos de uso comum do povo e especial. Aliás, na verdade, só se pode transferir o domínio de bens imóveis pertencentes ao Poder Público quando dominicais. Os bens de uso comum do povo ou os de uso especial são inalienáveis enquanto guardarem essas destinações. É a lição de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 445), apresentada nestes termos:

“O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública, ou seja, destinação pública específica. Exemplificando: uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da

733

destinação originária e trespasado para a categoria de bem dominial, isto é, do patrimônio disponível da Administração”

A transferência da propriedade de bens dessas categorias (uso comum e especial) exige a desafetação do bem a ser transacionado. Enquanto a afetação é a destinação de um bem a uma dada finalidade pública (uso especial ou Comum), a desafetação é a operação inversa, consoante explanado em outra ocasião⁹. Só depois de pertencer a essa categoria

— bens dominicais ou disponíveis — é que podem ser alienados (vendidos, doados, permutados) ou utilizados, na sua integridade, e de modo privativo, por terceiros.

Assim, a alienação de bens de uso comum do povo ou de uso especial só é possível se desafetados das respectivas destinações, e a motivar a transferência patrimonial existir um interesse público devidamente justificado. Ademais, a transação deve ser precedida de avaliação, de autorização legislativa e de concorrência. A necessidade de autorização legislativa já foi prevista no inciso IV do art. 17 da Constituição Federal de 1937 e no Código da Contabilidade Pública (art. 768).

Razões de ordem prática têm permitido que a desafetação e a conseqüente passagem do bem de uso comum ou especial para a categoria dos bens dominicais e a autorização para alienar (vender, doar e permutar) sejam prescritas, juntamente com outras obrigações, na mesma lei. Esse expediente não prejudica a transação. De outro lado, nada impede que venham, a desafetação e a autorização para alienar com as necessárias condições de alienação, consubstanciadas em instrumentos legais diversos. Primeiro uma lei desafetando: depois uma lei autorizando e estabelecendo as condições da alienação.

3. Espécies de alienação

Substancialmente a alienação dos bens públicos pode ser feita por venda e compra, por doação e por permuta. São contratos que observam os requisitos civis e os administrativos que, *mutatis mutandis*, atendem ao mesmo regime jurídico do estabelecido para a aquisição. Sendo assim, remetemos o leitor ao que dissemos sobre cada uma das modalidades de aquisição de bens pela Administração Pública, explanadas no item II deste Capítulo. Aqui, no entanto, examinaremos a incorporação e a retrocessão.

3.1. Incorporação

A Administração Pública, ao instituir uma empresa governamental (empresa pública, sociedade de economia mista), participa de seu patrimônio. Tal participação pode ser em dinheiro ou em bens. Quando em bens, diz-se que há incorporação. Esta tanto pode ser para a constituição do capital como para os aumentos subseqüentes. Com a incorporação dá-se a transferência dominial. É, portanto, a incorporação uma modalidade de alienação de bens públicos. A esse respeito afirma Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 334) que, “ainda que se trate de imóveis, pode ser feita com avaliação prévia e recebimento pela Diretoria, constante de ata que será oportunamente transcrita no registro imobiliário competente, como expressamente permite a Lei de Sociedade por Ações e o Decreto-lei n. 807, de 4-9-1969, tudo, é claro, na conformidade da lei autorizadora e do decreto especificador dos bens a serem transferidos”.

3.2. Retrocessão

O Poder Público expropriante, não mais necessitando do bem desapropriado, deve, nos termos do art. 519 do Código Civil, oferecê-lo ao então expropriado. Se este o aceitar, opera-se a retrocessão⁹. Nesses termos, a retrocessão é uma modalidade de alienação. A nosso ver, não há necessidade de lei autorizadora, já que o Código Civil a

impõe, mas é indispensável a avaliação, pois o pagamento ao Poder Público expropriante há de ser feito segundo o valor atual do bem, que, certamente, poderá ser maior ou menor que o valor expropriatório. Há, também, que ficar devidamente demonstrado o interesse público na não-utilização do bem para os fins que motivaram a expropriação ou em outra finalidade de interesse público, sob pena de desvio de finalidade. Também não há que se exigir concorrência.

VI— BEM PÚBLICO EM ESPÉCIE

Todos os bens públicos guardam genericamente o mesmo regime jurídico. São impenhoráveis, imprescritíveis e inalienáveis, embora sob

18. Veja o item 1. n. 6. supra.

19. Sobre retrocessão, veja o item V do Capítulo XII e a bibliografia indicada em nota de pé de página.

734

735

certas condições legais possam perder tais atributos. Quanto ao uso, dependerá do que estabelecer a legislação da entidade a que pertencem. No entanto, convém que se conheçam, com certos detalhes, alguns desses bens.

1. Terrenos de marinha

1.1. Origem

Ao que tudo indica, os terrenos de marinha^{2º} — ou simplesmente marinhas —, como instituto do Direito, tiveram sua origem na cidade do Rio de Janeiro. Realmente, os primeiros atos públicos que deles cuidaram, datados do século XVII, fazem referências a fatos ocorridos nessa cidade. Por outro lado, juristas e historiadores, ao se referirem a essa espécie de bem público, ligam-na à antiga Rio de Janeiro.

1.2. Finalidade e importância

Depreende-se da leitura da legislação que vigorou no início da efetiva ocupação de nosso território que a finalidade das marinhas estava centrada em quatro aspectos de sua utilização. De fato, eram necessárias para os serviços de embarque e desembarque de coisas públicas ou particulares, para a defesa da cidade e para a obtenção de renda, além de algumas vezes se prestarem para a extração de sal.

A importância dos terrenos de marinha sempre esteve ligada à defesa do território, e isso é até intuitivo. Sendo os terrenos de marinha faixas de terras fronteiriças ao mar, era de interesse preservá-las para a construção de obras ou implantação de serviços necessários à defesa do território, ou, quando não, destiná-las aos serviços do Reino. É o

que previa a Ordem Régia de 21 de outubro de 1710. ao vedar que as terras dadas em sesmarias compreendessem as marinhas, que deveriam estar desimpedidas para qualquer serviço da Coroa e de defesa da terra. Ainda assim, pensava o governo. em 1916 — quando respondeu a um ofício do 1º secretário da Câmara dos Deputados —. sobre a conveniência de serem vendidos os terrenos de marinha. Dizia a resposta que “os terrenos de marinha teem uma função mui 20 Para aprofundar estudo veja Rosita de Sousa Santos. Terras de marinha. Rio de Janeiro. Forense. 1985.

to importante na defesa das costas. construcções de portos e outras obras. não convindo, pois, que o patrimonio nacional deiles se prive definitivamente” (cf. Diário Oficial, 17 set. 1916). Essa mesma orientação governamental é expressada pelo Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933. ao assegurar para o Estado o domínio direto das marinhas, visando à defesa do território nacional.

A importância dos terrenos de marinha transcende esse aspecto na medida em que se prestam para auferir rendas. Com efeito, assegura Themístocles Brandão Cavalcanti (Tratado de direito administrativo. 5. ed.. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964, v. 3, p. 404) que a importância dos terrenos dessa natureza abrange, além do aspecto político ou da defesa do território, o patrimonial. Esses terrenos formam, a par de outros, o domínio público e contribuem para o montante da renda federal, por intermédio dos foros e laudêmios devidos pelos que deles se utilizam. No mesmo sentido confronte-se Maria Sylvia Zanelia Di Pietro (Direito administrativo. cit., p. 463).

Diga-se. Apesar disso, que não são desconhecidas vozes e manifestações contrárias à existência das marinhas. Veja, por exemplo. Paulo Barros de Araújo Lima (A reforma administrativa e os terrenos de marinha. Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, v. 25) e João Alfredo Raymundo e Silva (Terrenos de marinha e seus acrescidos e a administração municipal. RDP. v. 37-8). este propugnando apenas pelo aprimoramento do instituto em benefício dos Municípios onde estão situadas. Esse aprimoramento também foi encarecido pelos participantes do Seminário sobre Ilhas e Terrenos de Marinha, realizado em Ilhabela. em 1977, pela Fundação Prefeito Faria Lima — Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal e Prefeitura Municipal de Ilhabela, mas nada nesse sentido até hoje foi feito.

1.3. Conceito e classificação

Com base no art. 2º e respectivo parágrafo único do Decreto-Lei n. 9.760/46. Celso Antônio Bandeira de Mello² oferece conceito de terrenos de marinha que nos satisfaz.

Para esse autor. os terrenos de marinha “são faixas de terra de 33 metros de profundidade, contados horizontalmente, a

21. Os terrenos de marinha aforados e o poder municipal. RT. 396:22.

736

737

partir da linha do preamar médio 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 marés. entendendose como tal a oscilação periódica em seu nível de águas. em qualquer época do ano, desde que não inferior a 5 centímetros, e decorrentes da ação das marés”

As marinhas podem ser classificadas, em razão da respectiva localização. em: continentais, costeiras e insulares. Continentais são as que estão situadas no interior do continente: costeiras são as localizadas na costa: e insulares são as situadas nas ilhas costeiras e oceânicas Ainda podem ser classificadas, em relação às águas que as banham, em: marítimas,fluviais e lacustres, São marítimas as banhadas pelas águas do mar:

fluviais, as banhadas pelas águas dos rios: e lacustres as banhadas pelas águas dos lagos, quando. nessas duas últimas espécies, as águas sofrerem influência das marés.

1.4. Propriedade

Hoje, sem ter sofrido qualquer modificação, sobre a propriedade dos terrenos de marinha dispõe o art. 20, VII. da Constituição Federal que são bens da União os terrenos de marinha, repetindo, praticamente, o disposto no art. 1. a. do Decreto-Lei n. 9.760/46, que prescreve: “Incluem-se entre os bens imóveis da União” (...) “os terrenos de marinha”.

1.5. Natureza

Os terrenos de marinha são bens dominicais ou disponíveis que integram o patrimônio da União. No mesmo sentido é a lição de Maria Sylvia Zanelia Di Pietro (Direito administrativo, cit., p. 463). Não são bens de uso comum do povo porque não podem ser usados indistintamente por qualquer administrado. Quando consentido, seu uso, sobre ser exclusivo, é remunerado. Essas características não se coadunam com aquelas dos bens de uso comum do povo. Também não são bens de uso especial, pois não estão afetados, em tese, ao serviço público. Nem mesmo a sua destinação primeira (defesa das cidades) os coloca entre os bens de uso especial. Ademais, a segurança do território não está diretamente ligada a esses bens. A simples existência deles, mesmo

que considerada a localização para a defesa de nosso território, não autoriza afirmar pertençam à espécie dos bens de uso especial. Certamente outros, que não de marinha, em razão da localização, são importantes para a defesa e segu⁷³⁸

rança do nosso país, mas nem por isso são considerados de uso especial. Por fim, diga-se que o art. 11 do Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), expressamente lhes outorga a natureza de bens dominicais.

1.6. Demarcação

Se a profundidade das marinhas (33 metros ou 15 braças) não variou com o tempo, o mesmo não se pode dizer da fixação do ponto ou linha inicial da contagem desses metros para o interior do continente. A linha da qual são contados os trinta e três metros, ou as antigas quinze braças, foi definida pela primeira vez no Aviso Imperial de abril de 1826, cuja data completa não se sabe ao certo. Por esse aviso tal metragem era contada, terra adentro, a partir da linha do bater do mar nas águas vivas.

Pelas Instruções da Fazenda, datadas de 14 de novembro de 1832, a contagem das quinze braças partia da linha da preamar média, nos termos do seu art. 42. Esse critério foi reafirmado pela Ordem de 12 de julho de 1833, do presidente do Tribunal do Tesouro Público, e assim permaneceu até o advento do Decreto n. 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, que fixou o lugar ao tempo da execução da Lei de 15 de novembro de 1831, i. e., a linha da preamar (maré alta) média, registrada nesse ano, como termo inicial dos trinta e três metros ou quinze braças.

Nenhuma modificação, nesse particular, ocorreu até a vigência do Decreto-Lei n. 4.120, de 21 de fevereiro de 1942. Esse diploma legal fixou o início dos trinta e três metros na linha da preamar máxima atual. Modificou-se. Assim, substancialmente, a sistemática da demarcação das marinhas. “Não mais vigoraria o preamar de 1831, mas o de 1942, não mais o preamar médio de 1831, mas o preamar máximo de 1942”, afirma Themístocles Brandão Cavalcanti (Tratado, cit., v. 3, p. 408).

Em 1946, retomou-se a tradição, que perdurou por mais de um século, de 1831 a 1942. De fato, nesse ano começa a vigorar o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro. Esse diploma legal, ainda vigente, em seu art. 22 esclarece que é a linha da preamar média de 1831 o termo inicial da contagem dos trinta e três metros que constituem os terrenos de marinha. Essa alteração foi justificada por Messias Junqueira, então procurador-chefe do Patrimônio Imobiliário do Estado de São Paulo (cf. RDA, 6:366), ao dizer que, “como o assunto envolve antecipações prováveis e possíveis invasões da

propriedade imóvel particular, confrontante com as marinhas, preferiu o projeto, a ser acoimado de inconstitucional, voltar à regra tradicional que

739

1.8. Administração

definiu os terrenos de marinha como sendo aqueles situados em uma profundidade de 33 metros. medidos para a parte de terra, da posição em que passava a linha do preamar médio de 1831”.

1.7. A linha do jundu

Mesmo com o retorno à preamar média de 1831 e com mais de cinquenta anos de vigência do Decreto-Lei n. 9.760/46. a Secretaria do Patrimônio da União — SPU não demarcou. como lhe cabia, em razão do disposto no art. 92 desse diploma legal. todos os terrenos de marinha. É bem verdade que esse decreto-lei em nenhum momento fixou prazo para tal demarcação. A fixação dessa linha em qualquer momento, presente ou futuro. se observados os critérios de fixação, pode ser tardia. mas não ilegal.

Em razão da falta de demarcação. o Judiciário, os particulares e os órgãos públicos, inclusive a SPU. têm aceito outro critério, diferente do previsto no Decreto-Lei n. 9.760/46, para determinar a linha que separa as marinhas das terras particulares. Substituem os peritos a linha da preamar média de 1831 pela linha do jundu. caracterizada pelo início de uma vegetação (jundu). sempre existente além das praias e para o interior das terras que com elas confinam.

O critério, a nosso ver, embora resolva na prática os problemas decorrentes da falta da demarcação oficial da faixa dos trinta e três metros. ressente-se de legalidade. A aceitação, pelo Judiciário e pela SPU, não o torna legal. Por ele. não se atende ao prescrito no art. 22 do Decreto-Lei n. 9.760/46. que exige sejam os trinta e três metros contados da linha da preamar média de 1831. e desconhece-se, por conseguinte, que os requisitos legais para a sua determinação são os registrados no art. 10. Estes são os únicos válidos.

Observe-se que. na demarcação das marinhas, atua a SPU, sem que. de regra. seja provocada. Destarte, ao executar suas atribuições, mesmo que não provocada, não extravasa sua competência. Nesse sentido já decidiu o STF. ao examinar o Recurso Extraordinário n. 66.225 (ES). Essa atuação privativa não impede que. nos termos do art. 11 desse decreto-lei. os interessados prestigiem o trabalho de levantamento da linha da preamar média de 1831. oferecendo plantas, documentos e outros dados elucidativos. Tal participação é recomendada e. se oferecida. deve ser aceita pela SPU. Ao ocupante

do terreno de marinha, no entanto. falece legitimidade para intentar ação demarcatória (RDP. 17:176).

Os terrenos de marinha, bens patrimoniais da União, estão sob a administração da SPU, órgão do Ministério da Fazenda. A SPU cabe manter constante vigilância sobre as marinhas, cuidando para que não sejam irregularmente ocupadas. e aforá-las aos interessados, observadas as exigências legais. Cabe-lhe indicar o foro e a taxa de ocupação.

Ainda é competência da SPU a demarcação das marinhas segundo o procedimento prescrito nos arts. 92 a 14 do Decreto-Lei n. 9.760/46. Na fixação dessa linha, não pode usar ou aceitar outros. sob pena de ilegalidade, ainda que o Judiciário, a nosso ver erroneamente, tenha aceito outro procedimento demarcatório. como o da linha do jundu (RT, 330:257).

1.9. Terrenos de marinha não se confundem com terrenos acrescidos, reservados e de mangue

Os terrenos de marinha não se confundem com os acrescidos. os reservados e os de mangue. salvo pela unicidade do domínio, pois todos pertencem à União. Terrenos acrescidos são os definidos, pelo art. 32 do Decreto-Lei n. 9,760/46. como os que se formaram. natural ou artificialmente. para o lado do mar ou dos rios e lagos. em seguimento aos terrenos de marinha. Esses terrenos já haviam sido assim definidos pelo art. 12 do Decreto-Lei n. 4.105. de 1868. São os que se formam ao lado das marinhas, as quais não de existir para que existam aqueles. Esses acrescentamentos não desnaturam as marinhas, e, o que é mais importante. a existência dos acrescidos não desloca a linha da preamar média de 1831.

Também não se confundem as marinhas com os terrenos reservados. definidos pelo art. 42 do mesmo diploma legal. Os terrenos reservados são os banhados por correntes navegáveis, fora do alcance das marés, que vão até a distância de quinze metros, contados horizontalmente, para a parte da terra, a partir da linha média das enchentes ordinárias.

Por fim. os terrenos de marinha são diferentes dos de mangue. que são terras alagadiças onde se desenvolvem árvores conhecidas por mangue. origem da designação desses terrenos. As marinhas são terras secas. enquanto as de mangue. não. As marinhas têm largura ou profundidade certa e determinada por lei; já os mangues não.

1.10. Utilização e formas

A utilização dos bens imóveis da União por terceiros. segundo prescreve o art. 64 do Decreto-Lei n. 9.760/46, pode ser feita mediante locação.

740

741

lorainento e cessão. quando não empregados no serviço público. Assim corre com os terrenos de marinha. Além dessas formas de utilização. ou:ras podem servir para os mesmos fins, a exemplo da ocupação. disciplina-la pelo referido decreto-lei, no que não foi modificado pelo Decreto-Lei n. [561. de 18 de julho de 1977.

Com o regime que lhe imprimiu o Decreto-Lei n. 9.760/46. a locação na verdade, uma permissão. De fato. o art. 87 desse diploma legal. ao statuir que a locação se fará mediante contrato que não se sujeita às leis vigentes e a ela concementes. está a indicar que de locação não se trata. Rege-se essa locação pelos arts. 86 a 90, que expressam. nitidamente. o regime da permissão de uso de bens públicos. Aliás, essa impropriedade já fora apontada por Celso Antônio Bandeira de Mello²². fazendo coro aos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles. Afirma aquele autor que “melhor teria dito o texto. se falasse em permissão”: “conforme prevê o art. 87, a locação de imóveis da União se fará mediante contrato, não ficando sujeita a disposições de outras leis concernentes à locação”, e. mais adiante. “em rigor, não se trata de contrato. e menos ainda da figura da locação civil”.

A cessão de uso dos bens imóveis da União está regulada pela Lei federal n. 9.636/98. que dispõe sobre a regularização, administração. aforamento e alienação de bens imóveis da União e altera dispositivos do Decreto-lei federal n. 9.760/46, pois foram revogados os arts. 125 e 126 deste decreto que cuidavam dessa matéria. A cessão. segundo o art. 18. será procedida por qualquer dos regimes de utilização previstos no Decreto-Lei n. 9.760/46. mediante locação e aforamento portanto, Não sendo aforamento. será locação. Nessa hipótese a locação terá o regime. como já foi mencionado. de permissão de uso. Destarte, o regime jurídico da cessão. nesse diploma, é o da permissão de uso de bem público. Apesar disso, distingue-se da locação porque só são cedidos, gratuitamente ou mediante condições. os bens da União, aos Estados. aos Municípios. a entidades educacionais. culturais ou de assistência social. ou para pessoas físicas ou jurídicas. em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional. consoante estabelece o art. 18 dessa lei. Fora dessas hipóteses, é vedada, O mesmo não acontece com a locação. Loca-se o bem a quem por ele se interessar, se vencedor do procedimento licitatório — que é

obrigatório, por força do art. 73 do referido decreto-lei. salvo as hipóteses dos incisos I e II do art. 86. tam 22 Os terrenos de marinha.... RT. cit.. p. 24.

bém desse diploma legal. A cessão de uso de que trata o art. 18 da Lei n. 9.636/98 pode ser. nos termos do seu § 1, formalizada mediante concessão de direito real de uso. O espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e qualquer corrente de água, de vazantes, da plataforma continental e outros bens da União. insuscetíveis de transferência de direitos reais a terceiros, poderão ser objeto de cessão de uso.

Quanto à ocupação, está ela disciplinada pelo art. 127 usque 132 do aludido Decreto-Lei n. 9.760/46 no que não foi modificado pelo Decreto- Lei n. 1.561/77 e pela Lei federal n. 9.636/98. Esta lei autoriza o Poder Executivo, por intermédio da SPU, a identificar, demarcar, cadastrar, registrar as ocupações e promover a utilização ordenada dos bens imóveis da União. O Decreto-Lei federal n. 1.561/77 e a Lei federal n. 9.636/98. a nosso ver, acabaram por instituir e impor à Administração Federal a obrigatoriedade de rever todas as ocupações e proceder à regularização das em desacordo com a lei. mediante a adoção dos instrumento de trespasse de uso: locação. aforamento. cessão. concessão de direito real de uso, conforme o caso. Essa obrigatoriedade não assegura aos ocupantes qualquer direito à ocupação nem indenização por benfeitorias, salvo as hipóteses que especifica. Ademais, pode a inscrição ser cancelada a qualquer tempo, reintegrando-se a União na posse do bem. Aí, portanto, está. no estilo tradicional, a adoção da permissão de uso.

Não cremos que a União possa valer-se do instituto da concessão de uso, conforme tratado pela doutrina, para outorgar a alguém o uso de seus bens quando não utilizados a seu serviço, dado que o Decreto-Lei federal n. 9.760/46. Ôom suas posteriores modificações. indica quando e como os bens imóveis da União podem ter seu uso trespasado a terceiros. Essa indicação é taxativa, não podendo a União. assim, buscar outro instituto para esse trespasse. salvo quando lei específica autorizá-la. Nesses casos, a União. movida por um interesse público, transfere. mediante condições e atendidas as exigências legais, por ato bilateral. o uso de um bem que lhe pertence. Também não lhe cabe usar a permissão de uso para transferir a terceiros o uso de seus bens consoante o regime dado a esse instituto pela doutrina. Sua utilização, no entanto. está permitida nos termos e condições do art. 22 da Lei federal n. 9.636/98, salvo, evidentemente, se previamente lhe for facultado em lei específica. Nesses casos. mediante a permissão de uso. a União. movida por um interesse público, transfere, sob

condição, por ato administrativo, o uso de um bem de sua propriedade a quem para isso tenha demonstrado interesse.

742

743

Todas essas formas de transferência do uso desses terrenos para terceiros exigem, em tese, prévio procedimento licitatório.

1.11. Aforamento administrativo

É o nome que se atribui à espécie de aforamento instituído e disciplinado pelo Decreto-Lei federal n. 9.760/46, nos arts. 99 a 123, observadas as alterações posteriores, inclusive as trazidas pela Lei federal n. 9.636/98, como modo de se conferir a alguém poderes inerentes ao domínio. Por ser espécie, não se confunde com a enfiteuse então disciplinada pelo Código Civil de 1916. Até no nome são diferentes. Para o anterior Código Civil era enfiteuse, para esse decreto-lei é aforamento, embora essas expressões sejam consideradas pela doutrina como sinônimas. As alterações introduzidas no tradicional instituto do Direito Privado, pelo citado decreto-lei, se não chegam a descaracterizá-lo, imprimem-lhe particularidades que o elevam à categoria de modalidade de enfiteuse. É a lição de Orlando Gomes (Direitos reais, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 419). Essa modalidade, para nós, é aforamento administrativo, enquanto a tradicional é aforamento civil. Assim, se o instituto para o trespasse do uso de terreno de marinha foro aforamento, este deverá ser o administrativo, não se aplicando o aforamento civil²³.

O aforamento administrativo é caracterizado pelas seguintes notas: a) foro igual a 0.6%, calculado sobre o domínio pleno (art. 101); b) o laudêmio de 5% sobre o valor do domínio pleno e benfeitorias (art. 201, § 12); c) o resgate não é direito do foreiro, podendo a União aceitar ou indeferir o pedido; d) os direitos do enfiteuta não são transferíveis a terceiros, exigindo-se, pois, a prévia licença do SPU; e) os débitos relativos a foros e Laudêmios são cobráveis executivamente, pois são dívida ativa da União, entre outras.

Embora pareça ser desejo da Constituição Federal (art. 49 e parágrafo do ADCT) a extinção do aforamento incidente sobre imóveis urbanos, a que “lei disporá sobre o instituto da enfiteuse”, na medida em que facultou aos foreiros, no caso de extinção, a remição dos emprazamentos existentes mediante a aquisição do domínio direto, consoante o disposto nos respectivos contratos, sua utilização ainda ocorrerá em relação

aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da linha marítima.

744

23. Veja RT. 735:235.

1.12. Resgate das marinhas aforadas

O resgate dos terrenos da União, dados em aforamento segundo o regime prescrito pelo Decreto-Lei n. 9.760/46, ao contrário de ser defeso, é permitido expressamente nos arts. 103 e 122, sob a denominação de remição, embora erroneamente grafada. A expressão (remição), escrita com “ss”, sobre significar perdoar, dá-nos uma idéia incompatível com o sentido lógico e literal do texto. Essa impropriedade já fora anotada por Clenício da Silva Duarte (Estudos de direito administrativo, Rio de Janeiro, 1965, v. 2, p. 93).

Se assim é, cabe saber se ao regime do resgate previsto nessas duas regras do citado diploma legal também se subsumem os terrenos de marinha. Alguns autores, a exemplo de Clenício da Silva Duarte (Estudos, cit., p. 93) e Oswaldo A. Bandeira de Mello (Enfiteuse, RF, 204:52), entendem que não. Outros, capitaneados por Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴, em posição frontalmente oposta, acham perfeitamente possível operar-se o resgate. Sigamos o seu raciocínio, que nos parece o mais acertado.

O resgate, sob a forma de remição, foi acolhido pelo citado decreto-lei, sem qualquer restrição, nos arts. 103 e 122. É o título outorgado pela União ao foreiro, que, encontrando-se nas situações previstas, consolida a seu favor o domínio pleno da propriedade emprazada. Ademais, o art. 198 desse mesmo estatuto, ao acolher as pretensões sobre o domínio pleno dos terrenos de marinha, fundadas em títulos outorgados na forma desse mesmo estatuto, admitiu o resgate, por ser esse um dos referidos títulos de aquisição da propriedade. Por fim, arremata Celso Antônio Bandeira de Mello, nessa passagem do citado trabalho, que a transferência dos terrenos de marinha para particulares. Estado ou Município não repugna, “porquanto desde a constituição da enfiteuse já não dispõe mais a União de domínio útil e não pode, pois, sob o título de proprietário, com simples domínio direto, utilizá-los na defesa da costa. e se as aforou foi por entender que ditas áreas não eram requeridas para a defesa da terra”.

Processa-se o resgate quando a União entender que não persistem mais as razões que orientaram o emprazamento e facultar ao foreiro a remição. Assim, depois de notificado para tal fim, pagará o foreiro a importância de 17% sobre o valor do domínio pleno do terreno (art. 103). Esse direito só pode ser exercitado após dez anos de

vigência do aforamento. embora sobre isso nada tenha estabelecido o Decreto-Lei n. 9.760/46. Aco 24 Os terrenos de marinha.... RT. cit.. p. 29.

745

lhemos, pois. a exegese apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello. no trabalho citado, que entende valer para a hipótese o mesmo prazo do art. 693 do Código Civil de 1916. dado que qualquer outro menor que este poderia ensejar fraude.

O instituto do resgate, apresentado nessa breve síntese, pode ser aproveitado pelo Município que for foreiro da União. nos termos do pré-falado decreto-lei.

1.1 3. Extinção do aforamento administrativo

A extinção do aforamento administrativo de terrenos de marinha só pode ocorrer: “a) por inadimplemento de cláusula contratual: b) por acordo entre as partes; c) quando não estiverem sendo utilizadas apropriadamente pelo fato de não serem mais. a critério do governo, necessárias a concessionários de serviços públicos: d) quando não estiverem sendo utilizadas apropriadamente por pescadores ou colônias de pescadores que se hajam obrigado a manter estabelecimento de pesca ou indústria de pesca, ou indústria correlata: e) pelo comisso. sem revigoração do aforamento”. segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵, que as considera hipóteses de rescisão do aforamento. Acrescentamos nós que o aforamento se extingue também pelo desaparecimento do bem enfitêutico, pela renúncia e pelo resgate.

Em quase todos esses casos. há consolidação do domínio em favor da União. Ocorrida a consolidação. a União deverá pagar. a esse título, ao foreiro. o valor da propriedade plena menos o equivalente a vinte foros e um laudêmio. sempre que a extinção não tiver como causa uma infração do foreiro a dever legal ou contratual, ou a insubsistência do motivo legal do aforamento. Alerta-se. ainda, que. sob pena de descaracterizar a perpetuidade do aforamento. a utilização irregular dos terrenos de marinha pelo foreiro precisa ser comprovada. Cabe à União demonstrar que a utilização das marinhas está sendo feita pelo foreiro de modo irregular. Por último. diga-se que a aplicação da pena de comisso depende de sentença (STF. Súmula 169).

1.14. Preferência municipal ou estadual

A SPU pode. nos termos do art. 99 do Decreto-Lei n. 9.760/46. aforar os terrenos de marinha, mediante autorização do Presidente da República.

25. Os terrenos de marinha.... RT. cjt.. p. 31.

ou expressa disposição legal. a qualquer pessoa física ou jurídica. podendo esta ser pública ou privada. Para tanto, sob pena de nulidade do ato. deve Ouvir o Ministério

da Defesa, pois os Ministérios da Marinha, Exército e Aeronáutica foram extintos e estes, conforme preceitua a alínea a do art. 100 desse diploma legal, deveriam ser ouvidos. A nosso ver, deve, ainda, a SPU ouvir o Conselho de Defesa Nacional, pois, nos termos do art. 91 da Constituição da República, cabe-lhe propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira (1, III). Em outras situações, indicadas nas demais alíneas, deve ser ouvido esse colegiado, observando-se o disposto nos vários parágrafos do art. 100 desse decreto-lei.

Para o aforamento de terrenos de marinha a SPU, além desses requisitos, deve observar o direito de preferência dos titulares que se enquadram nas hipóteses arroladas no art. 105 do Decreto-Lei federal n. 9.760/46, os quais não expressam outra coisa senão hipóteses de inexigibilidade de licitação. Fora dessas e outras hipóteses legais, a utilização desses bens por terceiros depende de licitação. Assim, o particular, o Estado-Membro ou o Municípios se enquadrados numa das hipóteses do art. 105, têm assegurado esse direito, isto é, o aforamento de terreno de marinha. Observe-se que Municípios e Estados-Membros são tratados tal qual o particular. Nenhuma preferência é atribuída a essas pessoas políticas pelo decreto-lei em apreço. Não têm eles, pelo simples fato de serem Estados Federados e Municípios, qualquer preferência.

Além dessa preferência normal, reconhecida a favor de Estados e Municípios, outra pode ser inferida do disposto no inciso II do art. 105. É a lição do sempre citado Celso Antônio Bandeira de Mello, que nesta oportunidade seguimos em parte e atentos às modificações introduzidas no Decreto-Lei federal n. 9.760/46. O inciso II dá preferência, para fins de aforamento, aos que se encontram na posse das marinhas em razão de títulos municipais ou estaduais. Se é assim, maior preferência não de ter essas entidades, já que, para assegurar direitos alheios, podiam expedir títulos reconhecidos pela União como capazes de estabelecer a preferência. Se, em vez de outorgarem a terceiros o domínio útil desses bens, optaram, em razão de um interesse público pela ocupação, a preempção pelo aforamento há de ser aceita pela União. Destarte, entre dois pedidos nessas condições

— um do Município e outro do particular —, o aforamento deve ser acordado com o Município. Mais difícil será a solução se a preferência for simultaneamente pleiteada por Estado-Membro e Município. Entendemos que deverá ser o aforamento pactuado com o Município se seus interesses.

confrontados com os do Estado, forem preponderantes: caso contrário, a preferência será do Estado-Membro.

Por derradeiro. não vemos na regra do inciso VII do art. 105 qualquer indício que pudesse dar preferência ao Município pelo fato de ter realizado obras ou serviços que valorizaram os terrenos de marinha. Essas obras. se realizadas, certamente não o foram nas marinhas. O Decreto-Lei n. 9.760/46. nessa disposição. exige que a marinha tenha benfeitorias realizadas antenormente a 1940. Devem, por conseguinte, estar no terreno. A valorização há de ter ocorrido em razão de obra municipal executada diretamente sobre a marinha. Ademais. o Município. nessa hipótese, nem a posse tinha: logo, não há como pleitear a preferência.

1.15. Interesses municipais sobre as marinhas

Situados os terrenos de marinha em território municipal. é curial que sobre eles incida a legislação local. A ação política do Município alcança qualquer pessoa ou coisa que esteja no interior de sua área de competência. ressalvadas as vedações constitucionais. A proteção que os bens públicos recebem do ordenamento jurídico não pode entravar a realização dos interesses a cargo do Estado e. no caso, especialmente. do Município. Donde a sujeição das marinhas à legislação edilícia. tri butá ria. urbanística e de uso do solo vigente no Município em que estão localizadas.

A edificação nos terrenos de marinha há de obedecer à legislação municipal, quer seja promovida por foreiros da União, quer por ela própria. O interessado em edificar nas marinhas ou em outros bens da União ou do Estado-Membro há de seguir integralmente a legislação local. Nenhum privilégio tem o foreiro por ocupar as marinhas, e, se sobre elas pretender edificar. há de submeter-se às regras municipais. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao examinar o Agravo de Petição n. 22.168. de Tramandaí. Afirmou essa Corte que, por se tratar de “terrenos de marinha em área urbana, as construções e atividades civis neles realizadas ficam sujeitas à regulamentação e ao poder de polícia municipais” (cf. RDP. 31:152).

Nem a União — se pretender edificar nas marinhas ou em outro de seus bens — escapa às imposições municipais, já que. em tese. a seu favor não militam excludentes. Por fim, diga-se que a União teria, nesse aspecto. autolimitado seus privilégios, se existissem em relação à competência municipal. De fato. pela Lei federal n. 125. de 3 de dezembro de 1935. ainda em vigor, apesar da inconstitucionalidade de algumas de suas

regras. a União está obrigada a projetar seus edifícios com observância das normas esta-

duais e municipais. Se não há por que excluir a União da incidência das regras municipais de edificação, com redobrada razão não há por que delas se retirar o foreiro quando nas marinhas pretender edificar. A irregularidade da construção implicará embargos e outras sanções.

Certamente, não se submetem à legislação edilícia municipal os edifícios especiais. a exemplo dos fortes, quartéis, portos e aeroportos, necessários aos serviços de segurança ilacional e a cargo da União. Sobre essas construções não atua o poder de polícia municipal ou estadual. Embora seja assim, cremos que os órgãos responsáveis por construções dessa natureza devem comunicar a intenção de construir e a data provável do início da obra e outros dados gerais, a fim de que possa o Município conhecê-la, sob pena de embargá-la.

No que respeita à tributação sobre construções erguidas por foreiros ou ocupantes das marinhas, incide o imposto predial urbano. As construções sobre esses terrenos são dos respectivos foreiros, quase sempre particulares: sendo Assim, sobre elas caem as imposições fiscais, porque não se está tributando bem da União. Também é devido pelo foreiro particular o imposto territorial urbano, pois, tendo a União transferido o domínio útil. não cabe falar em imunidade esta só alcança os bens da União enquanto não aforados. É esse entendimento aceito pela doutrina²⁶ e pela jurisprudência 2, quando outro era o regime constitucional-tributário. Apesar disso, essas decisões estão afinadas com o atual regime fiscal.

Diga-se ainda que. nos termos do art. 32 do Código Tributário Nacional, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana tem, entre outros, como fato gerador. o domínio útil (aforamento) ou a posse (ocupação) de bem imóvel. O art. 34 desse mesmo Código, por sua vez, elege como contribuinte desse imposto, entre outros, o detentor do domínio útil (foreiro).

No que tange ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza — ISS, cabe ao Município impô-lo ao foreiro ou ocupante de terrenos de marinha. Se o foreiro realizar serviços sujeitos a esse tributo. não há de ser sua condição de detentor do domínio útil motivo para retirá-lo da incidência do ISS. Ademais, é tributo devido em razão do serviço, desvinculado de qualquer relação com a propriedade do local onde é prestado. Ao foreiro cabe a responsabilidade pela contribuição de melhoria. De fato, se o Município realizar obras que valorizem o domínio útil dos terrenos de marinha, ao

26. Confronte Celso Antônio Bandeira de Meio. Os terrenos de marinha.... RT. cit., p. 28.

27. Veja RT. 136:601; RDA. 60:74 e 75:71.

748

749

foreiro cabe satisfazer a imposição fiscal na proporção da mais-valia recebida. Em relação às taxas. nenhuma dúvida pode existir de que, por elas. responde o foreiro de marinhas, como também responderia a União ou o Estado se dessem causa à sua incidência: são devidas pelo foreiro ou ocupante em razão dos serviços prestados. ou do poder de polícia exercido pelo Município. Quanto às tarifas, também não pode haver qualquer óbice:

são devidas pelo foreiro particular ou público sempre que o Município lhe prestar algum serviço remunerado por esse sistema.

No que concerne às atividades realizadas no interior das marinhas pelos foreiros ou ocupantes. também incidem as normas municipais. O exercício do poder de polícia alcança todo o território municipal, e. conseqüentemente. todas as atividades que nele se realizam estão sob seu controle e fiscalização permanentes. inclusive as que porventura são desenvolvidas no interior das marinhas. É a orientação de nossos Tribunais (RDP. 31:152).

Em relação aos aspectos urbanísticos, pode-se afirmar que não gozam as marinhas de tratamento diferenciado; as edificações nesses bens devem guardar os recuos, os gabaritos de altura e ocupação: devem, enfim. acompanhar as diretrizes e normas municipais que visam a dotar a cidade de características estéticas uniformes. Até no que concerne aos loteamentos nelas implantados. devem atender às normas impostas pela municipalidade. Quanto a essa espécie de parcelamento. cabe indagar se, depois de registrado no Cartório Imobiliário, as ruas e praças passam para o domínio municipal. A nosso ver, não. Embora a Lei de Parcelamento do Uso do Solo (Lei federal n. 6.766/79) expressamente declare que, com a inscrição, as áreas das ruas, praças e outras ditas livres passam a pertencer ao Município, não cremos que isso ocorra quando o loteamento abranger terrenos de marinha. A transferência só se dá quando alguém voluntariamente se propõe a parcelar gleba de sua propriedade. O foreiro não tem a propriedade plena das marinhas. Assim, em relação a essas áreas. há uma automática substituição do foreiro, i. e., com a inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, o foreiro passa a ser o Município. Deixa de ser foreiro o loteador, para o ser o Município.

Em relação aos lotes, só é transferido o domínio útil, atendidas as exigências da SPU. Por fim, diga-se que o Decreto-Lei n. 7.937, de 5 de setembro de 1945, ainda em vigor, dispõe sobre outros aspectos dos loteamentos em marinhas.

1.16. Desapropriação do domínio útil

Os terrenos de marinha podem interessar de perto ao Município, que, se não aforados, pode obter junto à SPU o respectivo emprazamento. O

interesse municipal pode estar ligado, por exemplo, a um plano de urbanização que envolva as marinhas. Se estas não estiverem aforadas, cabe ao Município solicitar o aforamento sem maiores preocupações.

A preocupação surge quando a marinha compreendida na urbanização está aforada. Nessa hipótese, tem o foreiro assegurado seu direito, e só a desapropriação pode satisfazer aos interesses locais. Resta, então, saber se pode o Município desapropriar os direitos do foreiro, i. e., desapropriar o domínio útil que a União lhe cedeu. A nosso ver, essa expropriação não encontra qualquer obstáculo. O domínio útil obtido perpetuamente pelo foreiro é um bem suscetível de valoração econômica e, sendo assim, pode ser desapropriado. Todos os bens podem ser expropriados. É o que estabelece o art. 22 do Decreto-Lei n. 3.365/41 (Lei da Desapropriação): “Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”. Esse diploma legal não faz restrição à desapropriação do domínio útil ou dos direitos do foreiro, seguindo-se daí a possibilidade expropriatória por quem quer que seja que tenha interesse nesse domínio^{2S}. A expropriação independe de qualquer assentimento da SPU. Aliás, desde a revogação dos arts. 102 e 112 do Decreto-Lei n. 9.760/46 não é mais exigida qualquer prévia manifestação da SPU para a transferência do emprazamento. Desse modo, pode-se afirmar, com mais razão, que descabe qualquer prévia anuência dessa Secretaria Federal no caso de desapropriação.

O STF, na vigência dos arts. 102 e 112 desse decreto-lei, contrariando a doutrina da época, entendeu ser necessária a oitiva do órgão federal competente, hoje a SPU. Com essa inteligência, essa Corte reformou a decisão da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, que entendera lícita a desapropriação do domínio útil do foreiro de marinha (RDA, 58:227), tal como assim já entendera o TFR (RDA, 79:212).

2. Terrenos reservados ou terrenos marginais

O art. 39 da Lei imperial de 26 de setembro de 1807, que “fixa a despesa e orça a geral receita do Império para os exercícios de 1867-68 e 1868-69”, estabeleceu que “Fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, salvo as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das

28. Confronte RDA. 79:212 e RT. 443:230.

750

751

enchentes ordinárias para o interior, e o governo autorizado para concedê-las em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos de marinha”. O Código de Aguas (Dec. federal n. 24.643. de 10-7-1934), por sua vez, praticamente repetiu. no seu art. 14. esse conceito, ao dispor que “Os terrenos reservados são os que. banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés. vão até a distância de 15 metros para a parte de terra contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias”, enquanto o Decreto-Lei n. 9.760/46, chamado Lei de Terras e Bens da União, determinou que “São terrenos marginais os que banhados pelas correntes navegáveis. fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 (quinze) metros, medidos horizontalmente para a parte da terra contados desde a linha média das enchentes ordinárias”. À vista desses conceitos, resta indubitável que terrenos reservados e terrenos marginais são expressões sinônimas.

Essas faixas de terras são de propriedade da União se marginais aos “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”, dado que margens externas desses bens que. indubitavelmente. são da União, conforme deixa claro o art. 20, III, da Constituição Federal. Esse dispositivo acabou, a nosso ver, com a grande divergência que existia, notadamente entre os autores. sobre o domínio público ou privado dessas faixas e consolidou o domínio público sobre esses bens, como defendido pela maioria dos autores e decidido pela maior parte dos julgados. Não se pode, assim, dizer que nesse particular a Constituição da República promoveu uma expropriação confiscatória. Para uns, essas faixas pertenciam à Administração Pública, portanto insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização (Súmula 479 do STF); para outros, eram de propriedade particular, embora sobre elas incidisse uma servidão, de sorte que se desejadas pela Administração Pública deviam ser indenizados seus proprietários.

Ainda são da União os terrenos marginais aos rios navegáveis situados nos territórios e os localizados na faixa de fronteira, por força do disposto no art. 1, b e c, do Decreto-Lei federal n. 9.760/46, combinado com o art. 20, 1, primeira parte, da Constituição Federal. Os demais terrenos marginais pertencem, nos termos do art. 31 do Código de Águas, aos Estados-Membros se a justo título não forem do domínio federal, municipal ou particular.

Os terrenos reservados ou terrenos marginais, se não destinados ao uso comum ou se não forem de particulares a justo título, são bens dominicais, consoante estabelece o art. 11 do Código de Águas. Sua natureza é, pois, de bem público dominical.

A finalidade dessas faixas é proteger as águas e possibilitar a realização de obras e serviços públicos pela Administração Pública, no “interesse de sua melhor utilização, no aproveitamento das suas riquezas e no seu policiamento”, conforme se pode inferir dos arts. 11 e 12 do Código de Águas. Não se destinam, pois, ao trânsito ou à utilização dos particulares. A reserva é feita, precipuamente, em favor da Administração Pública e segundo esses interesses.

Esses terrenos diferem dos de marinha posto que estão fora do alcance das marés, conforme indicado nas definições oferecidas pela legislação citada anteriormente. De sorte que se estiverem sob a influência das marés serão terrenos de marinha, não reservados, ainda que dotados de menor largura.

3. Terrenos acrescidos

Os terrenos acrescidos são os formados com terra trazida pelas águas fluviais (rios, lagos) ou marítimas. Quando formados em continuação aos terrenos de marinha para o lado do mar ou dos rios e lagos são chamados terrenos acrescidos de marinha. Estes são definidos, pelo art. 39 do Decreto-Lei federal n. 9.760/46, como “os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagos, em seguimento aos terrenos de marinha”.

Esses terrenos formados em seguimento aos terrenos de marinha são de propriedade da União, conforme estabelece o art. 20, VII, da Constituição Federal. Se formados em continuidade aos terrenos reservados ou marginais, são do domínio federal se situados nos “lagos, rios e quaisquer correntes de água em terreno 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”, visto que os terrenos reservados pertencem à União. Os demais são de propriedade dos Estados-Membros se, a justo título, não forem do domínio federal, municipal ou particular os terrenos reservados a que se formarem.

Os terrenos acrescidos seguem a natureza dos terrenos de marinha ou dos terrenos reservados. Destarte, são dominicais se formados em seguida aos de marinha. Assim também serão os acrescidos aos terrenos reservados se estes não forem destinados ao uso comum ou se não forem de particulares a justo título, como se depreende do art. 11 do Código de Aguas.

4. Terras indígenas

Estabelece a Constituição Federal que são bens inalienáveis e indisponíveis da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

752

753

(art. 20. XI). Essas terras, porções do território brasileiro habitadas pelos índios em caráter permanente, são “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” (art. 231, § 1, daCF), São, essas terras, bens públicos de uso especial. Essa sua natureza.

Aos índios, a Constituição Federal, em relação a essas terras, assegura a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 22), como direitos imprescritíveis (art. 231, § 42), embora, mediante autorização do Congresso Nacional, ou- vidas as comunidades indígenas afetadas, nessas terras possa ser promovido o aproveitamento dos recursos hídricos. incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, assegurada a participação dessas comunidades nos resultados da lavra, consoante for estabelecido em lei (art. 231, § 32),

Q § 52 do art. 231 da Lei Maior veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo em casos de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato após a cessação do risco. Nos casos de catástrofe ou de epidemia que ponha em risco a população indígena, a remoção será promovida pela União e órgãos responsáveis pela política indianista e só após será submetida ao Congresso Nacional, pois a urgência dessas medidas é incompatível com um prévio pedido de remoção. Ademais, a Constituição Federal, nesse parágrafo, menciona a locução latina *ad referendum*, que significa apreciação posterior do Congresso Nacional. No caso de ser necessária ao interesse da soberania do País, a remoção deve ser previamente autorizada pelo Congresso Nacional.

São nulos e declarados extintos, não produzindo qualquer efeito jurídico, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ou os que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, salvo relevante interesse público da União, segundo o que for disciplinado em lei complementar. A nulidade e a extinção não geram indenizações nem podem servir para fundamentar ações contra a União, ressalvada a indenização por benfeitorias derivadas de ocupações de boa-fé, consoante for estabelecido em lei (art. 231, § 62, da CF).

Esses direitos e interesses, nos termos do art. 232 da Constituição da República, podem ser defendidos em juízo pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, devendo intervir em todos os atos do processo o

Ministério Público federal. Tais processos, em primeira instância, são da competência do Juízo Federal da seção judiciária em que estão situadas as terras indígenas (art. 109, XI, § 22, da CF), e, em segunda instância, do Tribunal Regional Federal. As mesmas partes, cremos, também estão legitimadas a defender esses direitos fora da esfera judicial.

Nos termos do art. 231 da Lei Maior, cabe à União demarcar as terras indígenas²⁹. Essa demarcação, ex vi do art. 67 do ADCT, deveria estar concluída em outubro de 1993, cinco anos contados da promulgação da Carta Magna. Atente-se em primeiro que não se fará, em termos de demarcação, tudo de novo. A Constituição Federal não faz essa exigência: exige, isso sim, a conclusão dessa tarefa nesse prazo. Mas, como isso ainda não aconteceu, os direitos podem e devem ser exercidos, e sua defesa, quando violados, deve ser promovida, pois não é da demarcação que eles decorrem. Esses direitos independem da demarcação, como assevera José Afonso da Silva (Curso de direito, cit., p. 731). Ademais, segundo o art. 231, toca à União proteger e fazer respeitar todos os bens reconheci-

dos aos índios.

5. Terras devolutas

As nossas Constituições sempre se referiram às terras devolutas. A atual menciona essa espécie de bem nos arts. 20, II, 26, IV, 188, § 1 e 22, e 225, § 59, ao cuidar, respectivamente, dos bens da União, dos bens do Estado Federado, da destinação para atender às políticas agrícola e agrária e da proteção dos ecossistemas naturais. De sorte que se pode assegurar que esses bens têm presença marcante na história territorial do Brasil, como parte integrante do domínio público.

De início, todas as terras existentes no Brasil eram públicas e de propriedade da Coroa portuguesa, pois descobertas por Pedro Álvares Cabral em missão realizada por determinação de Portugal. Tais terras, com vistas à colonização, foram divididas em capitanias hereditárias, cujos capitães podiam distribuir sesmarias (glebas concedidas a particulares interessados em cultivá-las, mediante o pagamento de certo valor calculado sobre os frutos). O processo de colonização foi suspenso pouco antes da Independência, e em face da ausência de leis a respeito, a colonização se processou

29. O processo administrativo de demarcação de terras indígenas está regulado pelo Decreto federal n. 1.775. de 8 de janeiro de 1996.

754

755

por simples ocupação. As pessoas apossavam-se das terras, faziam dela sua morada habitual e a cultivavam. Esses fatos passaram a ser razões suficientes à legitimidade da ocupação. Tudo, no entanto, era muito precário e, por isso mesmo, gerava abusos.

Visando regularizar essa situação confusa, definir o domínio público, obstar os abusos na ocupação e legitimar as posses consumadas, o governo imperial editou a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. Esse diploma legal, em seu art. 32, arrolou como terras devolutas: “as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal” (1), “as que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursar em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, conformação e cultura” (22). “as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do governo, que, apesar de incursar em comissão, forem revalidadas por esta lei” (32), “as que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, foram legitimadas por esta lei” (4). Desses dispositivos vê-se que as terras devolutas eram as vagas, as abandonadas, as não utilizadas por quem quer que fosse (Poder Público ou particular), embora, em termos dominiais, pertencessem ao Poder Público, em razão dos efeitos do descobrimento do Brasil, portanto, terra devoluta é a que não está destinada a qualquer uso público nem legitimamente integrada ao patrimônio particular.

O Decreto-Lei federal n. 9.760/46 (Lei de Terras e Bens da União), no art 52, sobre essas terras oferece a seguinte definição: “são devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem

aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal. não se incorporam ao domínio privado: a) por força da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854. e outras leis e decretos gerais. federais e estaduais; b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados; c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites; d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada:

e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa-fé, por termo superior a 20 (vinte) anos; J) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título de boa-fé; g) por força de sentença declaratória nos termos do art. 148 da Constituição Federal, de 10 de novembro de 1937". Essa lei em nada modifica o conceito dado para as terras devolutas, que continuou sendo residual.

As terras devolutas são bens públicos dominicais. nos precisos termos do art. 99. III. do Código Civil. Nem poderia ser de outro modo, pois não têm qualquer destinação — afetação pública.

Como bens públicos, não são usucapíveis e. em caso de controvérsia quanto a ser ou não devolutas, cabe ao particular que afirma estarem em seu domínio fazer a prova nesse sentido, conforme têm decidido os nossos Tribunais.

Ao longo de nossa história. as terras devolutas passaram por diferentes titulares. Pertenceram a Portugal. no período colonial; à Coroa, na fase imperial: aos Estados-Membros, na fase republicana, salvo as reservadas à União. nos termos do art. 34 da Constituição de 1891. Segundo a vigente Lei Maior. essas terras pertencem à União. consoante prevê o art. 20. II. e. aos Estados-Membros, nos termos do art. 26, IV, as restantes. Com efeito, à União pertencem somente 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, e. aos Estados Federados, as não compreendidas entre as da União, portanto as sobejantes. O Município não é, por força dessa Constituição, titular de terras devolutas. Apenas são de seu domínio as que pela legislação estadual anterior lhe foram atribuídas e que já estão discriminadas. Nesses casos. nenhuma dificuldade se apresenta quanto ao domínio municipal, dado que, em rigor, já não se trata de terras devolutas. Também são do Município as terras devolutas que o Estado. eventualmente. lhes trespassar. De sorte que não têm sentido previsões consignadas em leis orgânicas municipais que atribuem ao Município a

propriedade dessas terras situadas em seu território, como faz a Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu art. 110, § P.

As terras devolutas, para delas auferirem-se as vantagens que podem proporcionar aos seus titulares, precisam ser discriminadas, isto é, separadas das particulares. O processo discriminatório hoje está regulado pela Lei federal n. 6.383/76. aplicado também aos Estados, no que couber, conforme dispõe o seu art. 27. Essa lei prevê uma fase administrativa e, conforme o caso, outra judicial. Na administrativa convocam-se, mediante edital, todos os interessados localizados em área previamente indicada, para que apresentem, dentro do prazo de sessenta dias, seus títulos de propriedade, documentos, informações e outras provas que entenderem necessárias à comprovação de seu domínio. Com o encerramento desse prazo, o Poder Público se manifestará sobre o que foi apresentado pelos interessados na comprovação de sua propriedade. Para aqueles cujos documentos e informações apresentados forem havidos conformes, lavra-se o competente termo de reconhecimento, enquanto, para os não assim entendidos, promove-

756

757

se a necessária ação judicial. Após, procede-se à demarcação das terras consideradas devolutas, as entendidas como particulares, as que podem ser objeto de legitimação de posse e as cujos títulos e informações permitiram o levantamento de dúvidas. Com a conclusão de todo esse trabalho, registram-se, como bem público, as terras devolutas assim discriminadas, consoante exigido pela Lei federal n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), junto ao cartório imobiliário de situação dessas terras. A partir daí não se tem mais terra devoluta, mas apenas bem público dominial.

Todo esse processo, observe-se, pode ser iniciado e concluído em juízo, de acordo com o regulado a partir do art. 18. A justiça competente será a federal ou a estadual, conforme se trate de discriminar terras devolutas da União ou do Estado. Da sentença cabe apelação, cujos efeitos são apenas devolutivos.

6. Plataforma continental

A plataforma continental não está indicada no art. 20 da Constituição Federal como bem de propriedade da União. Isso, no entanto, é irrelevante, dado que já incorporada ao seu domínio pela Constituição anterior (art. 42, III), e, em termos de domínio, assim foi mantida por força do art. 20, 1. da Carta vigente. É definida por José Inácio da Fonseca como “a faixa que vai da linha da costa até a curva batimétrica de

200 metros de profundidade que é, aproximadamente, coincidente com o princípio do talude continental”. Ainda segundo esse autor, é uma área equivalente a 850 quilômetros quadrados. Foi definida por Hely Lopes Meirelles como o “prolongamento das terras continentais sob o mar, até a profundidade aproximadamente de 200 metros a partir da qual o solo submarino descende abruptamente para as regiões pelágicas e abissais”.

Sua importância encontra-se no fato de que contém as mesmas riquezas minerais existentes no território adjacente. É, assim, fonte de riqueza natural, viveiro da fauna e da flora marinha. Daí a razão de a Constituição prescrever que são bens da União “os recursos naturais da plataforma continental” (art. 20, V). Sua exploração é regulada por legislação federal, a exemplo do Decreto n. 63.124/68.

7. Faixas de fronteira

Ainda que não seja bem público, a faixa de fronteira, pela sua importância na defesa do território nacional, deve ser assim considerada. Foi instituída

e regulada pela Lei imperial n. 601, de 1850, e referida na Constituição de 1891. No seu interior, têm-se terras públicas e particulares. Das terras públicas podem-se destacar as devolutas, que pertencem à União, nos termos do art. 20, II, da Constituição da República. É somente faixa de terras continentais, situada ao longo da fronteira brasileira com países sulamericanos, cuja largura variou ao longo do tempo. Já teve dez léguas. Hoje tem, nos termos do § 2 do art. 20 da Constituição Federal, cento e cinquenta quilômetros.

Nessa faixa, as alienações e construções estão submetidas a certas limitações, impostas por regulamentos militares e outras leis de defesa do Estado. Em tais faixas há, portanto, limitações no uso, gozo e disposição da propriedade.

8. Ilhas

A ilha, já o dissemos, é a porção de terra que se eleva acima das águas mais altas e por estas cercada em toda a sua periferia. Podem surgir no mar e, nesse caso, são chamadas marítimas, ou no curso dos rios públicos, nos de águas comuns ou nos lagos, e aí são chamadas, respectivamente, de fluviais e lacustres.

Se marítimas, podem ser oceânicas ou costeiras. São oceânicas as que estão distantes da costa e nada têm que ver com o relevo continental ou com a plataforma continental. As costeiras são as que surgem do relevo continental ou da plataforma continental. As oceânicas e as costeiras pertencem à União, ex vi do art. 20, IV, da Constituição Federal, excluídas as áreas que nessas ilhas podem pertencer aos Estados,

Municípios ou terceiros. Os Estados-Membros, portanto, não têm o domínio dessas ilhas marítimas, embora possam possuir terras em seu interior.

As fluviais e lacustres pertencem à União se situadas nas faixas de fronteira, conforme prescreve o art. 20, IV, da Constituição Federal. Ainda são da União se situadas em águas que lhe pertencem, como são as águas dos rios que cortam mais de um Estado-Membro ou que lhes servem de divisa. consoante estabelece o Código de Aguas (art. 23). Por fim, ainda pertencem à União se esta for proprietária de bens ribeirinhos a certa corrente de águas comuns, nos termos dos arts. 23 e 24 do Código de Aguas. Aos Estados-Membros (art. 26, III) pertencem essas ilhas se não forem de propriedade da União.

São, tanto as ilhas marítimas como as fluviais e as lacustres, bens dominicais, embora possam ser bens de uso comum, conforme estatui o art. 25 do Código de Águas, se a esse uso forem afetadas.

758

759

2. Espécies

CAPÍTULO XIV

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1— CONTROLE

1. Introdução

Todas as atividades, discricionárias ou vinculadas, da Administração Pública estão subordinadas à lei (CF. art. 37). Sendo assim, é natural que a Administração Pública não possa ir além da competência e dos limites traçados pelas normas pertinentes a cada caso ou situação que se lhe apresente. O agir da Administração Pública não se juridiciza” na ausência da lei. Ademais, há de conter-se na orientação e lindes tracejados pela lei. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei é injurídica e expõe-se à anulação.

A par disso, o interesse público impõe que seja eficiente e útil o agir da Administração Pública (CF. art. 37). Assim, qualquer ente estatal ineficiente e

desnecessário ou qualquer atividade inoportuna ou inconveniente ao interesse público deve ser modificada ou suprimida, ainda que legítima. Modificada, se passível de tornar-se eficiente e útil; suprimida, se inoportuna ou inconveniente, ou se impossível de se tornar eficiente e útil.

Há pois a Administração Pública que observar a ordem jurídica e atender ao princípio da eficiência, e, para tornar efetiva sua submissão a esses vetores, o ordenamento prescreve mecanismos ou sistemas de controle de suas atividades, utilizáveis em sua própria defesa e na defesa dos direitos e garantias dos administrados. Por esses controles confirma-se ou desfaz-se a atuação da Administração Pública. Confirma-se se legal, conveniente, oportuna e eficiente, e desfaz-se se ilegal, inconveniente, inoportuna e ineficiente. Esses controles constituem o objeto de nossa atenção daqui por diante.

As modalidades de controle variam conforme diversifica-se o critério levado em conta para sua sistematização.

Em relação ao órgão que o exercita, o controle pode ser: a) administrativo; b) legislativo; c) judiciário. Devido à importância que encerram, seus respectivos regimes serão estudados nos itens II, III e IV deste Capítulo.

Quanto ao objeto, o controle pode ser de: a) legalidade; b) mérito. O controle de legalidade é o que se preordena a verificar a conformação, ou não, da atuação administrativa com a ordem jurídica para confirmá-la ou desfazê-la. A conformação, ou não, da atuação administrativa há de se dar com as normas jurídicas, que vão desde a Constituição até as instruções normativas. Pode ser realizado tanto pela Administração Pública como pelo Judiciário. Assim, a extinção de um ato administrativo ilegal pelo Judiciário ou pela própria Administração Pública é controle de legalidade. O controle de mérito é o que se preordena a verificar a conformação, ou não, da atuação administrativa com a conveniência, a oportunidade e a eficiência da própria atuação administrativa para mantê-la ou desfazê-la. Sua realização, em razão disso, está a cargo da Administração Pública. Não cabe esse controle ao Judiciário. A revogação de uma permissão de uso de bem público, por não mais convir ao permitente, é controle de mérito, como é de mérito a desativação de certo equipamento considerado obsoleto.

Em relação à pertinência do órgão controlador à estrutura do controlado, o controle pode ser: a) interno; b) externo. É interno quando realizado pela própria entidade controlada; é externo se efetivado por entidade estranha à controlada. O controle realizado pela Administração Pública sobre seus próprios atos é interno,

enquanto o efetivado pelo Judiciário é externo. como é dessa natureza o concretizado pelo Congresso Nacional, consoante estabelece o art. 49, X, combinado com o art. 71, ambos da Constituição

Federal.

3. Conceito

A esta altura, já se pode dar o conceito de controle da Administração Pública: é a atribuição de vigilância. orientação e correção de certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação. visando confirmá-la ou desfazê-la, conforme seja ou não legal, conveniente, oportuna e eficiente. No primeiro caso tem-se heterocontrole; no segundo, autocontrole, ou, respectivamente, controle externo e controle interno.

760

761

II— CONTROLE ADMINISTRATIVO

4. InstrumentOS

1. Conceito

O controle administrativo, também chamado de autocontrole, é o exercício pelo Executivo e por órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário sobre suas próprias atividades administrativas, visando confirmá-las ou desfazê-las, conforme sejam. ou não, legais, convenientes. oportunas e eficientes. É controle que ocorre tanto no Executivo como nos setores de administração dos demais Poderes. Ademais, realiza-se para avaliar a legalidade e o mérito dessas atividades. É controle interno. porque o órgão controlador bem como o controlado integram a mesma organização.

2. Objetivo

Pelo controle, a Administração Pública e os órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário confirmam ou desfazem suas atividades, tais sejam. ou não, legítimas, convenientes. oportunas e eficientes, ou anulam, modificam e revogam seus atos. Anula-se o ilegal e modifica-se ou revoga-se o legal mas inconveniente, inoportuno ou ineficiente. Nesse sentido é a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que prescreve: “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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

3. Fundamento

O fundamento do controle administrativo reside no dever-poder de autotutela' que a Administração Pública tem sobre suas atividades, atos e agentes. Esse dever-poder de autotutela é exercitado, normalmente, por órgãos superiores, em relação aos inferiores, e por órgãos especializados (controle técnico, auditorias).

1. Sobre o princípio de autotutela veja-se o que dissemos no item V. n. 2.8. do Capítulo 1.

Os instrumentos do controle são todos os meios que propiciam à Administração Pública e aos órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário o reexame de suas próprias decisões e atividades. Tais instrumentos são: direito de petição; pedido de reconsideração; reclamação administrativa; recurso administrativo. Vejamos cada um desses instrumentos.

4.1. Direito de petição

A Constituição anterior, em dispositivo colocado entre outros direitos e garantias individuais (art. 153), assegurava a qualquer pessoa os direitos de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade. A Constituição vigente, no art. 52, XXXIV. a. apenas prevê o direito de petição, voltando, assim, aos moldes de algumas das Cartas anteriores (1824. art. 179, n. 30; 1891, art. 72, § 92; 1934, art. 113, n. 10; 1946. art. 141, § 37). Destarte, a Carta atual reuniu o que as de

1937 e 1967 haviam separado. Agora, com fundamento no mesmo dispositivo constitucional (art. 52, XXXIV, a) e com idêntico rótulo (direito de petição), qualquer pessoa pode exercer o direito de petição e o direito de representação.

O direito de petição é instituto antigo, reconhecido às pessoas para defender seus direitos ou interesses difusos. Nasceu na Inglaterra, na Idade Média, com o nome de *right of petition*. É o direito que toda pessoa tem, perante a autoridade administrativa competente de qualquer dos Poderes, de defender seus direitos ou o interesse coletivo. Segundo a sua natureza e a orientação doutrinária, é direito dotado de eficácia, isto é, que exige um pronunciamento da autoridade competente a quem é dirigido. Na falta desse pronunciamento, cremos que cabe mandado de segurança. O direito de petição não se confunde como mandado de segurança, com o *habeas corpus* e com o *habeas data*, dado que estes são procedimentos judiciais e aquele, administrativo. Também não se confunde com a iniciativa popular, que é forma de democracia direta; aquele não. Logo, não exerce o direito de petição quem ingressa em juízo com um pedido de mandado de segurança de *habeas corpus*, de *habeas data* e de ação popular ou que se

vale da faculdade que lhe é reconhecida para deflagrar o processo de criação de leis (iniciativa popular). É exercitável por petição escrita e assinada, por qualquer pessoa física ou jurídica, junto à autoridade administrativa competente do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Por autoridade administrativa

762

763

competente há de se entender a que pode conhecer e restaurar a legalidade ou conceder o direito.

Embora o fundamento constitucional seja o mesmo (art. 52, XXXIV. a). é claro que o direito de petição não se confunde com o direito de representação. ainda que tenham o mesmo fundamento constitucional e igual veículo de realização. A representação é a denúncia solene (escrita e em termos). datada e subscrita por qualquer pessoa. de irregularidades ou abuso de poder ocorrentes no âmbito da Administração Pública. Não se presta. pois, para a defesa de interesses próprios ou difusos.

Seu exercício, em qualquer circunstância e tempo. não depende da satisfação de qualquer condição nem do pagamento de taxas. Apesar desse regime e do fato de ser um dos direitos e garantias fundamentais, não obriga a Administração Pública a tomar qualquer medida. Seu principal efeito é informar a Administração Pública da irregularidade, do desmando. do abuso, cuja correção. se for o caso, caber-lhe-á segundo e como o que entende mais conveniente.

Como não se exige qualquer interesse do signatário da representação. é natural que ao procedimento que dela se originar não se vincula o representante. que. no entanto, poderá ser responsabilizado civil e criminalmente por quem for prejudicado pela falsidade da representação, conforme ensina Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 580). Exemplo de representação tem-se no art. 74, § 22. da Constituição Federal, que estatui:

“Qualquer cidadão, partido político. associação ou sindicato é parte legítima para. na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

4.2. Pedido de reconsideração

É a solicitação ou súplica escrita, dirigida pelo interessado à autoridade responsável, autora do ato, para que o retire do ordenamento jurídico ou o modifique segundo suas pretensões. Em face desse regime. não é considerado como verdadeiro recurso. É pedido que só pode ser formulado uma vez. Assim, indeferido, total ou

parcialmente. não admite nova formulação. nem possibilita, obviamente, outra apreciação. Ademais, só pode ser apresentado por quem tem direitos ou legítimos interesses afetados pelo ato da autoridade pública. Prescreve, se outro prazo não for estabelecido em lei. em um ano. contado do ato ou decisão que se quer ver extinto ou modifica-

do. Sua interposição não suspende a prescrição nem interrompe os prazos de impetração dos recursos hierárquicos. Também não interrompe o prazo de impetração de mandado de segurança².

Embora com esse nome. a medida prevista no inciso III do art. 109 da Lei federal n. 8.666/93 não pode ser assim considerada. pois trata-se de verdadeiro recurso administrativo. Por esse dispositivo restou facultado ao prejudicado interpor esse recurso perante a autoridade que lhe aplicou a sanção, conforme o caso. o Ministro de Estado. Secretário Estadual ou Municipal. no prazo de dez dias úteis, para que reveja o ato que o declarou inidôneo para licitar ou contratar com a Administração Pública.

4.3. Reclamação administrativa

É a oposição solene. escrita e assinada, a ato ou atividade pública que afete direitos ou interesses legítimos do reclamante. Dessas reclamações são exemplos a que impugna certo lançamento tributário e a que se opõe a determinada medida punitiva. É faculdade exercitável por pessoa física ou jurídica. que tenha direitos ou interesses legítimos afetados ou em via de afetação por ato ou atividade pública. Pode, assim, ser repressiva ou preventiva.

Extingue-se em um ano o direito de reclamar, contado do ato ou atividade lesiva, se outro prazo não for fixado em lei (Dec. federal n. 20.910/32. art. 62). Fora desse prazo, não está a Administração Pública obrigada a tomar conhecimento da reclamação, embora se lhe faculte o conhecimento. desde que convencida de sua procedência e não haja prescrito o direito de ação judicial cabível para o mesmo fim. Essa faculdade justifica-se por obstar uma demanda entre o Poder Público e o reclamante e por caber à Administração Pública o dever-poder de corrigir suas ilegalidades. Observe-se que. esgotado o prazo para a Administração decidir sobre a reclamação administrativa sem qualquer pronunciamento, entende-se que houve indeferimento do pedido.

A petição que veicula a reclamação e o respectivo procedimento observam. em linhas gerais. os princípios do processo civil, cuja legislação lhe é aplicável subsidiariamente, conforme ensina Sergio de Andréa Ferreira (Direito administrativo. cit., p. 264).

2. Nesse sentido confira RT. 672:201 e Súmula 430 do STF.

764

765

4.4. Recurso administrativo ou hierárquico

É o pedido de reexame de ato ou decisão de agente ou órgão que o recorrente faz a agente ou órgão superior, visando o seu desfazimento ou modificação. O signatário do recurso chama-se recorrente, enquanto o prolator da decisão ou ato com qual não se conforma o subscritor dessa medida denomina-se recorrido. Só podem recorrer os legitimados ao exercício desse direito. Diz o art. 58 da Lei federal n. 9.784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração federal, que têm legitimidade para interpor recurso administrativo: “1 — os titulares de direitos

e interesses que forem parte no processo: II aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida: III as

organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos: IV — os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos”. Pode-se, em tese, recorrer de qualquer ato ou decisão, salvo os atos de mero expediente ou preparatórios de decisões.

O recurso administrativo tem, sempre, efeito devolutivo, isto é, o de devolver ao órgão ou agente a que se recorre o conhecimento da matéria em debate, e pode ter efeito suspensivo, ou seja, o de suspender a execução da decisão ou ato recorrido enquanto não decidido. O efeito devolutivo é a regra, enquanto o suspensivo é a exceção e esta deve estar estatuída em lei. Por força desse princípio não se deve estranhar a prescrição do art. 61 dessa lei que diz: “Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo”. Assim, quando a norma jurídica faculta o recurso, mas não especifica com que efeito, entende-se que é o devolutivo, vez que o suspensivo há de estar explícito em lei.

O recurso previsto no inciso I do art. 109 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, proposto contra a habilitação ou inabilitação do licitante ou, ainda, contra o julgamento, tem efeito suspensivo, conforme estabelece o § 2 desse mesmo artigo. Já não tem esse caráter, mas tão-só o efeito devolutivo, o mesmo recurso quando proposto contra a anulação ou revogação da licitação: o indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; a rescisão do contrato nos casos dos incisos do art. 79; a aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa. Logo, sempre que um desses fatos for a razão do

recurso. este tem efeito devolutivo. Observe-se que a lei pode facultar à autoridade competente a prerrogativa de atribuir efeito suspensivo a recurso que só era portador do efeito devolutivo. De sorte que o recurso. nesses casos. terá os dois efeitos: o devolutivo e o

suspensivo. Exemplo dessa faculdade encontra-se na segunda parte do § 22 do art. 109 da referida Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Essa possibilidade está disciplinada na Lei paulista n. 10.177/ 98, que regulou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual (art. 46).

Atente-se que. se cabe recurso administrativo com efeito suspensivo e esse for interposto, é vedada a impetração de mandado de segurança, conforme estabelece o art. 59 1. da Lei federal n. 1.533/5 1, que regula essa ação mandamental³, até que seja decidido, portanto, não há o interessado que valer-se do recurso administrativo, para só então impetrar a segurança. Esse é o entendimento. que. aliás, se afeiçoa com o que assevera ser inconstitucional a lei ou regulamento que condiciona o ingresso em juízo ao esgotamento das vias administrativas (art. 52, XXXV, da CF), conforme vêm decidindo os nossos Tribunais (RT, 705:117). O recurso administrativo, julgado em última instância administrativa, faz coisa julgada administrativa em relação à Administração Pública que o decidiu. Essa decisão não é definitiva para o recorrente, pois este poderá buscar seu direito perante o Judiciário, enquanto não prescrita a competente via judicial. A lei pode fixar o número de instâncias administrativas, como faz o art. 57 da Lei federal n. 9.784/99. que o limitou a três.

O recurso administrativo só pode ser intentado nos prazos estabelecidos em lei e regulamento⁵, após o que se opera a preclusão administrativa (perda da faculdade processual-administrativa pelo não-exercício. no tempo fixado em lei. da impugnabilidade do ato ou decisão). Nesse caso, como nas hipóteses em que foi interposto perante órgão incompetente, por quem não seja legitimado ou quando a esfera administrativa esteja exaurida. o recurso não será conhecido, reza o art. 63 da Lei federal n. 9.784/99. Atente-se que, por força do princípio da legalidade, o não-conhecimento do recurso interposto não impede que a Administração Pública competente reveja o ato atacado de ilegal, como, aliás, estabelece o § 2 desse artigo. Os recursos administrativos são formalizados por escrito e veiculados por peti³ É assim chamada porque sua sentença encerra uma ordem de execução imediata

dirigida ao impetrado.

4. Sobre coisa julgada administrativa veja adiante o n. 7 e o art. 51 da Lei paulista n.

10.177/98.

5. Para a Lei paulista n. 10.177/98 esse prazo é de quinze dias. salvo disposição legal em contrário (art. 44). enquanto para a Lei federal n. 9.784/99 é de dez dias (art. 59). salvo regra legal específica.

766

767

ção. Devem ser fundamentados com exposição e comprovação dos fatos. indicando-se a ilegalidade impugnada e o pedido. A ilegalidade pode estar na violação de norma constitucional. legal. regulamentar. contratual ou qualquer outra a que o ato. para sua validade, devesse conformar-se. A petição que veicula o recurso. a autoridade a quem é dirigida, seu recebimento, sua instrução, sua tramitação e julgamento. a previsão de recurso de ofício. se a decisão é contra a Administração Pública, obedecem às normas estabelecidas por ocasião da instituição do recurso e. na sua ausência. observam. em linhas gerais, os princípios do processo civil. Hoje. tanto na União como no Estado de São Paulo a matéria recursal administrativa está regulada pelas Leis n. 9.784/99 e 10.177/98. respectivamente. Anote-se que essas leis são obrigatórias apenas para a União e entidades descentralizadas e para o Estado de São Paulo e entidades de sua Administração Pública indireta, O Distrito Federal. os demais Estados-Membros e os Municípios não estão submetidos às suas regras. ainda que não tenham suas próprias leis sobre processo administrativo, pois cada uma dessas pessoas pode legislar sobre essa matéria.

Uma vez interposto o recurso administrativo, cabe à Administração Pública, por seu agente ou órgão competente. a sua decisão, salvo algum motivo de não-conhecimento. Como regra. não há prazo para essa decisão ser proferida. mas a lei pode estabelecer um prazo máximo para que ocorra a decisão. como faz aLeipaulistan. 10.177/98. Nos termos do art. 33 desse diploma legal o prazo máximo para decisão de requerimento de qualquer espécie. apresentado à Administração Pública paulista, será de cento e vinte dias. se outro não for legalmente estabelecido. Ultrapassado esse prazo. prescreve o § 12 desse artigo. o interessado poderá considerar como rejeitado o seu pedido. salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

A regra é a interposição do recurso sem qualquer caução ou depósito. como. aliás, prescreve a Lei federal n. 9.784/99 (art. 56, § 22). Também não pode ser exigido o

depósito da multa aplicada para que dela o multado possa recorrer (RT. 729:325). A legislação fiscal, no entanto, exige, quase sempre, para o recebimento do recurso administrativo, que o recorrente preste caução ou fiança ou deposite o valor contestado. A inobservância dessa obrigação torna perempta, isto é, impossível de ser utilizada, a instância administrativa. A exigência dessa garantia possibilita a impetração de mandado de segurança, mesmo que caiba contra o ato impugnado recurso administrativo com efeito suspensivo (Lei do Mandado de Segurança, art. 52,1).

6. Sobre o silêncio da Administração Pública veja o n. 6. adiante.

O recurso administrativo pode ser próprio ou impróprio. É próprio quando dirigido a órgão ou autoridade de hierarquia superior à que emanou a decisão ou o ato impugnado e por ele ou ela julgado, salvo outra disciplina legislativa, como é o caso das Leis n. 9.784/99 (art. 56, § 12) e 10.177/98 (art. 43, 1), respectivamente, da União e do Estado de São Paulo. Segundo essa disciplina o recurso é dirigido à autoridade recorrida, que poderá reexaminar sua decisão e, se mantida, encaminhar o recurso à autoridade ou órgão superior para seu devido pronunciamento. Seu fundamento reside na hierarquia e na gradação de jurisdição que se estabelece entre uma autoridade ou instância administrativa e a que lhe é imediatamente superior. Por essas razões, sua utilização é sempre possível, mesmo que não instituído pelo ordenamento jurídico. Ademais, não se admitem, em princípio, decisões únicas e irrecorríveis, sob pena de se ferir o princípio constitucional da ampla defesa. O recurso interposto perante o Presidente da República, contra ato de um de seus Ministros, é próprio.

E impróprio quando dirigido a órgão ou autoridade estranha à hierarquia da que expediu o ato recorrido e por esse órgão ou autoridade julgado. Só é admissível se estabelecido em norma jurídica que especifique as condições de sua utilização, o órgão ou a autoridade competente para conhecê-lo e julgá-lo e quando tem cabimento. O recurso interposto perante um Ministro, contra ato do superintendente de uma autarquia, vinculada à sua Pasta, pleiteando o seu desfazimento ou a sua alteração, é recurso impróprio, como é recurso dessa natureza o interposto perante Tribunal Administrativo, O que não se permite, como observa Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 582), é o recurso contra o ato de um Poder perante outro (ato do Executivo impugnado perante o Legislativo), porque isso confundiria as funções estatais e comprometeria a independência dos Poderes que a Constituição da República quer preservar, salvo quando a própria Constituição assim o disser (art. 74, § 22, de o art. 71, X, ambos da CF). Essa estranha possibilidade já foi vetada pelo STF ao julgar o

Recurso Extraordinário n. 72.953. relatado pelo Ministro Luiz Gallotti e assim ementado: “O legislador não pode anular atos do executivo, com usurpação do controle jurisdicional. da competência do Poder Judiciário” (RDA. 112:196).

Por fim. anote-se que o recurso administrativo pode ser voluntário ou de ofício. É voluntário quando intentado pela parte prejudicada ou vencida. É de ofício quando, por obrigação de lei, o órgão ou autoridade que decidiu contra a Administração Pública recorre da própria decisão.

Na decisão do recurso administrativo. o órgão ou autoridade competente tem amplo poder de revisão, podendo. em relação ao ato impugnado.

768

769

confirmá-lo, desfazê-lo ou modificá-lo, se o entender legal. ilegal, inoportuno, inconveniente ou ineficiente. A reforma não pode ir além e impor ao recorrente um maior gravame (*reformatio in pejus*). ainda que haja nesse sentido respeitáveis pronunciamentos doutrinários. O nosso ordenamento jurídico-constitucional não se compatibiliza com a *reformatio in pejus* mesmo tratando-se de decisões em recursos administrativos, ainda mais quando propiciado por recurso de ofício. consoante têm decidido os nossos Tribunais (RTJ. 108:1216). A Lei federal n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, veda em revisão do processo disciplinar o agravamento da penalidade. consoante prescrito no parágrafo único do seu art. 182. O art. 65 da Lei federal n. 9.784/99 faculta a revisão dos processos administrativos de que resultaram sanções a qualquer tempo e nas condições aí especificadas. enquanto seu parágrafo único veda o agravamento da sanção. O artigo anterior dessa lei estabelece que o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente. a decisão recorrida se a matéria for de sua competência. e seu parágrafo único estatui que se da decisão puder decorrer um gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão, portanto, observado dito procedimento. é evidente que essa lei autoriza a *reformatio in pejus*⁹, embora o faça. a nosso ver. inconstitucionalmente. Essa decisão, uma vez proferida, é, para a Administração Pública. vinculante e caracteriza-se como definitiva. É a coisa julgada administrativa, se proferida em última instância administrativa.

5. Prescrição administrativa

À semelhança do que ocorre no Direito Privado, entendemos por prescrição administrativa a perda do recurso administrativo, pelo esgotamento do prazo previsto em lei para sua utilização. Percebe-se, desde logo, que seus efeitos ficam circunscritos às medidas administrativas, não se estendendo às ações judiciais. O direito à utilização do recurso administrativo pode estar prescrito, mas não estar prescrita a utilização da competente

7. Nesse sentido veja He1' Lopes Meirelles. Direito administrativo. cit.. p. 576.

8. Para aprofundar veja Régis Fernandes de Oliveira. Infrações. cit.. p. 100. e RT. 728:211.

9. Na Lei paulista n. 10.177/98. que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, ver art. 49.

ação judicial. A perda do recurso administrativo não significa a perda do direito. É o que ocorre no seguinte exemplo. comumente citado pelos autores, ou seja, se o devedor não efetua o pagamento no prazo fixado. o credor tem um certo tempo para propor a medida judicial cabível, sob pena de prescrição, isto é, não mais poderá intentá-la com tal intuito. Mas se o devedor. mesmo prescrito o direito do credor para acioná-lo, vier a liquidar seu débito. esse pagamento 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 não se confunde com a decadência, dado que esta consubstancia a perda do próprio direito, por não ter sido utilizado pelo seu titular no prazo legalmente previsto para seu exercício. Isso sucede. ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, quando a “única forma de expressão do direito coincide conaturalmente com o direito de ação”, dando. entre outros. o seguinte exemplo: “a forma única de exercer o direito de revogar, quando cabível, uma doação efetuada é mover ação para revogá-la”. Assim, se esta ação não for proposta no tempo oportuno, fenece o direito de revogar. A distinção entre a prescrição e a decadência é relevante na medida em que a prescrição somente pode ser alegada pelo interessado. enquanto o juiz pode decretar de ofício a decadência de direito.

Como diferença entre esses institutos, cabe afirmar que o prazo prescricional pode ser interrompido ou suspenso. 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 ininterruptivo. A suspensão da prescrição é a paralisação por um lapso temporal do

transcorrer do prazo de prescrição. Assim, computam-se os dois lapsos: um antes e 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. A prescrição e a decadência também não se confundem com a preclusão, instituto que delas muito se aproxima. A preclusão é a perda, em termos de processo, da oportunidade de agir, em razão do decurso do prazo para essa ação. Com a preclusão não se tem mais como voltar a esse momento do processo. Não se confunde com a prescrição, nem com a decadência. Na prescrição há a perda do direito de ação, operando-se antes da possibilidade de 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 perde-se direito substantivo, enquanto na preclusão perde-se o direito subjetivo.

770

771

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. Vejamos em que consistem. Os direitos dos administrados diante da Administração Pública devem ser exercitados dentro dos respectivos prazos administrativos ou judiciais. O não-exercício do direito dentro de tais tempos desencadeia a prescrição, donde as duas espécies: prescrição administrativa e prescrição judicial. Assim, o loteador tem quatro anos de prazo para preparar o projeto de loteamento e submeter sua aprovação ao Município, contados da expedição das diretrizes (art. 7, parágrafo único, da Lei federal n. 6.766/79). A reclamação administrativa, consoante previsto no Decreto federal n. 20.910/32, deve ser interposta no prazo de um ano, salvo outro prazo previsto em lei especial. A impugnação do instrumento convocatório da licitação deve ocorrer até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação. A interposição de recursos administrativos, também chamados recursos hierárquicos, contra atos da Administração Pública federal deve ocorrer no prazo de dez dias, conforme estabelece o art. 59 da Lei federal n. 9.784/99, chamada de Lei do Processo Administrativo, salvo se norma específica não estabelecer outro, como ocorre com a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, cujo art. 109, II, fixa o prazo de cinco dias úteis para a interposição do recurso de representação. O descumprimento desses prazos

impõe ao interessado a prescrição do direito de interpô-los. porque medidas iniciais ao exercício desses direitos. Não se trata, pois. de preclusão, que acontece no interior do processo administrativo, como seria o caso de alguém ser intimado no desenrolar de um processo licitatório para. em vinte e quatro horas, apresentar a planilha de custos por ter sido sua proposta considerada inexecutável.

Atente-se que mesmo com a perda da oportunidade de agir em razão da prescrição, a Administração Pública pode rever o ato contestado, salvo se já estiver prescrita a via judicial. Nesses casos, a medida proposta deve ser analisada como denúncia, e se procedente deve ser tomada a competente decisão que enseja, pois não cabe à Administração Pública conviver com atos ilegais tendo em vista o princípio da legalidade. Prescritos os prazos para a interposição da medida administrativa e para a proposição da ação judicial. a situação toma-se definitiva. Há de ser assim em benefício da estabilidade (perpetuidade) e segurança (dificuldade de alteração) das relações jurídicas.

No que respeita à prescrição judicial das ações que o administrado pode propor contra a Administração Pública. incluídas as autarquias e as fundações públicas, deve-se ter presente a disciplina do Decreto federal. com força de lei. n. 20.910. de 1932. Esse diploma legal. no seu art. 1, não distingue as ações judiciais de natureza pessoal ou real, de sorte que qualquer dessas medidas poderiam ser impostas contra atos da Administração Pública no prazo de cinco anos, contados do evento ou do ato objeto de contestação. sob pena de prescrição. Os prazos em que prescreviam as ações pessoais e as reais. consoante dispunha o art. 177 do Código de 1916. não persistem na legislação privada atual, pois o art. 205 do Código Civil, sem fazer essa distinção, estabeleceu que a prescrição ocorre em 10 (dez) anos. quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, como é exemplo a Medida Provisória n. 2.183-56/2001, que alterou a Lei Geral das Desapropriações para estabelecer (art. 10, parágrafo único) que o prazo para propor ação de indenização em desapropriação indireta é de cinco anos.

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 dever-poder 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. no 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.

No âmbito das medidas judiciais, cabe afirmar que pelo decurso do prazo as ações judiciais. a que teria direito a Administração Pública contra os administrados, podem extinguir-se. Como não há regra geral impondo um prazo que se não observado extingue a ação da Administração Pública contra o administrado, deve ser atendido o estabelecido em lei específica. como é o caso do prazo decadencial de cinco anos para a Administração Pública exigir dos devedores os respectivos créditos tributários. Se. de modo algum, houver prazo fixado, deve-se considerar como prazo máximo decadencial para a Administração Pública interpor certa medida judicial o de cinco anos. encontrado em bom número de normas de Direito Público,

772

773

quer se trate de atos nulos ou anuláveis, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello.

Finalmente, cabe alertar que nos termos do § 52 do art. 37 da Constituição Federal as ações indenizatórias. cabíveis contra qualquer administrado, são inextinguíveis pelo decurso do tempo. embora extinguíveis são os ilícitos que lhes deram causa.

6. O silêncio da Administração Pública

Comumente. a Administração Pública deve pronunciar-se sobre os pedidos que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus próprios interesses ou tem de manifestar-se. no exercício da função de controle. sobre ato praticado por outro órgão. no prazo estabelecido pela ordem jurídica. Quando esses pronunciamentos não acontecem tem-se o chamado silêncio da Administração Pública'0 ou. simplesmente. silêncio administrativo, que não é outra coisa senão um fato jurídico administrativo. Não é ato administrativo porque não houve qualquer pronunciamento da Administração Pública.

A falta de pronunciamento dentro do prazo fixado, consoante estiver regulado pelo ordenamento jurídico, pode significar deferimento ou indeferimento do pedido e concordância ou oposição ao ato controlado. Exemplo dessa regra teve-se no § 22 do

art. 12 do Decreto federal n. 3.079/ 38. que regulamentou a antiga Lei dos Loteamentos (Dec.-Lei federal n.

58/37). Em relação ao pedido de aprovação do plano de loteamento. esse dispositivo fixou que “a Prefeitura e as demais autoridades ouvidas disporão de noventa dias para pronunciar-se. importando o silêncio em aprovação”. Antonio Carlos Cintra do Amaral (Extinção. cit., p. 24) ajuda a compreender esse comportamento da Administração Pública com outro exemplo. consubstanciado no § 12 do art. 11 do Decreto federal n. 6 1.244/67. que considera aprovados os projetos de produção. beneficiamento e industrialização. na Zona Franca de Manaus. quando o Ministério da Fazenda não se pronuncia sobre seus aspectos fiscais no prazo de trinta dias. Nesses exemplos o silêncio administrativo significou o deferimento dos pedidos,

mas poderia significar indeferimento do pedido, rejeição do recurso ou que o ato controlado não foi confirmado. Se a lei não regular. em termos de consequência. o silêncio administrativo deve ser interpretado, depois de escoado o prazo de manifestação. como indeferimento do pedido ou não confirmação do ato controlado. Se não existir prazo para a manifestação da Administração Pública e o silêncio persistir. o interessado deve buscar a satisfação de seu direito perante o Judiciário, pois não ocorreu a prescrição².

Tenha a lei regulado, ou não. as consequências do silêncio administrativo, é necessário apurar esses fatos e responsabilizar quem lhe tenha dado causa, pois o servidor que sem justificativa se omite, silencia, quando deve pronunciar-se. age com negligência, não exerce suas funções com dedicação e zelo. Deve, portanto, com base no estatuto funcional, ser punido. Ademais, se a omissão causar dano ao administrado, cabe a responsabilização da Administração Pública, nos termos do art. 37, § 62. da Lei Maior. Quanto ao administrado, quer a lei defira quer negue seu pedido. sua pretensão está equacionada, posto que a lei ao dispor desta ou daquela maneira supriu a ação do agente competente. 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 comportainento da Administração Pública, se o ato for vinculado. Assim nos parece porque, a prevalecer esse entendimento, nega-se vigência à lei reguladora das consequências do silêncio administrativo.

Sobreleva afirmar. ainda, que o deferimento do pedido do administrado ou a confirmação do ato administrativo controlado quando a lei atribui esse efeito do silêncio

da Administração, não significa que o ilegal contido no pedido ou no ato confirmado também está deferido ou confirmado.

7. Coisa julgada administrativa

Quando inexistente, no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão oferecida pela Administração Pública, está-se diante da coisa julgada administrativa³. Esta não tem o alcance da coisa julgada judicial.

11. Com essa previsão veja o art. 50 da Lei paulista n. 10.177/98.

12. Veja acórdão do STF nesse sentido. RDA. 152:153 e 173:188.

13. Sobre esse tema podem ser vistas as monografias de Alfredo R. Zuanich. *La cosa juzgada en el derecho administrativo*. Buenos Aires. Ed. Perrot. 1952. e de Juan Francisco Linares. *Cosa juzgada administrativa*. Buenos Aires. Ed. G. Kraft. 1946.

1

10. Para aprofundar veja, de Neide Falco Pires Corrêa. *O silêncio da administração*. RDP. 69:122. e de José Wilson Ferreira Sobrinho. *Silêncio administrativo e licença de construção*. RDP. 99:95.

774

775

porque o ato jurisdicional da Administração Pública é tão-só um ato administrativo decisório, conforme ensinança de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo*, cit., p. 584). destituído do poder de dizer do direito em caráter definitivo. Tal prerrogativa, entre nós, é só do Judiciário. Em outros países, pode caber a Tribunais Administrativos o exercício dessa competência.

Essa imodificabilidade da decisão da Administração Pública só encontra consistência na esfera administrativa⁴. Perante o Judiciário qualquer decisão administrativa pode ser modificada, como estabelece o inciso XXXV do art. 52 da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), salvo se também essa via

estiver prescrita.

III — CONTROLE LEGISLATIVO

1. Conceito

O controle legislativo, também chamado de controle parlamentar, é desempenhado pelo Poder Legislativo em relação a determinados atos da Administração Pública. Guardadas as respectivas esferas de competência, é exercido pelo Congresso

Nacional. Senado Federal. Câmara dos Deputados Federais. Assembléia Legislativa. Câmara Distrital e Câmara de Vereadores.

2. Objetivo

Conformar a atuação da Administração Pública com os altos interesses do Estado e da comunidade.

3. Meios de controle legislativo

São todos os mecanismos que propiciam ao Legislativo o controle de certos atos da Administração Pública. Esses meios são: Comissão Parlamentar de Inquérito; pedido de informação; convocação de autoridades:

participação na função administrativa; função jurisdicional; fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Vejamos, rapidamente, cada um desses instrumentos.

14. Veja nesse sentido acórdão do então TFR na RDA. 148:74.

3.1. Comissão Parlamentar de Inquérito

Como instrumento de controle da atividade administrativa, a instituição de Comissão Parlamentar de Inquérito está prevista na Constituição Federal (art. 58, § 32) Objetiva a apuração, em profundidade, de fato determinado ocorrido na Administração Pública, direta ou indireta. Para tanto, é dotada de poderes de investigação iguais ou próprios das autoridades judiciais, além de outros instituídos nos regimentos das Casas Legislativas. Pode ser constituída na Câmara dos Deputados Federais e no Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de, no mínimo, um terço dos membros dessas Casas de Leis, para funcionar durante prazo certo. A Lei federal n. 1.579/52, ainda em vigor em tudo o que não afronta a Constituição Federal, regula o funcionamento desses colegiados. Suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público, para promover a responsabilidade civil e criminal dos infratores, ou às próprias Casas Legislativas, para a punição do sindicado,

As Comissões Parlamentares de Inquérito também existem no âmbito estadual e municipal. Lá, são instituídas pela Assembléia Legislativa:

aqui, são criadas pela Câmara de Vereadores, conforme regulado, respectivamente, pela Constituição estadual e pela Lei Orgânica do Município. Mutatis mutandis, os mesmos princípios são observados no âmbito do Distrito Federal.

3.2. Pedido de informação

O pedido de informação, sempre por escrito, está previsto no § 22 do art. 50 da Constituição Federal. É encaminhado ao Ministro de Estado competente para respondê-lo, por meio da Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme o

caso. ou qualquer de suas Comissões. O pedido de informação pode versar sobre fato, ato ou comportamento relacionado com o Ministro ou com as competências de sua Pasta. cuja fiscalização está a cargo do Congresso Nacional ou de suas Casas. O atendimento do pedido deve ocorrer no prazo de trinta dias. sob pena de incidir em crime de responsabilidade. Se o Ministro prestar informações falsas, também estará sujeito a essa espécie de punição. Mudado o que deve ser mudado. os pedidos de informação podem ser dirigidos a qualquer titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República e aos dirigentes máximos das entidade da Administração Pública indireta, autárquica e fundacional.

776

777

Pelos pedidos de informação também são controladas as Administrações do Estado. do Distrito Federal e do Município, nos termos estatuídos, respectivamente, pela Constituição do Estado, pela Lei Orgânica Distrital e pela Lei Orgânica do Município.

3.3. Convocação de autoridades

A convocação de certas autoridades para prestarem informações sobre assuntos que lhes são afetos é possível em cada uma das esferas de governo, se previamente determinada. A Constituição Federal, no art. 50. estabelece que os Ministros de Estado poderão ser convocados pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou por qualquer de suas Comissões. para prestarem. pessoalmente. informações acerca de assunto previamente determinado. A ausência dessas autoridades, prescreve esse dispositivo. importa em crime de responsabilidade, salvo se justificada tempestiva e adequadamente. cremos, por fim, não ser possível a convocação do Presidente da República, ante a falta de suporte constitucional. Não só os Ministros, mas qualquer titular de órgão diretamente subordinado à Presidência da República, podem ser submetidos a esse regime de convocação.

As Constituições estaduais regulam a convocação dos Secretários de Estado pela Assembléia Legislativa, enquanto a Lei Orgânica do Distrito Federal disciplina a convocação dos Secretários distritais. A Lei Orgânica do Município cuida da convocação dos Secretários municipais. Esses diplomas também regulam a convocação de outras autoridades do Executivo ou das empresas governamentais (sociedades de economia mista. empresas públicas, fundações). como faz a Constituição de São Paulo, no art. 13, § 1, n. 2. 3 e 4. A desatenção a essas convocações pode caracterizar crime de responsabilidade. salvo se justificada devidamente e a tempo. O que nos parece

impossível é a convocação do Governador do Estado ou do Distrito Federal ou do Prefeito, pela inexistência de situação similar ou de princípio na Constituição Federal que pudesse servir de fundamento para tal prescrição.

3.4. Participação na função administrativa

Em mais de uma passagem a Constituição da República outorga ao Legislativo competência para participar da função administrativa realizada, precipuamente, pelo Executivo. A contribuição dos órgãos legiferantes para a validade da atuação da Administração Pública acaba redundando em controle, já que lhe cabe aprovar ou autorizar essa atuação. Essas atribui-

ções foram, pela Lei Maior, concedidas ao Congresso Nacional ou a uma de suas Casas. Nos Estados-Membros e Municípios iguais atribuições são autorizadas às Assembléias Legislativas e às Câmaras dos Vereadores, guardadas, evidentemente, as respectivas competências e o que dispuserem as Constituições e as Leis Orgânicas dos Municípios.

Cabe, por exemplo, ao Congresso Nacional, nos termos da Constituição da República resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais (art. 49. 1) e aprovar a intervenção federal ou autorizar o estado de sítio (art. 49. IV). Ao Senado Federal compete, por exemplo, aprovar a escolha de Magistrados e dos Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 52.111). A Câmara dos Deputados Federais cabe, *exempli gratia*, eleger os membros do Conselho da República (art. 51, V).

3.5. Função jurisdicional

A atribuição para julgar foi deferida ao Congresso Nacional no art. 49. IX, da Constituição Federal. Com efeito, a esse órgão do Poder Legislativo cabe julgar anualmente as contas do Presidente da República. Ao Senado Federal foi outorgada a competência para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles (art. 52, 1, com redação dada pela EC n. 23, de 2-9-1999), e para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II). Nas esferas federal e estadual, o julgamento dessas autoridades está disciplinado pela Lei federal n. 1.079/50, ainda em vigor no que não afrontar a Constituição Federal.

3.6. Fiscalização contábil, financeira e orçamentária

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União cabe ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70 e 71). Essa fiscalização compreende, em relação a essas matérias, exames de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. É controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio dessa Corte de Contas, que, nos termos do § 2º do art. 74 da Lei Maior, pode receber denúncia de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades ocorridas no âmbito de qualquer dos Poderes.

778

779

Nos Estados-Membros e no Distrito Federal cabe às Assembleias Legislativas essas mesmas competências, auxiliadas pelos respectivos Tribunais de Contas, que também poderão receber as mencionadas denúncias. O mesmo se pode dizer em relação aos Municípios. Tais competências são das Câmaras de Vereadores, auxiliadas pelas Cortes de Contas locais, e, onde estas não existirem, pelo Tribunal de Contas competente. observado, é claro, o que especificamente a Constituição Federal lhes atribuiu no art. 31 e seus quatro parágrafos.

Por óbvio, esse controle externo não exclui o interno, que deve existir em cada um dos Poderes de cada entidade da Federação, conforme se depreende do disposto no art. 74 da Constituição da República, com as finalidades enunciadas nos seus vários incisos. Nem tampouco elimina o controle interno que cada Poder deve manter em relação às referidas matérias, para cujos exames deverão estruturar-se, segundo o estabelecido pelo art. 70 da mesma Constituição.

3.7. Sustação dos atos normativos do Executivo

Pelo disposto no art. 49, V, da Constituição da República, cabe, exclusivamente, ao Congresso Nacional, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Eis aí mais um mecanismo de controle do Legislativo sobre o Executivo. Atos administrativos normativos são todos aqueles editados para casos que possam repetir-se, cujo exemplo típico é o regulamento expedido para dar cumprimento à lei. Anote-se que essa competência só pode ser exercida em relação aos atos administrativos normativos do Executivo (de qualquer órgão desse Poder), não só da Presidência. Os editados pelo Legislativo e pelo Judiciário não são alcançados por essa regra de competência. Atente-se que não se trata da retirada desses atos do ordenamento jurídico, mas tão-somente de

suspender. sobrestar seus efeitos ou sua eficácia. O ato permanece no ordenamento jurídico até que pelos trâmites legais seja dele retirado. Para o exercício dessa competência, nada, além do entendimento de que o ato exorbita do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, é exigido pela Constituição da República. Esse ato congressional produz efeitos erga omnes a partir da sua publicação. É ato de efeitos concretos e como tal pode ser combatido via mandado de segurança.

As Constituições estaduais, a exemplo da paulista (art. 20, IX), repetiram essa disposição da Lei Maior federal. O mesmo aconteceu com algu ma

leis orgânicas municipais. De sorte que somente o Legislativo desse modo prestigiado pode exercer essa competência. Assim nos parece dado que, ante a omissão, seu exercício constituiria uma violação ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, pois com esse comportamento frustra-se a atuação do Executivo.

Por evidente, os prejudicados pelos atos administrativos emanados do Executivo com essa característica não precisam aguardar o pronunciamento legislativo para esquivar-se dos seus efeitos. Podem recorrer, desde Logo, ao Judiciário, consoante lhes permite o inciso XXXV do art. 52 da Constituição Federal.

IV — CONTROLE JURISDICIONAL

1. Conceito

A par dos controles administrativo e legislativo, a Administração Pública sujeita-se ao controle jurisdicional. Pode ser conceituado como o controle de legalidade das atividades e atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário por órgão dotado do poder de solucionar em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos.

O controle jurisdicional é externo, provocado e direto. É externo por se realizar por órgão que não integra a mesma estrutura organizacional da Administração Pública. É provocado porquanto só excepcionalmente o Judiciário atua de ofício. É direto porque incide, precípua e imediatamente, sobre os atos e atividades administrativas. Além disso, é, notadamente, repressivo, dado incidir sobre medida que já produziu ou está produzindo efeitos. Extraordinariamente, pode ser preventivo. Éo que ocorre, por exemplo, com a ação declaratória, o habeas corpus e o mandado de segurança preventivos. Por essas medidas previne-se a atuação da Administração Pública havida por ilegal.

2. Objetivo

O objetivo do controle jurisdicional é o exame da legalidade do ato ou atividade administrativa, confirmando um e outra. se legais. ou desfazendo-os, se contrários ao Direito. Não lhes cabe, portanto, qualquer apreciação de mérito, isto é, de conveniência, oportunidade ou economicidade da medida ou ato da Administração Pública, conforme, em seguida. será visto.

780

781

3. Extensão

Limita-se o controle jurisdicional nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conseguinte. o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal mas não o que é oportuno ou conveniente e o que inoportuno ou inconveniente⁵.

Por outro lado. em princípio, só abrange os casos concretos, isto é, os decorrentes da aplicação da lei. A apreciação das leis em tese (as não-aplicadas a um caso concreto) é excepcional. O mesmo não se pode dizer das leis e medidas provisórias de efeitos concretos. Estas, a exemplo de outras, podem ser sindicadas, portanto, cabe dizer que o controle jurisdicional estende-se ao exame dos atos administrativos, no que concerne à legalidade, por ocasião da concreção da lei.

Ademais, não alcança outras situações, mesmo que absolutamente iguais, que envolvam partes distintas das submetidas ao controle. Não incide sobre os interna corporis, porque cuidam de questões ou assuntos que dizem direta e imediatamente com a economia interna das Casas Legislativas e com os seus privilégios. Por isso são apreciados unicamente pelo Plenário de cada Câmara Legislativa.

4. Fundamento

É o próprio exercício da função jurisdicional, isto é, determinar o direito aplicável a cada caso.

5. Sistemas

São os regimes de controle da legalidade dos atos e das atividades administrativas, adotados pelo Estado com o fito de mantê-los, se legítimos. ou de desfazê-los, se ilegais. A doutrina costuma distinguir três sistemas: o sis 15 Essa restrição não só é antiga. como vigora desde 1894. quando o art. 13, § 9. a. da Lei a. 221. de 20 de novembro desse ano. estabeleceu: “Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A

autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas. abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade” (Enciclopédia Jurídica Eletrônica. de Leib Soibelman).

tema de administração-juiz, o sistema de jurisdição única e o sistema de jurisdição dual, embora só os dois últimos vigorem nos tempos atuais.

5.1. Sistema de administração-juiz

As funções de julgar e administrar, nesse sistema, encontravam-se integradas no mesmo órgão ou atividade. Nesse sistema, quem executava também julgava.

5.2. Sistema de jurisdição única

As funções de julgar e administrar, no sistema de jurisdição única, também chamado de sistema judiciário ou inglês, em razão de suas origens, são desempenhadas por órgãos distintos, pertencentes a Poderes diversos. Assim, os órgãos do Executivo administram, enquanto os do Judiciário julgam. Por esse sistema, todos os litígios são resolvidos, em caráter definitivo, pelo Judiciário. Desse modo, tanto os conflitos entre particulares como entre os particulares e o Estado, ou entre duas entidades públicas, são solucionados por juízes e Tribunais do Poder Judiciário. Através do Judiciário, portanto, resolvem-se todos os litígios, sejam quais forem as partes interessadas ou a matéria de direito ou de fato que se discute. A Lei Maior excepciona essa regra ao atribuir, como já vimos, privativamente, ao Senado Federal a competência para processar e julgar o Presidente e o Vice- Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I, da CF, com redação dada pela EC n. 23/99), e para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art. 52, II, da CF).

Afeiçoa-se ao princípio da tripartição das funções do Estado. Com efeito, por esse princípio cada Poder há de exercer função própria. Quem for encarregado de uma não pode desempenhar outra. Nisso está seu fundamento. Existe na Inglaterra, seu local de nascimento, nos Estados Unidos da América do Norte e no Brasil, entre outros países. No Direito brasileiro, vigora a regra: “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 52, XXXV), que fundamenta a instituição do nosso sistema jurisdicional. O Poder Judiciário é, assim, o único órgão competente para dizer do direito aplicável em uma dada situação com o caráter de coisa imodificável, definitiva, em suma, de coisa julgada.

782

783

Por isso, ensina Michel Temer (Elementos, cit., p. 171) que. “Qualquer do povo, qualquer órgão público, qualquer tribunal administrativo poderá ‘dizer o direito’ que deve ser aplicado à dirimência de uma controvérsia. Não estará, contudo, exercendo a jurisdição no sentido rigorosamente científico que lhe empresta a Constituição, ao atribuí-la ao Poder Judiciário. É que tais decisões poderão ser levadas, sempre, ao Judiciário, para que ali, escoados os recursos, se opere a ‘definitividade’ da decisão. De outro lado, ainda que a parte litigante no Executivo ou no Legislativo veja evidenciada a inexistência de direito que alicerce sua pretensão: ainda que se utilize de todos os recursos administrativos buscando amparo para suas razões: nem assim podem tais órgãos do Poder, utilizando-se da força, compelir o particular a fazer, a não fazer, a pagar, a entregar ou a não entregar. Só ao Judiciário se confere tal competência”. Mais adiante conclui dizendo: “A definitividade das suas decisões e a possibilidade de utilizar toda a força institucional do Estado tipificam o exercício da função primordial do Poder Judiciário: a jurisdição”.

5.3. Sistema de jurisdição dual

Também chamado sistema de jurisdição dupla, sistema do contencioso administrativo ou sistema francês, em razão de sua origem. Tal sistema consagra duas ordens jurisdicionais. Uma dessas ordens cabe ao Judiciário, outra, a organismo próprio do Executivo, chamado de Contencioso Administrativo. O Contencioso Administrativo incumbe-se de conhecer e julgar em caráter definitivo, as lides em que a Administração Pública é parte (autora ou ré) ou terceira interessada, cabendo a solução das demais pendências ao Poder Judiciário. Nesse sistema, vê-se que a Administração Pública tem uma justiça própria, localizada fora do Judiciário. Do mesmo modo que o sistema de jurisdição única, também se funda no princípio da separação dos Poderes. Essa separação impede o julgamento de um Poder por outro. Suas decisões, como as do Judiciário, fazem coisa julgada.

Nasceu na França e é hoje acolhido na Itália, na Alemanha e no Uruguai, entre outros países. No Brasil, durante o Império, tentou-se sua instituição e na Constituição de 1967 previu-se um mecanismo com esse nome, mas sem seus principais atributos, que nunca chegou a ser implantado.

Órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário. São, entre outros, o mandado de segurança, a ação popular, o habeas data, o mandado de injunção, a ação

civil pública, a ação declaratória, os interditos possessórios, a ação de nunciação de obra nova. Todos esses instrumentos são exercitados na instância civil, enquanto o habeas corpus, também instrumento desse controle, é utilizado na instância penal.

6.1. Mandado de segurança

O mandado de segurança, writ dos ingleses, é a medida jurídico-constitucional posta à disposição de toda pessoa física ou jurídica, e esta pública ou privada, órgão ou universalidade dotado apenas de capacidade processual (Assembleia Legislativa, Câmara de Vereadores, massa falida, condomínio em edifício de apartamentos espólio), partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa, conforme o caso, de direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou em vias de lesão por ilegalidade ou abuso de poder praticado por qualquer autoridade pública ou por quem lhe faça as vezes. Somente cabe, portanto, contra ato concreto ou lei de efeitos concretos (RT, 472:252). Desse modo, não cabe contra lei em tese⁶. Essa inteligência também se aplica aos atos administrativos normativos, como o regulamento, pois admitir outro entendimento seria o mesmo que aceitá-lo contra a lei em tese. Tanto quanto a lei, o regulamento não ofende diretamente qualquer direito (RDA. 181:236), salvo se de caráter meramente auxiliar ou secundário da lei ou medida provisória que pretenda regulamentar (RDA, 183:126). Lei em tese não é só a lei formal, mas o regulamento, a portaria e a instrução, desde que caracterizáveis como normativos (RT, 673:215 e 676:180).

Assim, preventivo ou suspensivo, pode ser, nos termos do art. 52, LXIX, da Lei Maior, impetrado, individualmente, para a defesa de direito próprio, individual do impetrante. Também pode ser ajuizado coletivamente para a defesa dos direitos de integrantes de partido político, sindicato e entidade de classe ou associação. No primeiro, tem-se o mandado de segurança individual; no segundo, o mandado de segurança coletivo. Ambos estão arrolados, no art. 52 da Constituição da República, entre os “direitos e deveres

São os mecanismos que propiciam aos órgãos jurisdicionais o controle da legalidade dos atos e atividades administrativas do Executivo e dos

16. Veja nesse sentido a Súmula 266 do STF.

6. Instrumentos do controle jurisdicional

individuais e coletivos” e são regulados pela Lei federal n. 1.533/51 e legislação posterior, ainda em vigência no que não afronta a Lei Maior. embora ressintam-se da falta de modernidade. De sorte que as considerações que se seguem valem, em princípio, tanto para um como para outro.

E ação civil de rito sumário especial, sujeita a normas procedimentais próprias. As disposições do Código de Processo Civil só supletivamente lhe são aplicáveis. Suas partes, na relação jurídico-processual que se instaura com a impetração, são o impetrante, isto é, o titular do direito lesado ou ameaçado de lesão, o impetrado, ou seja, a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, também chamada de autoridade coatora, e o Ministério Público, além, por certo, dos litisconsortes, impetrantes e impetrados. Atente-se que, no mandado de segurança coletivo, o sindicato, o partido político, a entidade de classe não são, certamente, os titulares do direito violado ou em vias de violação, mas os seus membros ou associados é que o são. No caso, o impetrante atua como substituto processual, agindo em nome próprio em favor de terceiros, conforme lição de Vicente Greco Filho

São atos de autoridade, suscetíveis dessa medida, todos os que consubstanciam uma ação ou omissão da Administração Pública, ou de quem lhe faça as vezes, como são a sociedade de economia mista, a empresa pública, a fundação, a autarquia e o concessionário-permissionário, no exercício de suas funções ou a pretexto de seu desempenho (RDA, 105:2 15). Por outro lado, entende-se como autoridade coatora aquela que pratica o ato impugnado. Assim, não é coatora a autoridade que recomenda a prática do ato ou expede normas para a sua edição e execução. Apesar disso, não se considera coator o agente público subalterno, responsável pela mera execução material do ato. Diga-se, ainda, que não se impetra a medida contra quem não pode atender, por falta de competência, a determinação judicial.

“Direito líquido e certo”, na bem-elaborada definição de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 614), “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”, ou, de forma mais simples, “é o que se apóia em fatos incontroversos, fatos incontestáveis”, na lição de Carlos Mano da Silva Veiloso (Mandado de segurança, RDP, 55/56:333). Esse direito, assim conceituado, também deve estar presente na impetração do mandado de segurança coletivo. Vê-se que é ação em que não se admite a produção de provas.

Para a interposição da ordem o impetrante tem somente cento e vinte dias, contados da data do ato a ser impugnado. Esse é o prazo para a impetração. Após o seu decurso, esta não mais caberá. Nesse caso, a defesa do direito há de se fazer pelas vias ordinárias. Para a interposição não há necessidade do esgotamento das vias administrativas (RT, 649:15 1). O mandado de segurança é ação judicial que admite, quando relevantes os fundamentos da impetração (*fumus boni iuris*) e, se concedida a ordem final, esta for ineficaz (*periculum in mora*), a suspensão liminar, pelo prazo de noventa dias, prorrogável por mais trinta, contado da medida tomada pela Administração Pública e que se quer ver impugnada^o. A liminar, quando concedida tem efeito mandamental e imediato, não podendo ser obstada na sua

execução por qualquer recurso comum. Não obstante ser essa a regra, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o presidente do Tribunal competente para conhecer do respectivo recurso, a pedido da pessoa jurídica de Direito Público ou da que deva suportar os efeitos da liminar, pode suspender, em despacho fundamentado, a sua execução. Competente, portanto, para requerer a suspensão é a entidade que

deve suportar os efeitos da liminar, não a autoridade coatora ou o Ministério Público, como já vimos algumas vezes. Contra essa decisão do presidente cabe agravo regimental, nos termos do art. 13 da Lei do Mandado de

Segurança e do art. 4 da Lei federal n. 4.348/64. A liminar, ainda, pode ser revogada nos casos previstos no art. 2 dessa lei e na hipótese do art. 807 do Código de Processo Civil.

1 Conforme a origem do ato impugnado a competência para conhecer e julgar o mandado de segurança é do juiz ou Tribunal que, de acordo com a organização judiciária, for competente para conhecer e julgar as causas de interesse da União, do Distrito Federal, do Estado e do Município. Impetrada a segurança, a autoridade coatora é notificada para, no prazo de dez dias, oferecer as informações sobre a matéria versada pelo writ. Essas informações devem ser prestadas pela própria autoridade coatora (RT. 682:156).

não pelo advogado ou procurador da pessoa jurídica a que pertence o impetrado. Transcorrido esse prazo, com a apresentação ou não das informações, ouve-se o Ministério Público. Após, ocorrerá a sentença. Da decisão que concede a segurança cabe o recurso de ofício e apelação, nos ter-

18. Não cabe a concessão de liminar nas seguranças impetradas com vistas à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, à concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 52 da Lei federal n. 4.348/64): nas seguranças impetradas para a liberação de mercadorias, bens ou coisas procedentes do estrangeiro (art. 1 da Lei federal n. 2.770/ 56): nas seguranças impetradas para pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público (art. 4 da Lei federal n. 5.021/66). entre outras hipóteses.

786

787

mos do parágrafo único do art. 12 da Lei federal n. 1.533/5 1 e do art. 475, II. do Código de Processo Civil, enquanto da sentença que negar a segurança cabe, nos termos dos arts. 82 e 12 dessa mesma lei e do art. 296 do Código de Processo Civil. o recurso de apelação. Ainda, conforme a circunstância e o estágio processual. cabem outros recursos. A apelação não tem efeito suspensivo, podendo ser executada provisionamente (art. 72 da Lei federal n. 4.348/64).

O valor da causa no mandado de segurança é o do ato impugnado. quando, por certo. for passível de aferição, quantificação: caso contrário. será o estimado pelo impetrante. A parte vencida responde pelas custas. não por honorários, salvo nos casos de litigância de má-fé.

6.2. Ação popular

Nos termos do art. 52, LXXIII. da Constituição Federal. a ação popular é o instrumento judicial posto à disposição de qualquer cidadão para 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. O sentido de patrimônio, como se vê, é bem amplo. Ademais, o cidadão ao tomar essa medida não está defendendo direito próprio. mas direito da comunidade, por essa razão não está sujeito às custas processuais, nem à verba de sucumbência, salvo má-fé. A ação popular está regulamentada pela Lei federal n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que. em seu art. 1. define esse instituto de modo semelhante ao conceituado constitucionalmente.

Só ao cidadão é reconhecida a legitimidade para propô-la. Esse é o autor ou autor popular. Cidadão é a pessoa física brasileira no gozo dos direitos políticos, isto é, portadora de título de eleitor. Logo, o menor de 18 e maior de 16 anos, se eleitor, pode ser autor popular. Não é medida posta à serviço de pessoa jurídica, conforme prescreve a Súmula 365 do STF. Sua legitimidade ativa é vedada ao estrangeiro. às associações de

classe, aos partidos políticos. às pessoas só dotadas de capacidade judicial (Câmara de Vereadores, Assembléia Legislativa. Congresso Nacional, condomínio. Ministério Público). Se o autor popular. reza o art. 92 da Lei da Ação Popular. desistir da medida proposta ou der motivo para a absolvição de instância, qualquer outro cidadão ou o ministério público pode dar prosseguimento ao pleito. Nos termos do art. 62 da Ação Popular, devem figurar no pólo passivo, conforme o caso. as entidades da Administração Pública direta e indireta, as pessoas privadas beneficiárias do ato ou contrato lesivo e os

agentes que autorizaram. aprovaram, ratificaram ou praticaram o ato ou firmaram o contrato.

Seu ajuizamento deve ocorrer no prazo de cinco anos. sob pena de prescrição, consoante prescreve o art. 21 da Lei da Ação Popular. atendidos. ainda, os dois seguintes requisitos: a) o autor popular deve ser cidadão brasileiro em pleno exercício dos respectivos direitos políticos: b) o ato impugnado deve ser lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe. à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Pode ser proposta para evitar o surgimento do dano ou para anular o ato e responsabilizar patrimonialmente o causador do dano. Seus afins, portanto, são preventivos ou repressivos. É ação de rito ordinário (art. 72), aplicando-se as regras do Código de Processo Civil. no que não contrariar o disposto na sua lei regulamentadora (art. 22). O foro competente é determinado consoante a origem do ato ou do contrato (art. 52), Conforme estatui o § 42 do art. 52 da Lei da Ação Popular. cabe suspensão liminar do ato lesivo impugnado. sempre que dos fatos transparecerem *ofumus boni juris* e *opericulunz in mora*. O prazo de contestação, conforme prevê o art. 72, § 2. IV. é de vinte dias. comum a todos os réus. prorrogável por mais vinte a pedido dos interessados. Contra a sentença que julga procedente ou improcedente a ação popular. cabe apelação voluntária. Se julgada improcedente. deve o juiz prolator recorrer de ofício. A procedência da ação popular determinará a invalidação da medida impugnada. com a conseqüente restituição dos bens ou valores. ou. ainda. o pagamento de perdas e danos. Em razão da procedência de uma dessas ações. o então Prefeito Paulo Salim Maluf foi condenado a ressarcir o tesouro municipal pela ilegal e lesiva doação de carros a jogadores de futebol que haviam ganho o campeonato mundial dessa modalidade esportiva.

6.3. “Habeas data”

A Constituição Federal, no inciso LXXII do art. 52, acolheu o habeas data⁹, instituto já conhecido de outros povos, por força de suas Cartas Constitucionais. de que são exemplos a Constituição portuguesa, de 1976 (art. 35), e da Espanha, de 1978 (art. 105), ou em razão de suas leis ordinárias, como ocorre na França e nos Estados Unidos da América do Norte. Consiste na ação civil constitucional destinada a garantir ao impetrante o direito

19. O rito processual do habeas data está regulado pela Lei federal n. 9.507/97.

788

789

de conhecer, em relação a sua pessoa, informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público², e, se for o caso, de retificá-las. A retificação, cremos, pode visar uma correção ou uma complementação. O inciso referido deixa entrever que o mesmo direito pode ser conseguido por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira. São sujeitos passivos da impetração as pessoas públicas ou privadas. Estas, só se mantiverem registros ou bancos de dados de natureza pública (Serviço de Proteção ao Crédito). A impetração só tem cabida quando a informação ou a retificação for negada. O rito processual, pela grande semelhança desse instituto com o mandado de segurança, é o instituído para este writ, com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. A decisão que o conceder é de natureza mandamental, isto é, ordena que o conhecimento ou retificação dos dados, informações e registros sejam permitidos ao impetrante. Essas ações são gratuitas (art. 52, LXXVII).

No que conceme à competência para processar e julgar o habeas data, há que se observar o que estabelece a Constituição Federal. Assim, por exemplo, a competência é: a) do Supremo Tribunal Federal, se o ato é do Presidente da República, da Mesa da Câmara dos Deputados Federais e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF, consoante prescreve o art. 102, 1. d; b) do Superior Tribunal de Justiça, se o ato é de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio STJ, conforme prevê o art. 105, II, b (com redação dada pela EC n. 23/99); c) dos Tribunais Regionais Federais, se o ato é de juiz federal ou dos próprios TRFs, segundo o estabelecido no art. 108, 1. c; d) do juiz federal, se o ato é de autoridade federal, conforme dispõe o art. 109, VIII, ressalvados os de competência dos Tribunais federais.

Em relação à competência para julgar essa medida na esfera estadual, há de se observar o que estabelecem as Constituições estaduais. Em São Paulo, por exemplo, a competência para processar e julgar originariamente o habeas data é do Tribunal de Justiça se o ato é do Governador, da Mesa ou da Presidência da Assembléia Legislativa, do próprio Tribunal ou de alguns de seus membros. dos presidentes dos Tribunais de Contas do Estado ou do Município de São Paulo. do Procurador-Geral da Justiça. do Pre 20 O direito de acesso a informações está regulado pela Lei federal n. 9.507/97.

feito e do presidente da Câmara Municipal de São Paulo, conforme prescreve o inciso III do art. 74 da Constituição paulista.

A execução da sentença proferida na ação de habeas data faz-se por ofício. dirigido ao responsável pelo arquivo ou banco de dados. onde deve ser transcrita. em seu inteiro teor. a sentença transitada em julgado. Diga-se. por fim. que essa ação é gratuita. Nada, portanto, pode ser cobrado. De sorte que não pode subsistir. porque atrita com a gratuidade. qualquer ação de execução para cobrar custas processuais ou honorários periciais e advocatícios.

6.4. Mandado de injunção

Nem todas as normas constitucionais são auto-aplicáveis. Algumas. e são muitas. dependem de regulamentação complementar. A falta dessa complementação legal pode ser o motivo que inibe o destinatário de fruir o benefício consignado na regra constitucional. concernente ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade. à soberania e à cidadania. Quando isso ocorrer, prescreve o inciso LXXI do art. 52 da Constituição da República. “conceder-se-á mandado de injunção”. observando-se. analogicamente, o procedimento do mandado de segurança. dada a ausência, nesse sentido. de legislação própria, convertendo-se esse procedimento em ordinário se houver necessidade de dilação probatória. segundo ensina Vicente Greco Filho (Tutela. cit., p. 188).

O mandado de injunção é ação civil constitucional de natureza mandamental. impetrável por quem tiver inviabilizado um dos citados direitos por falta de lei complementar reguladora de sua fruição. O impetrante é a pessoa física ou jurídica que se encontre nessa situação. enquanto impetrado é o Poder Público (Unido. Estado-Membro. Distrito Federal, Município) que deveria ter promovido a regulamentação e não o fez. A decisão proferida nessa ação só faz coisa julgada entre as partes. não beneficiando, portanto, casos ou situações análogas. Do contrário. o Judiciário estaria legislando.

No que respeita à competência para processar e julgar essa medida, há que se observar o que prescreve a Constituição Federal. Assim, por exemplo, é: a) do Supremo Tribunal Federal, se a competência para a elaboração da norma regulamentadora for do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados Federais, do Senado Federal, de qualquer das Mesas dessas Casas de Leis, do Tribunal de Contas, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio STE conforme estabelece o art. 102. 1. q; b) do Superior Tribunal de Justiça, se a elaboração da norma regulamen 790

791

tadora for de órgão, entidade ou autoridade federal da Administração direta ou indireta, consoante prescreve o art. 105. 1. h.

Em relação à competência para processar e julgar o mandado de injunção no âmbito dos Estados-Membros e dos Municípios, deve conformar-se com o que prescrevem as Constituições estaduais. Em São Paulo, por exemplo, a competência é do Tribunal de Justiça, quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, ou da Administração indireta, torne inviável o exercício dos direitos assegurados na Constituição do Estado (art. 74. V. da Constituição paulista).

A execução da sentença faz-se por meio de comunicação ao Poder, órgão ou autoridade competente para cumpri-la, nos termos e condições mencionados na própria decisão, mas não tem o Judiciário como compelir o Poder Executado, caso este não cumpra a decisão. Executada a sentença com a edição da norma regulamentadora, todos os que se encontram em situação igual à do impetrante podem perante ela fazer valer seus direitos.

6.5. Ação civil pública

Certos direitos, bens e interesses dizem respeito à coletividade. São os chamados interesses difusos, defendidos através da ação civil pública, instituída e regulada pela Lei federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Pode ser definida como a ação adequada para reprimir ou impedir danos a direitos, bens e interesses da coletividade. Esses bens e interesses, nos termos do art. 12 dessa lei, são o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. De sorte que não pode ser aproveitada para amparar direitos e interesses individuais. Também não pode ser utilizada para exigir do causador do dano a competente reparação sofrida por particulares.

A ação pode ser proposta pelo Ministério Público. União. Estados. Municípios. autarquia. empresa pública. fundação. sociedade de economia mista ou associação que esteja constituída há pelo menos cinco anos e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente. ao consumidor. ao patrimônio artístico. estético, histórico. turístico e paisagístico. consoante estabelece o art. 59 da citada lei. contra as pessoas físicas e jurídicas. e estas públicas (União. Estado-Membro. Município. Distrito Federal e autarquia). privadas (sociedade mercantil e industrial) ou governamentais (sociedade de economia mista. empresa pública, fundação) responsáveis por fatos. atos e situações que violam normas de proteção ao meio ambiente e ao consumidor, ou que desconheçam bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico.

A ação civil pública deve ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano, conforme estabelece o art. 2 da referida lei. Nesse foro também deve ser ajuizada qualquer medida cautelar. O rito dessa ação é o ordinário, e admite liminar quando solicitada pelo autor. Com a concessão da liminar fica suspensa a atividade que ensejou a medida. A responsabilidade do réu é objetiva, isto é, não há necessidade de o autor demonstrar que o réu agiu com dolo ou culpa: é suficiente a demonstração do dano e que este foi causado pelo réu. Essa responsabilidade decorre do disposto no art. 14. § 1. da Lei federal n. 6.938/81. que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Essa responsabilidade não elide a criminal nem a administrativa. Sobre estas. veja a Lei federal ii. 9.605. de 12 de fevereiro de 1998. que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Ao réu. em defesa. só cabe. dada a natureza de sua responsabilidade, demonstrar que não é o responsável pelo fato. ato ou situação que causa lesão ao meio ambiente ou ao consumidor. ou que o fato. o ato ou a situação lesiva não aconteceu. ou. finalmente, que seu comportamento não é lesivo e sua conduta é legal e está autorizada pela autoridade competente. A sentença poderá condenar o réu a uma obrigação de fazer ou não fazer. ou a uma indenização.

Aos membros do Ministério Público cabe promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social. do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, consoante dispõe o art. 129. III. da Constituição Federal. Apesar disso, terceiros também podem propor essa ação, conforme o § 12 desse artigo.

V — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

Em juízo, a Administração Pública recebe a denominação de Fazenda Pública²¹, por ser a responsável pelos encargos patrimoniais da demanda. Assim, é a Fazenda Pública federal, estadual, distrital ou municipal que, como ré ou autora, comparece para defender os interesses públicos. De regra, tem foro próprio e juízo privativo, nos termos da Constituição Federal, da Lei de Organização da Justiça federal e das Leis de Organização da Justiça estadual.

21. Consoante a Súmula do TRF-SP, a locução “Fazenda Pública” também compreende as autarquias. Para aprofundar estudos, veja Cassio Scarpinella Bueno (O poder público em juízo. São Paulo. Max Limonad. 2000).

792

793

A União, suas autarquias e empresas públicas, em primeira instância, demandam perante a Justiça federal, sediada na Capital do Estado e nas suas cidades mais representativas, e, em segunda instância, junto ao Tribunal Regional Federal, onde vão ter os recursos ordinários. Contra a União, as causas podem ser aforadas na sessão judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal (art. 109, § 22, da CFL). A ação decorrente das relações de trabalho entre a União, as autarquias federais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações federais e seus respectivos servidores, independentemente da natureza do vínculo que os liga a uma dessas entidades, processa-se perante a Justiça do Trabalho, onde também são decididos os recursos eventualmente interpostos (art. 114 da CF).

Os Estados federados, nas causas de competência da Justiça estadual, litigam na respectiva Capital, em juízo, privativo ou comum, salvo em relação às ações reais e aos mandados de segurança, cujo foro é, respectivamente, o da situação do bem ou o da sede da autoridade coatora. Os seus servidores celetistas demandam perante a Justiça do Trabalho (Junta de Conciliação e Julgamento) ou no juízo comum do local de trabalho. Quando houver interesse da União, litigam na Justiça federal.

Os Municípios litigam perante a Justiça estadual, salvo as exceções (interesse da União). Ademais não são prestigiados por juízes ou Varas privativas.

A representação da Fazenda Pública em juízo é feita por seus procuradores. Os procuradores da Fazenda Pública não carecem de procuração judicial para o desempenho de suas atribuições junto aos órgãos do Judiciário, por se presumir ínsita na nomeação (RDP 47/48:163 e RDA. 179- 80:158): basta que na inicial mencionem essa

qualidade. De sorte que os poderes para receber notificações, promover levantamentos, realizar pagamentos relacionados com a demanda em que representam a Fazenda Pública integram as funções do cargo de advogado ou procurador. Já o mesmo não ocorre com os advogados contratados: estes devem juntar a competente procuração ad judicium. Ambos, no entanto, necessitam de poderes especiais, outorgados por lei, para confessar, transigir²², desistir ou renunciar.

dado que a prática de tais atos excedem os meros poderes da representação judicial (RDA, 128:178). Assim é em razão do princípio da indisponibilidade dos bens, interesses e direitos da Administração Pública.

Observe-se que também é em função desse princípio que não se empresta à revelia o efeito que a ela comumente se reconhece, consubstanciado no art. 319 do Código de Processo Civil (“Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”), quando a Administração é a ré. Aplica-se, na hipótese, o art. 320, II, desse mesmo diploma, segundo o qual a revelia não induz esse efeito se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Nesse sentido é a lição de José Nilo de Castro ²³ ao assegurar: “Tratando-se, pois, de poder público, qualquer que seja a, não se lhe comunicam os efeitos da revelia, pois se lhe são inalienáveis e indisponíveis os direitos e interesses, que estão e são extra commercium”. Em idêntica direção confronte-se, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a Apelação n. 13.744 (JC, 22:242); do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RT, 720:206); do extinto TFR, o Recurso Ex Officio n. 67.773-RJ (DJ, 27 jun. 1985); e do Tribunal de Justiça de São Paulo, a Apelação Civil n. 46.250-2 (RJTJSP, 88:246). Não cabe, também pelas mesmas razões, falar-se em confissão ficta, em face do que prescreve o art. 351 do Código de Processo Civil (“Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”)²⁴. Não obstante esse entendimento, o TST sentenciou que a ausência de preposto na audiência inaugural acarreta a aplicação da pena de confissão ficta, mesmo em se tratando de pessoa jurídica de Direito Público, uma vez que o Decreto-Lei federal n. 779/69 não prevê o benefício de sua inaplicabilidade para essas entidades (RR 97.200/931).

A competência para receber citações iniciais de ação ou execução contra a Fazenda Pública ou para receber notificações para a prática ou abstenção de atos é do advogado ou procurador com poderes expressos para tanto. O art. 83, III, do Código de Processo Civil fixa a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em todas as causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da

parte. Embora seja assim, controvertem os autores quanto à compreensão e extensão desse dispositivo, chegando o Simpósio de Curitiba, realizado em 1975, a

22. Sobre transação e Administração Pública, veja Almiro do Couto e Silva. RDP.

73:84. No âmbito federal, a transação nas causas de interesse da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas está regulada pela Lei federal n. 8.197/91. Veja, ainda. RT. 714:199.

794

23. Direito municipal, Belo Horizonte, Dei Rey. s. d., p. 308.

24. Confronte, nesse sentido, o Recurso Ex Officio n. 67.773-RI, DI. 27 jun. 1985, do extinto TFR.

795

L

concluir que a intervenção do Ministério Público previsto nesse dispositivo não é obrigatória, cabendo, no entanto, ao juiz julgar da existência de interesse que ajustifique (RT, 482:270). A intervenção, parece, só seria obrigatória se estivesse em jogo qualquer interesse patrimonial da Fazenda, como litigante ou interveniente. Tratando-se de ações de natureza especial, a intervenção dependerá do que estiver regulado na lei que a instituir.

Sendo contrária à Fazenda Pública a decisão proferida, seu prolator há de recorrer de ofício, para submetê-la ao duplo grau de jurisdição, conforme determina o art. 475, II, do Código de Processo Civil. O mesmo se passa relativamente à ação de execução de dívida ativa da Fazenda Pública, nos termos do inciso III desse artigo do mencionado Código.

A execução da sentença contra a Fazenda Pública, condenada a pagar quantia certa, tem início com a sua citação para promover o pagamento ou embargar a execução. Não há, assim, penhora de bens públicos para garantir o juízo da execução. Então, na medida em que se vão processando as citações, deve a Administração Pública promover os correspondentes depósitos, observada rigorosamente a ordem cronológica de sua apresentação e à conta dos créditos respectivos, proibida a indicação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos (art. 100 da CF), salvo as hipóteses de pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença transitada em julgado, conforme prescreve o § 3 desse artigo, acrescentado pela EC n. 20/98. A lei a que se refere esse parágrafo é federal, mas ainda não foi editada.

Ainda ressalva-se da obrigatoriedade da observância do regime de precatório, que só é exigido para os casos de execução forçada, as hipóteses de não-pagamento de prestações avençadas em operação de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO), conforme decidiu o 12 TACivSP (RT, 742:278). Essas operações estão autorizadas pela Constituição Federal (art. 165, § 82), bem como está o Poder Público autorizado a dar, mediante contrato previamente autorizado por lei, em garantia desse empréstimo quotas-partes do ICMS e do FPM (art. 167, IV, da CF). A Constituição Federal também permite a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos previstos no art. 155, em relação aos Estados e ao Distrito Federal, e no art. 156, relativo ao Município, e de transferências previstas nos arts. 157 (Estado e Distrito), 158 (Município), 159, 1, a (Estados e Distrito Federal) e b (Municípios) e II (Estados e Distrito Federal), para prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de seus créditos. Em todas essas hipóteses não cabe o regime de precatórios.

Na falta de recursos para tanto, cabe ao expropriante, nos termos do art. 100 da Constituição da República, com relação aos requisitórios recebidos até 1 de julho de cada ano, incluir, no orçamento que será executado no ano seguinte, dotação bastante para os respectivos pagamentos. Os recebidos após essa data serão pagos com recursos inscritos na peça orçamentária subsequente. Destarte, os recebidos, por exemplo, até 12 de julho de 1999 serão pagos em 2000, com recursos que constarão, obrigatoriamente do orçamento elaborado e aprovado em 1999 e executado no ano seguinte. Os recebidos depois de 12 de julho de 1999 serão pagos em 2001, com recursos que constarão, obrigatoriamente do orçamento elaborado e aprovado em 2000 e executado no ano subsequente. Observe-se, em primeiro lugar, que, nos termos do § 1º do mencionado artigo, os valores das prestações devem ser atualizados até 1 de julho e, em segundo lugar, que os assim consignados na peça orçamentária deverão ser pagos até o fim do exercício seguinte.

As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados a favor do Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterição de seu direito a preferência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito (art. 100, § 2º, da CF). Escapam a esse ritual os créditos de natureza alimentícia (art. 100) e o pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor (32), conforme enunciado pelo próprio art.

100. Sobre os valores devidos pela Fazenda Pública podem incidir juros moratórios de 6% ao ano e compensatórios de 12% ao ano, além da correção monetária.

Como autora, ré, assistente ou oponente a Fazenda Pública litiga em juízo tal qual o particular, embora goze de alguns privilégios como prazos maiores para contestar (quádruplo) e recorrer (dobro)²⁵. As despesas judiciais (custas, emolumentos e honorários) devidas pela Fazenda Pública federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal serão pagas, afinal, se vencida no pleito (CPC, art. 27)²⁶. Até mesmo do preparo de seus recursos está dispensada (art. 511, parágrafo único, do CPC). Esse pagamento diferido não é pacífico. Algumas decisões de nossos Tribunais têm entendido que a

25. Nesse sentido veja decisão do TST: Ac. 2.603/91-T (DJU. 12 mar. 1992).

26. Confira. do TRF-SP. a Súmula 4.

796

797

Fazenda Pública é obrigada a adiantar as despesas de atos determinados pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público e da própria Fazenda Pública (RJTJSP. 110:307 e DJU, 15 maio 1995, p. 13371), quando combinadamente são interpretados os arts. 27 e 19, § 22, ambos do Código de Processo Civil. Os salários de peritos devem ser pagos normalmente, isto é, quando solicitado pelo credor (STJ, Súmula 232).

CAPÍTULO XV

PROCESSO ADMINISTRATIVO E SINDICÂNCIA

1— PROCESSO ADMINISTRATIVO

1. Conceito

A locução “processo administrativo” é formada pelo substantivo “processo” e pelo adjetivo “administrativo”. Enquanto processo designa o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados, e necessários a alcançar uma decisão sobre certa controvérsia, administrativo indica, além da sede em que se desenvolve o processo, a natureza do litígio. Assim, tecnicamente pode-se definir o processo administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa. De sorte que somente os processos administrativos que encerram um litígio entre a Administração Pública e o administrado (recurso contra lançamento tributário) ou o seu servidor (aplicação de pena disciplinar) são merecedores dessa denominação.

A prática, no entanto, mostra-nos outra realidade. Com efeito, a necessidade que tem a Administração Pública de registrar seus atos, de controlar o comportamento de seus agentes e de decidir sobre certas controvérsias acabou por generalizar o uso dessa locução. Assim, todos os autos internos, instaurados pela Administração Pública, são denominados pro 1 A Lei federal n. 9.784. de 29 de janeiro de 1999. regula o processo administrativo

para a Administração Pública Federal direta e indireta, enquanto no Estado de São Paulo

vigora, no âmbito da Administração Pública Estadual, direta e indireta, para disciplinar o

mesmo tema, a Lei paulista n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998.

798 799

cesso administrativo, como bem observou Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 587). São, pois, segundo essa visão prática, processos administrativos tanto os que encerram um litígio como os que se prestam para outorgar o uso de bem público, para deliberar sobre o pedido de construção, para sugerir à Administração Pública a promoção de um certame para a escolha da bandeira municipal, para expropriar certo bem particular ou selecionar a melhor proposta para um dado negócio.

Destarte, processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibiliza,; no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.

2. Processo administrativo e procedimento

Processo administrativo, como vimos, é, em sentido amplo, prático, o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir os seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros. É toda e qualquer autuação efetivada pela Administração Pública no interesse e segurança da função administrativa. Na lição de Maria Sylvia Zanelia Di Pietro (Direito administrativo, cit.,

p. 397), é o instrumento indispensável para o exercício da função administrativa de sorte que tudo o que a Administração Pública faz ou deseja, sejam operações materiais, sejam atos jurídicos, fica documentado em um processo.

Procedimento, já o dissemos (Cap. III, item VI), com o apoio de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”. Corresponde a rito, modo de proceder, ou, como diz Hely Lopes Meirelles:

“é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”. Sendo assim, é fácil perceber que nem todos os processos administrativos têm um procedimento. Têm-no, por exemplo, o processo de licitação, o processo de admissão de servidores, o processo expropriatório e o processo disciplinar.

3. Competência legislativa

Processo administrativo é instituto do Direito Administrativo. É matéria administrativa, portanto, qualquer das pessoas políticas (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município) pode legislar sobre essa matéria e estender sua obrigatoriedade às entidades da Administração autárquica ou fundacional pública. Nessa área, vê-se, não cabe qualquer legislação federal que submeta o Estado, o Distrito Federal e os Municípios às suas disposições, sob pena de quebra do princípio da autonomia de seus serviços. Por isso, assegura Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 587) que “o processo administrativo não pode ser unificado pela legislação federal, para todas as entidades estatais, em respeito à autonomia de seus serviços”. Daí a cautela da União ao explicitar a abrangência da Lei federal n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispondo que essa lei estabelece as normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta (art. 1).

Embora seja assim, a maioria das entidades federadas não tem lei regulando de forma completa e sistematizada esse tema. Na necessidade, utilizam, no que é cabível, a legislação esparsa que regula os processos administrativos, disciplinar e tributário, e a orientação doutrinária e jurisprudencial oferecida ao longo do tempo, não obstante esse esforço a atuação da Administração Pública nesse ponto deixe muito a desejar. Em 1999 a União editou a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta (art. 1) e estendeu sua aplicabilidade aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, quando no desempenho de função administrativa (art. 1, § 12). Em 1998 o Estado de São Paulo

editou a Lei n. 10.177, para disciplinar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual centralizada e descentralizada (art. 12), mas não estendeu, ao menos expressamente, sua aplicabilidade aos Poderes Legislativo e Judiciário. Ainda que tenha sido assim, essa lei também é aplicável a esses Poderes quando no exercício de função administrativa, pois expressamente seu art. 12 referiu-se a Administração Pública centralizada, onde estão ditos Poderes quando exercem suas respectivas funções administrativas.

2. Sobre essa lei veja Egon Boclunann Moreira (Processo administrativo. São Paulo. Malheiros. 2000, p. 254).

800

801

4. Princípios

São princípios estruturadores do processo administrativo em geral e de obrigatoria observância os seguintes: legalidade objetiva, oficialidade, informalismo, publicidade. Para os processos administrativos de natureza punitiva, outros princípios, como mais tarde veremos, também são obrigatórios. A mencionada Lei federal n. 9.784/99 arrolou um número bem maior de princípios e os chamou de critérios. Com efeito, no parágrafo único do art. 2 estabeleceu que: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: 1 — atuação conforme a lei e o Direito; II — atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III — objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV — atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V — divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI— adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII — indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX — adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X — garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII — impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos

interessados; XIII — interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. Cuidemos, em síntese, de explicitar cada um daqueles princípios aplicáveis à generalidade dos processos administrativos, pois os critérios indicados por essa lei serão referidos ao longo do texto e nos momentos oportunos.

4.1. Princípio da legalidade objetiva

Tal princípio só permite a instauração do processo administrativo com base na lei e para preservá-la. Ademais, em todo o seu transcorrer não se pode deixar de atendê-lo. Quanto a esse princípio, com apoio em Giannini,

diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 588) que o processo administrativo ao mesmo tempo em que ampara o particular serve ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração Pública. Todo o processo há de fundar-se em norma legal específica para a

satisfação desse princípio, sob pena de invalidade.

4.2. Princípio da oficialidade

Por esse princípio cabe à Administração Pública, e somente a ela, a movimentação do processo administrativo, ainda que instaurado por provocação de particular, e adotar tudo o que for necessário e adequado à sua instrução. Logo, uma vez instaurado, qualquer impulso para movimentá-lo cabe à Administração Pública, dado que prevalecente o interesse público, conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Curso, cit., p. 514). De sorte que poderá ser responsabilizado o agente da Administração Pública quando retarda ou se desinteressa pelo processo administrativo. Ainda em razão desse princípio, diz-se que a instância não perime, isto é, não se finda, nem o processo se extingue pelo decurso do tempo, salvo expressa previsão legal.

4.3. Princípio do informalismo

Em razão desse princípio dispensam-se ritos rigorosos e formas solenes para o processo administrativo. Esse processo, já asseverou o STF: “caracteriza-se pela flexibilidade e menor formalismo que o processo judicial” (RDA, 137:221). São suficientes as formalidades para se assegurar acerteza jurídica, a garantia e a credibilidade do processo administrativo, salvo se a lei impuser uma forma ou o atendimento de certa formalidade. Nesses casos, o atendimento é necessário, sob pena de nulidade, conforme ensina Maria Sylvia Zanefla Di Pietro (Direito administrativo, cit., p. 401), ao asseverar que “às vezes, a lei impõe determinadas formalidades ou

estabelece um procedimento mais rígido, prescrevendo a nulidade para o caso de sua inobservância”. Ademais, afirma essa administrativista que “isso ocorre como garantia para o particular de que as pretensões confiadas aos órgãos administrativos serão solucionadas nos termos da lei; além disso, constituem o instrumento adequado para permitir o controle Administrativo pelos Poderes Legislativo e Judicial”.

802

803

O informalismo, observe-se, não pode servir de pretexto para a existência de um processo administrativo mal-estruturado e pessimamente constituído, em que não se obedece à ordenação e à cronologia dos atos praticados. Assim, imperaria o desleixo, não o informalismo, no processo administrativo que se apresentasse faltando folhas, com folhas não numeradas e rubricadas, com ajuntada ou desentranhamento de documentos sem o competente termo, com rasuras em suas folhas, com declarações apócrifas, com informações oferecidas por agentes incompetentes, ou anotados sem as cautelas devidas. Processo administrativo que assim se apresentasse, certamente, não asseguraria o mínimo da certeza jurídica à sua conclusão, nem garantiria a credibilidade que dele se espera. Em suma, não seria de nenhuma valia.

4.4. Princípio da publicidade

Salvo se o interesse público exigir o sigilo, o processo administrativo deve ser instaurado e se desenrolar com o estrito atendimento do princípio da publicidade. Por ele não se deve apenas publicar os atos mais importantes, como são os de instauração e decisão. Deve-se permitir, como afirma Maria Sylvia Zaneila Di Pietro (Direito administrativo, cit., p. 399), que os interessados tenham acesso ao processo administrativo, desde que demonstrem ter um interesse atingido, ou atuem na defesa do interesse coletivo ou pretendam exercitar seus direitos à informação, e desde que dele se valham sem abuso. Esse acesso significa poder examinar e fazer anotações do que entender de seu interesse, poder requerer certidões das peças que desejar, direito que só encontra óbices nas razões de segurança da sociedade e do Estado e na defesa da intimidade ou do interesse social, conforme prevêm. respectivamente, os incisos XXXIII e LX do art. 5º da Constituição Federal. Nessas hipóteses, a autoridade competente deve, fundamentadamente, declarar o sigilo. Antes disso, será ilegal vedar o acesso ao processo administrativo ou negar pedido de certidão de qualquer de seus atos ou documentos.

5. Objeto

O processo administrativo pode versar os mais diversos temas. Pode tratar da padronização de um bem, cuidar da investigação de um fato, visar a aplicação de uma pena, objetivar uma decisão, encerrar uma denúncia, consubstanciar uma sugestão, exigir um tributo, comprovar o exercício do poder de polícia, visar a apuração de certos fatos e a indicação dos responsáveis

autores. Estes temas, a exemplo de outros, podem ser objeto do processo administrativo. O objeto é, portanto, o tema versado no processo administrativo e esse pode ser qualquer um.

6. Finalidade

Pode-se dizer que, precipuamente, o processo administrativo tem por finalidade específica o registro de ato da Administração Pública, o controle da conduta dos seus agentes e administrados, a compatibilização do interesse público e privado, a outorga de direitos, e a solução de controvérsias entre a Administração Pública e seus agentes ou administrados. Desse modo, o processo administrativo somente se justifica em razão dessas finalidades. A finalidade específica do processo administrativo é, assim, o que a Administração Pública se propõe a obter com a sua instauração. A par dessa finalidade, há a genérica, isto é, o interesse público na sua utilização como instrumento de realização da função administrativa.

7. Fases

Os atos ordenados e cronologicamente praticados no desenrolar do processo administrativo são, em razão da finalidade que têm, agrupados em fases. Estas não indicam um espaço de tempo previamente determinado nem têm momento certo de início e término. Algumas dessas fases, como a de instauração e a de decisão, na verdade são atos que se aperfeiçoam no instante da edição.

Na generalidade dos processos administrativos são comuns as fases de instauração, instrução, relatório e decisão, cuja realização obedece a essa ordem ou seqüência. Em determinados processos administrativos, como são os punitivos, há, entre as fases da instrução e do relatório, a fase da defesa. Vejamos cada uma dessas fases, asseverando antes que a Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais, no art. 151, estabelece que o processo disciplinar se desenvolve em três fases: I — instauração; II — inquérito administrativo, que compreende a instrução, a defesa e o relatório; e III — julgamento.

7.1. Fase de instauração

A fase de instauração é a primeira do processo administrativo. Nela são oferecidos, por escrito, os fatos e, quando for o caso, a indicação do

804

805

direito que enseja o processo administrativo. Pode decorrer de ato da Administração Pública³ ou de terceiros, pessoa física — inclusive o servidor se pleitear interesse próprio —, ou jurídica, sendo esta pública ou privada⁴. Consubstancia-se numa portaria, decreto, auto de infração, representação, despacho da autoridade competente ou ordem de serviço, quando provém da Administração Pública. Formaliza-se por requerimento ou denúncia quando decorre de ato de terceiros. Em ambas as hipóteses, a peça instauradora deve conter o nome da autoridade a quem é dirigida, trazer a devida qualificação do interessado, com endereço, conter a descrição dos fatos e o que é desejado pelo requerente com suficiente clareza e especificidade, de modo a circunscrever o objeto do processo administrativo e a permitir a adequada e pertinente instrução e, se for o caso, a ampla defesa de eventuais acusados ⁵. Salvo motivo justo, a Administração Pública a quem é dirigida não pode recusar seu recebimento, prescreve o parágrafo único do art. 6 da Lei federal n. 9.784/99. mas se mal-elaborada pouca valia tem, podendo, por isso, levar a nulidade ao processo (Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo — 1988, Coordenador Des. Milton Evaristo dos Santos, Revista dos Tribunais, 1992, p. 225). Certamente, para evitar esses inconvenientes, os órgãos e entidades deverão elaborar modelos e orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas, estabelece o art. 72 dessa lei. Se iguais forem os pedidos de vários interessados, poderão ser formalizados em um único requerimento ou petição, salvo disposição legal contrária.

A peça inicial do processo administrativo, sempre em termos, pode ser instruída com documentos comprovadores das informações e fatos retratados e com o rol de testemunhas que poderão esclarecer e confirmar o alegado. Mesmo a subscrita por particular não precisa ter sua firma reconhecida. Algumas vezes, como é o caso de denúncia, nem mesmo precisa estar assinada. Embora assim devesse ser, o art. 144 da Lei do Regime Jurídico Unico dos Servidores Federais estabelece que “as denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade”. Essas exigências, se de um lado inibem denúncias

3. A iniciativa de ofício está prevista no art. 52 da Lei federal n. 9.784/99.

4. A iniciativa a pedido do interessado está prevista no art. 2da Lei federal n. 9.784/99. No art. 92 essa lei arrola os interessados na instauração do processo administrativo.

5. Os requisitos da petição ou requerimento do interessado na abertura do processo administrativo estão indicados nos vários incisos do art. 6 da Lei federal n. 9.784/99.

inconsistentes, com o intuito de ver o denunciado execrado pela opinião pública, de outro, também desestimulam as denúncias que poderiam ser promovidas por aqueles que sabem dos fatos mas não os denunciam com medo de represálias.

Recebida a peça inicial pela autoridade competente, toca-lhe determinar a autuação (ato por que começa qualquer processo), cabendo ao setor competente dar-lhe uma capa, onde são lançadas as indicações relativas ao processo (assunto, interessado, data). A partir daí, pelo princípio da oficialidade, começa o desenvolvimento do processo administrativo.

7.2. Fase da instrução

Essa é a segunda fase do processo administrativo⁶. Nela são elucidados os fatos com a competente produção das provas (depoimento da parte, oitiva de testemunhas, inspeções, perícias, juntada de documentos) ou colhidas as informações, laudos e pareceres necessários ao convencimento da Administração Pública na tomada de certa decisão. Nos processos administrativos punitivos e de expediente, a instrução cabe à autoridade ou comissão processante, salvo no que for pertinente à defesa, que incumbe ao acusado, ao mesmo tempo que lhe toca a prova do alegado. Nos processos administrativos de outorga e de controle, essa atribuição é dos interessados, mediante a apresentação das provas ou de requerimento para sua realização. Qualquer prova ou informação, desde que admitida em Direito, pode ser produzida ou solicitada sua produção. A Lei federal n. 9.784/99 proíbe a utilização no processo administrativo de prova obtida por meio ilícito (art. 30). A má instrução do processo administrativo pode conduzir à nulidade da decisão ou tornar imprestável todo o processado para os fins desejados.

A instrução tem início logo após a instauração do processo administrativo e termina quando tudo o que deveria ser produzido para o convencimento e prolação da decisão da Administração Pública foi efetivamente realizado.

E assegurado ao servidor denunciado o direito de acompanhar, pessoalmente ou por seu advogado, o processo, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e

contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial. Para tanto, prescreve a Lei federal n. 9.784/99, o interessado

6. Na Lei federal n. 9.784/99 a instrução do processo administrativo está regulada no art. 29 usque 47.

806

807

será intimado com antecedência mínima de três dias úteis (art. 41). Certamente as provas impertinentes, as meramente protelatórias, as que visam tumultuar a apuração dos fatos ou o desenvolvimento do processo devem ser indeferidas pela comissão processante, consoante permitido pelo art. 156, § 12, da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais. Ainda é assegurado ao servidor o direito de ser ouvido.

7.3. Fase do relatório

Nesta fase, a terceira do processo administrativo, a autoridade ou a comissão processante elabora o relatório. Este é a síntese de todo o apurado, com a avaliação das provas, dos fatos levantados, das informações, do direito desatendido conforme a natureza do processo (punitivo, controle, outorga) e proposta conclusiva para orientar a decisão da autoridade competente.

O relatório é peça informativo-opinativa que, salvo previsão legal, não é vinculante para a Administração Pública ou para os demais interessados no processo administrativo. Por esse motivo, a autoridade competente pode divergir da conclusão ou sugestão oferecida e decidir de modo diferente, bastando que fundamente sua decisão.

7.4. Fase da decisão ou julgamento

Nesta última fase do processo administrativo, a autoridade ou o órgão competente profere uma decisão sobre o objeto do processo. Para essa ação não há qualquer faculdade para a Administração Pública, pois trata-se de dever-poder de proferir a decisão⁷, que comumente está baseada na conclusão do relatório. Não obstante assim sempre se proceda, a autoridade ou o órgão competente pode desprezar as conclusões do relatório ou mesmo contrariá-las, em face da interpretação diversa das normas jurídicas aplicáveis no caso ou se, em razão dos fatos, chegar a outra conclusão, e decidir de modo diferente do sugerido no relatório. O imprescindível é que a decisão seja fundamentada na prova ou informações constantes do processo administrativo. Nenhum argumento, prova ou informações, fora dos autos pode ser usado como fundamento da decisão. A Lei federal n. 9.784/99 cuida da motivação do ato administrativo no art. 50, e prescreve a

7. Essa obrigação esta prevista no art. 48 da Lei federal n. 9.784/99.

indispensabilidade da sua motivação. A motivação, consoante o § 12 desse artigo, deve ser explícita, clara e congruente.

8. Formação material do processo

Em termos materiais, o processo administrativo consiste na reunião ordenada e cronológica das peças processuais que o compõem, a partir da inicial, envolvidas por uma capa, com indicações relativas ao assunto, ao interessado, e à data. Esse processo, assim formado, é numerado e registrado, e sua tramitação pelos órgãos e repartições da Administração Pública é anotada para que, a qualquer momento, se possa saber de seu paradeiro.

A capa do processo, chamada de folha de rosto do processo administrativo, recebe o n. 1 e as demais, os números subseqüentes, sem quebra da seqüência e sem qualquer artifício, como a numeração seguida de letra (1/ A, 1/B, 1/C) para corrigir vícios e erros nessa seqüência. Qualquer desses erros deve ser certificado e corrigido regularmente. Cada folha de informações ou de documentos de interesse do processado deve ser anexada ao processo administrativo pela autoridade competente ou determinada por ela, recebendo o competente número e rubrica do agente responsável. Todo ato de juntada deve ser consolidado por termo de juntada, onde se certifica a anexação de tal ou qual documento (descrição sucinta, com o número, nome do documento), datado e assinado pela autoridade competente. Nada pode ser juntado sem a prévia autorização da autoridade competente e sem o atendimento dessas formalidades. As cotas, informações e despachos necessários à tramitação do processo pelos vários setores da Administração Pública ou à sua instrução devem ser assinados pelo agente público competente, sob a indicação de seu nome e número de sua carteira funcional ou da Cédula de Identidade.

Pode, no decorrer do processo, ser necessário o desentranhamento de um documento, porque juntado indevidamente ou porque indispensável a outros fins. O desentranhamento, se for do interesse da Administração Pública, deve ser determinado pela autoridade competente e, se do interesse de terceiros, deve ser requerido e deferido por essa mesma autoridade, tomadas as cautelas de estilo, ou seja, a lavratura do termo de desentranhamento, onde se certifica esse fato, descreve-se sucintamente o documento desentranhado, menciona-se que em seu lugar se juntou a correspondente cópia e se entregou o original ao interessado, que deverá declarar seu recebimento. Observe-se que somente podem ser desentranhados os documentos que não são essenciais, pelos seus aspectos formais, à decisão

808

809

da Administração Pública e os que não foram produzidos especialmente para o processo. Dos demais, se for o caso, pode-se extrair cópia ou certidão de inteiro teor e entregá-la ao interessado.

Os documentos e folhas de informações do processo administrativo não podem estar rasurados, e seu manuseio deve ser cuidadoso para não danificá-los. Algumas vezes, em razão de interesses conexos ou para evitar decisões contraditórias, deve-se apensar a um processo administrativo outro ou outros. Esse apensamento deve ser determinado pela autoridade competente e procedido mediante termo, lavrado em todos os processos. Os apensados serão decididos depois da decisão proferida no processo administrativo a que estão ligados. O desapensamento também deve observar essas cautelas.

Todas essas medidas são necessárias para se alcançar a certeza jurídica e a segurança dos interesses envolvidos. O processo administrativo mal-estruturado e pessimamente constituído, em que não se obedeceu a qualquer ordenação, cronologia dos fatos e acontecimentos, certamente não inspirará certeza nem permitirá a presunção da segurança dos interesses envolvidos. Ninguém se conformará com medidas baseadas em processo administrativo onde faltam folhas e documentos mencionados na decisão, onde não estão corretamente numeradas e rubricadas as folhas, onde não há termos de juntada e de desentranhamento ou onde agentes incompetentes ofereceram suas manifestações. Em juízo, se requisitado, ou apresentado como prova pela Administração Pública, por certo impressionará desfavoravelmente ao julgador do processo judicial.

8.1. Autos suplementares

Autos suplementares são os constituídos de cópias das peças dos autos originais. São exigidos pelo art. 159 do Código de Processo Civil e destinam-se a substituir os autos originais no caso do seu desaparecimento. Em relação ao processo administrativo, não há qualquer regra geral que exija a constituição desses autos. Embora seja assim, o bom-senso e a cautela, principalmente quanto a algum processo administrativo em especial, podem tornar sua constituição necessária.

Os autos suplementares, por sua finalidade, precisam ser formados ao mesmo tempo em que os originais são constituídos. Somente assim não se corre o risco da falta de parte dos autos originais se eventualmente ocorrer o seu desaparecimento. Ademais, os autos suplementares precisam estar arquivados em local seguro, que dificulte ao

máximo seu desaparecimento (roubo, destruição), e só os autorizados devem manuseá-los.

9. Vista do processo

Em termos processuais, vista significa exame, ação de ver para examinar, ter ciência de um ato praticado no processo. É diligência necessária, levada a efeito para que os interessados possam falar sobre atos processuais realizados. Nessa hipótese, mediante auto de vista, o processo judicial é remetido aos interessados ou por eles retirado do cartório para que, no prazo legal, se manifestem e o devolvam, sob as penas da lei. Quando os autos não puderem sair do cartório para tal exame, a sua consulta é facultada aos interessados em cartório — vista em cartório.

Esses princípios também devem ser observados no que respeita ao processo administrativo, sem, contudo, o ritual e o rigor dos processos judiciais. Os interessados, a exemplo dos acusados ou seus defensores no processo administrativo, devem ter vista do processo sempre que entenderem necessário ou forem praticados atos de que devam ter conhecimento ou que sobre eles devam manifestar-se. A negativa nesse sentido pode caracterizar quebra do direito de ampla defesa e levar a nulidade a todo o processado. A vista, nesses casos, pode ser conseguida via mandado de segurança. Atente-se que não é ela dada aos dois (acusado e advogado), mas ao acusado enquanto não tiver advogado constituído e somente a este depois da constituição.

No caso do processo administrativo, a vista ao interessado se dá, normalmente, na repartição pública e sob os cuidados do agente responsável pelos autos (RDA, 38:254), que nesse mister não pode agir de forma a dificultar (apressando o exame ou impedindo anotações) a consulta. Exemplo desse direito de vista está consignado no art. 297 do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo, em relação a servidor acusado do cometimento de falta administrativa. No que respeita ao processo licitatório, o direito de exame foi facultado expressamente ao licitante-proponente pelo art. 63 da Lei federal n. 8.666/93, que regula as licitações e contratos administrativos.

A vista ao interessado fora da repartição vinha sendo negada e até mesmo aos seus advogados, conforme entendimento de alguns autores, a exemplo de José Cretella Júnior (Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 77, p. 449), e se inferia do decidido pelo STF (RDA, 102:207). Não obstante fosse assim, algumas decisões a permitiam (RDA, 160:214 e AMS 98.936, DJ. 19 dez. 1984). A vista fora da repartição, ainda que limitada, sempre nos pareceu possível quando o requerente era o advogado do acusado, já que não se atende ao princípio da ampla defesa se não se permite ao seu defen-

810

sor o detido exame do processo. Ademais, cremos que a discussão ficou superada em razão do art. 72, XV, da Lei federal n. 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Com efeito, como direito do advogado, esse inciso prescreve: “ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente. ou retirá-los pelos prazos legais”. Nessas hipóteses, a vista deve ser requerida e, quando for o caso, deferida, entregando-se o processo mediante carga ou recibo. No despacho de deferimento, a autoridade competente deve fixar o prazo e as cautelas que entender necessárias, com o fito de resguardar a integridade do processo e o interesse público. A negativa desse direito pode ser sanada mediante mandado de segurança. Observe-se que o direito de vista do processo fora da repartição é do advogado defensor do servidor acusado, não se aplicando ao simples defensor não advogado, escolhido pelo acusado ou nomeado pela Administração Pública (RDA, 160:2 14). A Lei paulista n. 10.177/98 autoriza o advogado a retirar os autos da repartição, mediante recibo, durante o prazo para manifestação de seu constituinte (art. 36).

10. Prazos de conclusão e prorrogação

Em princípio, os processos em geral não têm prazo de conclusão, e quando isso ocorre esse lapso é facilmente ultrapassado. Não obstante, é muito comum a autoridade competente fixar um prazo para a conclusão do processo administrativo. Nesses casos, o prazo deve ser fixado com coerência, em função das dificuldades que o processado pode ensejar no alcance de seus objetivos. Não se deve fixar, por fixar, um prazo para a conclusão de certo processo administrativo. Também não se deve estabelecer prazos tão exíguos que permitam levantar dúvidas sobre a utilidade das conclusões e sugestões oferecidas pelos responsáveis pelo processo, nem tão longos que impeçam a oportuna medida a ser tomada. Em tese, a demora na solução do processo, por si só, não é razão bastante para fundamentar a decretação da sua nulidade, principalmente quando essa circunstância não acarreta prejuízo ao interessado.

Por certo, sempre que o prazo não for suficiente para o oferecimento de adequada conclusão e sugestão, deve ser prorrogado. A prorrogação deve ser solicitada no próprio processo, à autoridade competente, mediante petição fundamentada, dentro do prazo fixado. A prorrogação, por igual, menor ou maior período, pode ser repetida. O usual é

uma só prorrogação. Esses princípios são, por exemplo, acolhidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo (art. 283).

Algumas leis, para o início e conclusão do processo administrativo disciplinar, costumam fixar prazos. É o que ocorre com o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo, que prescreve o prazo de oito dias para ser iniciado o processo administrativo e de sessenta, para sua conclusão (art. 283), permitida a prorrogação por até outro período igual (art. 283, § 1), e somente por decisão do Governador, em casos especiais, poderá haver nova e última prorrogação. Esses prazos, no caso, são necessários, pela repercussão que os acontecimentos funcionais ruins têm no meio social e político e a urgência de se apurar a infração enquanto latente a sua prática e efeitos e de punir os culpados.

11. Espécies

Seguindo as lições de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 585), podemos, à vista do objeto a que cada processo se destina, dizer que são espécies de processo administrativo os de outorga, polícia, controle, punição e expedientes, cujas principais características são tratadas nos tópicos seguintes.

11.1. Processo de outorga

É o que permite à Administração Pública atribuir, a quem o requer, um direito. Para Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 594), é “aquele em que se pleiteia algum direito ou situação individual perante a Administração”. Desse processo são exemplos os que têm por objeto a concessão de serviço público e a permissão de uso de bem público. O que caracteriza os processos de outorga é o fato de que o interessado não tem direito subjetivo ao que pleiteia. De sorte que, se contemplado com a outorga, sua esfera de atribuições restará ampliada. Em tese têm rito especial (devem atender aos termos e condições da legislação pertinente), mas não possuem contraditório, salvo impugnação ou oposição de terceiros. Havendo a impugnação, deve-se conceder ao requerente o direito de defesa, sob

8. A Lei federal n. 9.784/99 não mencionou as possíveis espécies de processo administrativo. Outra é a orientação da Lei paulista n. 10.177/98, que arrolou os seguintes procedimentos: de outorga, de invalidação, sancionatório, de reparação de danos, para obtenção de certidão, para obtenção de informações pessoais, para retificação de informações, de denúncia, regulados pelo art. 52 usque 89.

pena de nulidade da decisão que acatar a oposição, se não for o caso de indeferir a impugnação e remeter, no particular, as partes para o Judiciário.

As decisões oferecidas nos processos de outorga são vinculantes e irrevogáveis para a Administração Pública que as profere, em face do direito subjetivo que proporcionam aos respectivos beneficiários, exceto se consubstanciarem atos discricionários em que a modificação e a revogação são da sua essência, como é o caso da permissão de uso de bem público. Tais vinculação e irrevogabilidade não significam que não possam ser invalidadas em razão de vícios de legalidade ou cassadas por inadimplemento do beneficiário, sem a satisfação de qualquer indenização, mas mediante o necessário processo administrativo em que se deve dar, sob pena de nulidade da extinção, amplo direito de defesa ao beneficiado. Ademais, podem ser revogadas por interesse público, mediante o pagamento da competente indenização.

11.2. Processo de polícia

Muito próximo da espécie anterior (processo de outorga) está o processo de polícia, que assim chamamos por falta de denominação melhor. Esse processo é aquele em que, mediante o exercício do poder de polícia, a Administração Pública concorda com o pleiteado pelo interessado se nos termos e condições da legislação pertinente. Não há aqui qualquer ampliação da esfera de atribuições do interessado. O direito já é seu. A Administração Pública simplesmente verifica se seu exercício obedece à legislação vigente. São exemplos desse processo os que solicitam alvará de construção, de funcionamento, de pesquisa e lavra de jazidas e outros em que o exercício do direito está sujeito à fiscalização da Administração Pública. Em tese, têm rito especial (devem atender aos termos e às condições da legislação pertinente). Não são, em princípio, contraditórios, salvo se houver oposição ou impugnação de terceiros, quando se deve conceder ao requerente do direito impugnado ampla defesa, sob pena de nulidade da decisão que acatar a oposição, se não for o caso de indeferimento da impugnação e remessa das partes ao Judiciário.

Os pronunciamentos nesses processos são vinculantes para a Administração Pública que os profere, em face do direito subjetivo que o ordenamento jurídico assegura aos seus beneficiários. Não podem, por conseguinte, ser revogados. Isso não significa que não possam ser invalidados em razão de vícios de ilegalidade ou cassados

em função do inadimplemento de condições que devem ser observadas, sem a satisfação de qualquer indenização,

mediante, no entanto, processo administrativo em que se deve dar, sob pena de nulidade, amplo direito de defesa ao beneficiário. Em algumas situações, só mediante desapropriação pode-se obstar o direito do beneficiário.

11.3. Processo de controle

É o que permite à Administração Pública verificar o comportamento ou situação de administrados ou servidores e declarar a sua regularidade ou irregularidade ante os termos e condições da legislação pertinente. Desse processo são exemplos os de prestação de contas. Têm, em princípio, rito próprio (devem atender aos termos e condições da legislação competente). Em tese não são contraditórios. As eventuais irregularidades devem ser apontadas e informado o controlado para apresentar suas razões de defesa. Encerrado o processo, se regular o comportamento ou situação do controlado, arquivam-se os respectivos autos. Caso contrário, deve-se instaurar um processo administrativo de punição ou mesmo promover as medidas civis e criminais cabíveis.

Em relação à Administração Pública, seus pronunciamentos finais nesses processos são vinculantes, isto é, fazem coisa julgada administrativa, sem prejuízo da possibilidade de serem declarados inválidos por vício de ilegalidade. Essa declaração pode ser promovida pela própria Administração Pública ou pelo Judiciário.

11.4. Processo de punição

É o promovido pela Administração Pública com o objetivo de apurar infração à lei ou contrato, cometida por servidor, administrado, contratado ou por quem estiver submetido a um vínculo especial de sujeição, e aplicar a correspondente penalidade. Desse processo são exemplos os que visam punir servidor público por ter desrespeitado norma administrativa; administrado, em razão de desobediência a certa determinação de polícia; estudante de escola pública, por ter infringido o regulamento escolar; e contratado que inobservou alguma norma do ajuste, entre outros. Os processos de punição são necessariamente contraditórios, integrando sua índole a observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa, sob pena de nulidade da punição aplicada. São processos, portanto, que têm uma fase de defesa.

Os processos de punição são instaurados com base em auto de infração, representação ou denúncia. No ato de instauração veiculado por portaria, por exemplo, deve-se oferecer a exposição dos atos ou fatos ilegais, dos ilícitos

814

administrativos ou contratuais atribuídos ao acusado e relacionar a regra, jurídica ou convencional, violada. Sua direção pode ser da responsabilidade de um agente público ou de uma comissão, conforme dispuser a legislação pertinente. que poderá adotar subsidiariamente as regras do processo penal comum, salvo se conflitantes com as administrativas aplicáveis na espécie.

A pena (demissão, multa, embargo, demolição, destruição, interdição, suspensão) deve ser aplicada com observância dos princípios da correspondência e da proporcionalidade com a infração cometida. Assim, se a multa for suficiente para recompor o interesse público violado, não deve o agente público aplicar a pena de demolição, dado que não seria correspondente nem proporcional à infração cometida. Ademais, só é possível aplicar-se pena prevista na legislação ou no contrato (art. 5, XXXIX, da CF), observado o devido processo legal ou, como dizemos ingleses, o *dueprocess oflaw* (art. 5, LIV, da CF).

11.5. Processo de expediente

Por fim, o processo de expediente é aquele que tramita pelo interior da Administração Pública, instaurado por sua determinação ou mediante provocação de terceiros, e que não se caracteriza como de outorga, de polícia, de controle ou de punição. Assim, são processos dessa espécie, por exemplo, os que objetivam a desapropriação, a licitação, a implantação de um novo serviço, a elaboração de uma lei e a abertura de concurso público de admissão de servidores, todos instaurados, *sponte propria*, pela Administração Pública. Ainda são dessa modalidade os processos administrativos que, por exemplo, sugerem um certame para a escolha da bandeira municipal, oferecem, em doação, bens à Administração Pública, solicitam uma certidão ou atestado ou fazem consultas, abertos, pela Administração Pública, por provocação de terceiros.

A tramitação do processo de expediente pelos vários órgãos da Administração Pública não observa qualquer rito. Mesmo assim o rito acaba por ser determinado pela própria instrução do processo, que vai recebendo manifestação dos diversos órgãos que se pronunciam, em função de seu objetivo e da necessidade de se ver convencida, ou não, a Administração Pública na adoção da conclusão final, tomada em razão do desejo determinante de sua instauração. Segundo Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo,

cit., p. 593), “não tem procedimento próprio nem rito sacramental, seguindo pelos canais rotineiros para informações, pareceres, despacho final da Chefia competente e subsequente arquivamento”. Esses processos não criam, não modifica

nem extinguem direitos de quem quer que seja. Contêm papéis, documentos, pareceres, laudos, registram situações, despachos e relatório final com conclusão para o arquivamento ou a tomada de certa decisão. Não têm efeito vinculante para qualquer das partes nem fazem coisa julgada administrativa, podendo, assim, ser arquivados a qualquer momento pela Administração Pública se não tiver mais interesse no seu prosseguimento.

12. Nas empresas governamentais e autarquias

As empresas governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública e fundação) também sentem necessidade de registrar seus atos, de controlar seus servidores e de decidir sobre certa controvérsia, de sorte que a utilização do processo administrativo para consubstanciar cada um desses fatos é imprescindível. Desse modo, pode-se afirmar que, *mutatis mutandis*, aos seus processos aplica-se o regime dos processos administrativos que comumente são instaurados na Administração Pública direta.

Se assim é em relação a essas entidades de Direito Privado, certamente também o é, e com maior razão, nas autarquias, que são pessoas de Direito Público, da mesma natureza da Administração Pública, em que a imprescindibilidade da utilização dos processos administrativos é, muitas vezes, exigência não só da lei, mas da própria Constituição Federal (art. 41, § 12).

Tanto a Lei federal n. 9.784/99 como a Lei paulista n. 10.177/98 submetem aos seus termos as entidades da Administração, direta e indireta, respectivamente da União e do Estado de São Paulo.

13. Arquivamento

O processo administrativo nasce com a instauração, vive durante toda a instrução, defesa, relatório, decisão e recursos e morre quando já cumpriu sua finalidade. Assim, cumprida esta, o processo administrativo só tem valor como prova, ou como dado histórico do fato determinante de sua instauração. Todas as razões que levaram à sua instauração, nessa altura, já produziram seus efeitos. A infração foi apurada, e seu autor, punido; a proposta mais vantajosa foi escolhida, e o contrato foi celebrado com o seu autor; o pedido do administrado foi atendido; a solicitação do contribuinte foi indeferida; a padronização de certo bem foi oficializada; os servidores aprovados em

concurso foram nomeados; a disciplina que se fazia necessária está consignada em lei. Nada mais justifica sua tramitação pelos órgãos públicos ou a sua permanência em determinado setor da Administração

Pública. Em sendo assim, o processo administrativo deve ser arquivado, isto é, guardado em local especialmente destinado a esse fim e comumente denominado arquivo morto. O arquivamento deve observar certas regras, permitir o controle do que é arquivado e desarquivado e facilitar a localização do processo sempre que sua utilização for necessária.

Para o arquivo morto também vão os processos que, por uma razão ou outra, deixaram de viver, de ter andamento, de ter interesse para a Administração Pública, sem, contudo, terem chegado ao fim para o qual foram instaurados. Dessa espécie são os processos em que os requerentes desistem expressamente do pedido ou, por longo tempo, deixam de satisfazer a certas exigências solicitadas pela Administração Pública, mostrando com esse desleixo o seu desinteresse pela condução do processo.

O arquivamento deve ser determinado pela autoridade competente. Tal ato, de natureza administrativa, deve ser motivado por essa autoridade. O desarquivamento (tirar do arquivo, prosseguir com o processo) também deve ser determinado pela autoridade competente em ato também motivado ou solicitado pelo interessado. Com esses procedimentos evita-se arquivar processo ainda em andamento e desarquivar processo sem qualquer finalidade. O desarquivamento sempre significa revogação do arquivamento, nunca a restauração da tramitação do processo administrativo. Com efeito, pode-se desejar o desarquivamento apenas para fins históricos ou estatísticos. A restauração da tramitação do processo administrativo, a nosso ver, depende de outro ato, que se disponha a tanto, até porque só cabe falar em tramitação em processo desarquivado.

14. Certidão

A Constituição Federal assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidão em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV). O direito aí consignado é amplo. Permite pedido, por exemplo, de certidão de atos, contratos, decisões e pareceres. Ademais, não depende de regulamentação legal. O dispositivo tem plena eficácia e pode ser aplicado de imediato. Desse modo, de qualquer processo administrativo em trâmite ou arquivado, salvo, por evidente, o sigiloso e aquele em que a publicidade pode dificultar seus objetivos, o interessado pode solicitar as

9. O processo disciplinar pode, em certas circunstâncias, ser exemplo dessa vedação.

certidões para a defesa de direitos ou esclarecimento de situações de seu interesse. A solicitação é feita mediante requerimento, vazado em termos adequados e dirigido à autoridade competente, no qual o interessado deve dar todas as informações sobre o que deseja ver certificado. Dito requerimento deve ser protocolado junto ao órgão ou entidade com poderes para expedir a certidão requerida.

A certidão deve ser expedida no prazo estabelecido em lei, diz o inciso XXXIII da Constituição da República. Essa lei é a de n. 9.051, de 18 de maio de 1995 (lei federal), onde é estabelecido o prazo improrrogável de quinze dias contados do registro do pedido no órgão expedidor. Tal prazo, embora a lei não determine, é corrido, pois essa é a regra. O interessado, conforme prescreve o art. 2 dessa lei, deve indicar em seu requerimento os esclarecimentos relativos aos fins e razão do pedido. Em São Paulo, a Constituição estadual fixa em dez dias úteis o prazo máximo para essa expedição (art. 114). Nos termos desse artigo, a exemplo do que prescrevem outras Constituições e leis, o servidor ou autoridade que negar ou retardar a expedição de certidão será responsabilizado. A par disso, diga-se que cabe mandado de segurança contra indeferimento arbitrário de pedido de certidão (RDA, 100:93).

Hoje a expedição de certidão é tarefa simples e muito rápida, não demandando senão equipamentos aperfeiçoados para a reprodução de cópias, de que a xerox é exemplo. Obtida a cópia, basta dar-lhe a devida autenticação, o que cabe a servidor da própria Administração Pública responsável pela expedição da certidão.

15. Extinção

O processo administrativo pode ser extinto por vários motivos, a exemplo da conclusão, da desistência, da impossibilidade ou inutilidade do objeto. A Lei federal n. 9.784/99 indica e regula esses motivos nos arts. 51 e 52.

II— PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

1. Conceito

Dentre os processos administrativos de punição merece tratamento separado o que, na prática, é chamado de processo administrativo discipli

nai: O destaque tem fundamento no fato de ser grandemente utilizado pela Administração Pública na apuração de falta e punição dos agentes públicos, na sua necessária utilização para a demissão de servidor estável e nas peculiaridades que encerra. É também chamado de processo disciplinar e de inquérito administrativo, sendo esta denominação a mais imprópria, posto que nada tem de inquisitório. Assim, a semelhança que se quer estabelecer com o inquérito policial, cuja essência é inquisitorial, é improcedente. Não obstante esse entendimento, a Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais — Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990— denomina uma das fases desse processo “inquérito administrativo” (art. 151, II), que compreende instrução, defesa e relatório. Pode ser conceituado como o instrumento formal, instaurado pela Administração Pública, para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores, seus autores. Citada lei, no seu art. 148, define o processo disciplinar como “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido”.

No âmbito federal, essa matéria está regulada nos arts. 143 a 173 da lei que instituiu o regime jurídico único dos servidores da União (Lei a. 8.112/90). Na Lei paulista n. 10.177/98, está regulado no art. 62 usque 64, com o nome de procedimento sancionatório.

2. Fundamento

Dois são os fundamentos que permitem à Administração Pública instaurar um processo administrativo dessa espécie: um constitucional e outro legal. O primeiro é o que está consignado em dispositivos da Constituição, como é o caso do art. 52, LV, que assegura aos acusados o contraditório e ampla defesa, e do art. 41, § 12, que exige processo administrativo para o despedimento de servidor estável, em que lhe seja assegurada ampla defesa. Garantida por esses dispositivos a ampla defesa, é evidente que ela somente se caracterizará via processo administrativo disciplinar, estando aí o fundamento constitucional. O legal é o que está consubstanciado em uma lei, a exemplo da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais, que no art. 143 obriga a autoridade que tiver ciência de irregularidades no serviço a promover a sua imediata apuração através de sindicância ou processo administrativo disciplinar. No âmbito

federal, também é fundamento a Lei n. 9.784/99, enquanto no seio da Administração Pública paulista é a Lein. 10.177/98.

3. Objeto e finalidade

O objeto do processo administrativo disciplinar é sempre a apuração das infrações e a aplicação das penas correspondentes aos servidores da Administração Pública, seus autores. Isso não significa que sempre há de haver apenação. Com efeito, pode-se chegar ao fim da instrução sem se saber o autor da infração, ou propugnando pela inocência do acusado. Atente-se que a autoridade que conhecer a infração é obrigada a promover a sua apuração, mas se tal comportamento não for de sua competência, deve representar à autoridade competente. De outro lado, sua finalidade é o controle da conduta dos servidores públicos.

O comum é a instauração de processo administrativo disciplinar, estando o servidor público ligado à Administração Pública, mas nada impede, se presente o devido interesse público, sua instauração contra servidor dela já desvinculado, pois podem existir razões anteriores à exoneração que bem justificam sua demissão a bem do serviço público”

4. Obrigatoriedade

Cremos que, à vista do que prescreve o inciso LV do art. 52 da Constituição Federal (“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 ela inerentes”), sempre que se tiver um servidor acusado de infração, o processo administrativo disciplinar é obrigatório, pois só nessa espécie de processo podem realizar-se, efetivamente, essas garantias constitucionais. De sorte que, atualmente, é irrelevante qualquer discussão quanto à gravidade da infração para saber se comporta ou não processo administrativo disciplinar. Cremos, mesmo, que os institutos da verdade sabida” (conhecimento pessoal da infração e aplicação direta da pena pela autoridade competente) e do termo de declaração (aplicação direta da pena em razão da confissão, em termo, do seu autor), previstos em lei como meios de aplicação de pena, estão proscritos de nosso ordenamento jurídico. As normas legais, anteriores à Constituição Federal de 1988, que os previam e regulavam não foram por essa Lei Maior recepcionadas. Assim, qualquer pena aplicada por esses meios é nula, inconstitucional, salvo se atender ao garantido pelo inciso LV do art. 52 da Constituição da República. Nesse sentido, confira decisão do e. Superior Tribunal de Justiça. RT, 703:182.

11. Sobre a verdade sabida confronte-se o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. art. 241 e parágrafo.

ca. Nesse caso, chamado de verdade sabida ou termo de declaração, tem-se, na realidade, processo administrativo disciplinar.

A vista disso, poderia parecer abundante o disposto no § 1, L do art. 41 da Constituição Federal, que exige, para a dispensa do servidor estável, prévio “processo administrativo”. Com efeito, a uma eventual crítica dessa natureza responde Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Adilson Abreu Dailari, do seguinte modo: “Bem examinada a questão, entretanto, percebe-se que o disposto no § 12 do art. 41 não é supérfluo nem contraditório com o art. 59, LV. Adilson Dailari, com razão, observa que o servidor estável só poderá ser demitido quando incurso em alguma infração para a qual se preveja, como sanção, a pena de demissão. Já os não estáveis, ainda que sem cometerem infrações deste gênero, podem ser desligados se, durante o estágio probatório, vierem a revelar inadequação ao cargo. E certo apenas que, em ambos os casos, haverá direito à garantia estabelecida no art. 59, LV” (Regime constitucional dos servidores públicos, 2. ed., rev. e atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 98). Vê-se dessa segura doutrina que a referida disposição constitucional não é desnecessária e, em razão disso, para dito mister, o processo administrativo disciplinar é obrigatório, sob pena de nulidade.

5. Princípios

Os princípios fundamentais do processo administrativo disciplinar são, substancialmente, os mesmos dos processos administrativos em geral, estudados neste Capítulo, no item 1, n. 4, para onde remetemos o leitor, evitando assim qualquer repetição. Na fase da defesa examinaremos os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, que lhe são específicos e exigidos pelo inciso LV do art. 59 da Lei Maior, cuja aplicabilidade já era assegurada pela doutrina no regime constitucional anterior, conforme observado por Maria Sylvia Zaneila Di Pietro (Direito administrativo, cit., p. 401), e confirmada pela jurisprudência (Súmula 20 do STF; RDA, 47:108 e 73:136).

6. Fase da defesa

Prescreve o art. 161 da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais que, tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas. O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar, no prazo de dez

dias, sua defesa escrita, assegurado o direito de vista do processo na repartição (art. 161, § 1º).

Nessa oportunidade não cabe ao acusado requerer e produzir novas provas, já que esse direito foi exercitado na fase da instrução. Nesse aspecto, a nova lei federal aproximou-se do Estatuto paulista, mas ainda deixa a desejar. Pelo Estatuto paulista, a citação do acusado ocorre antes da instrução. É acompanhada de cópia da portaria-denúncia. A partir da citação pode o acusado participar da produção de todas as provas, assistir à inquirição das testemunhas e, se for o caso, reperguntar. A instrução é, portanto, levada a cabo em conjunto. Em todos esses atos o denunciado deve estar acompanhado de advogado, pois, do contrário, cremos não estar atendido o princípio da ampla defesa (art. 52, LV, da CF).

6.1. Ampla defesa

Consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado; de ter vista do processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; de ter advogado quando for economicamente insuficiente; de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los: de perguntar e reperguntar; de oferecer a defesa final; de recorrer, para que prove sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação.

E princípio também dirigido ao legislador. Este, o legislador, conforme afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição brasileira de 1988, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 1, cit., arts. 1 a 43, p. 68), está obrigado a “velar para que todo acusado tenha o seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer, ao acusado que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique ato processual sem a assistência de defensor. O segundo proscree os processos secretos que ensejam o arbítrio (cf. Barbalho, Constituição Federal brasileira, p. 436). O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apóiam a execução. Igualmente confere à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu”.

A ampla defesa envolve, indisputavelmente, o direito de ser o acusado ouvido (RDA. 37:345). O acusado tem o direito de dar, a viva voz, sua

12. Sobre esse tema veja Agustín A. Gordilio (RDP. 10:16) e Sérgio de Andréa Ferreira (RDP. 19:60).

823

versão aos fatos e de justificar sua atitude, seu comportamento. A falta desse pronunciamento leva a nulidade ao processado.

6.2. Contraditório ou contraditoriedade

É o princípio que exige que em cada passo do processo as partes tenham a oportunidade de apresentar suas razões e suas provas, implicando, pois, a igualdade entre as partes (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários*, cit., v. 1, p. 68). Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (*Comentários*, cit., 1989, v. 2, arts. 52 a 17, p. 267) dizem que “A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz”.

6.3. Devido processo legal ou adequado processo jurídico

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”, conforme ensina Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo*, cit., p. 597). Segundo José Creteila Júnior, o devido processo legal é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite ampla defesa, incluindo-se aí o contraditório e a produção de todo tipo de prova lícita que entenda o acusado ou seu advogado produzir (*Comentários à Constituição brasileira*, cit., p. 530).

7. Procedimento criminal paralelo

As infrações penais são apuradas pelo Judiciário. De sorte que, se o comportamento do servidor também configurar crime ou contravenção penal, cabe à autoridade que determinou a instauração do processo administrativo disciplinar encaminhar cópia do ato de instauração desse expediente acompanhada dos documentos que tem às mãos à autoridade competente para os devidos fins. No âmbito federal e segundo a Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores da União (art. 154, parágrafo único), a autoridade competente encaminhará cópia da sindicância ao Ministério Público, in

dependentemente da instauração do processo disciplinar. Observe-se que a falta dessa medida, além de caracterizar um ilícito administrativo, pode configurar a contravenção prevista no art. 66, 1, da Lei das Contravenções Penais (Dec.-Lei federal n. 3.688/4 1), se se tratar de crime de ação pública.

8. Sanção disciplinar

“Sanção disciplinar” e “pena disciplinar” são locuções portadoras do mesmo significado, isto é, são sinônimas. Sanção disciplinar é a pena imposta ao servidor público pelo cometimento de falta funcional ou pela prática de atos privados cuja repercussão leve desprestígio à Administração Pública a que pertence o servidor. A sanção disciplinar tem duas funções básicas: uma preventiva, outra repressiva. A primeira induz o servidor a precaver-se a não transgredir as regras disciplinares e funcionais a que está sujeito. Pela segunda, em razão da sanção sofrida pelo servidor, restaura-se o equilíbrio funcional abalado com a transgressão.

Os objetivos da sanção disciplinar são a manutenção normal, regular, da função administrativa, o resguardo do prestígio que essa atividade tem para com os administrados, seus beneficiários últimos, a reeducação dos servidores, salvo quando se tratar de pena expulsiva, e a exemplarização. Os estatutos têm previsto, para serem aplicadas pelas autoridades competentes aos servidores que tiveram suas condutas reconhecidas como irregulares ou ilegais, as penas de: advertência, repreensão, suspensão, multa, destituição de função, cassação de disponibilidade, cassação de aposentadoria e demissão³.

A advertência é a pena mais branda. E aplicada verbalmente, de sorte que nada ficará constando dos assentamentos do servidor punido. É, assim, apenas uma admoestação aplicada ao servidor infrator. A repreensão é a admoestação, por escrito, aplicada ao servidor infrator. A suspensão é o afastamento, por certo tempo, do servidor infrator do cargo que titulariza, com a perda dos vencimentos respectivos e outros prejuízos. O tempo máximo de suspensão está, quase sempre, estabelecido no Estatuto. No paulista, esse tempo é de sessenta dias. A pena, dentro desse limite, é fixada pela

13. A Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais arrolou no seu art. 127 as seguintes penas: “1 — advertência: II suspensão: III demissão: IV cassação de aposentadoria ou disponibilidade: V — destituição de cargo em comissão: VI — destituição de função comissionada”, regulando sua aplicabilidade nos arts. 128 a 141.

autoridade competente como a necessária a cumprir sua finalidade. Os estatutos costumam prever a possibilidade da conversão da pena de suspensão em multa, como faz o Estatuto paulista (art. 254, § 2).

A multa é sanção pecuniária; consiste no pagamento, por parte do servidor punido, de certa quantia em dinheiro. O valor da multa é descontado em folha de uma só vez ou em parcelas. Atente-se que os estatutos fixam um teto para cada um desses descontos mensais. A pena de destituição de função é o rebaixamento do servidor transgressor que exerce uma função gratificada. A cassação de disponibilidade é a perda desse status em razão da não-assunção do servidor ao cargo, função ou emprego para o qual foi regularmente aproveitado ou pelo cometimento de outra falta em que se lhe imponha essa pena. A Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais (Lei n. 8.112/90) prevê, em seu art. 134, essa pena para quem em atividade praticou falta punível com a demissão.

A cassação de aposentadoria é a perda desse status em razão do cometimento de falta a que se cominou tal pena. A Lei n. 8.112/90 comina essa pena ao servidor que na atividade praticou falta punível com a demissão (art. 134). A demissão é a pena que leva a exclusão do servidor do serviço público. Pode ser simples ou agravada. É simples quando há apenas a exclusão; é agravada quando a exclusão é a bem do serviço público. Os estatutos, como é o caso do paulista, enumeram as hipóteses em que a pena de demissão simples é aplicada (art. 256) e as situações em que a pena de demissão agravada é aplicada (art. 257). A demissão não se confunde com a exoneração. Enquanto a demissão é pena, a exoneração é o simples desligamento do servidor a pedido ou de ofício quando ocupante de cargo de provimento em comissão.

As penas, à exceção das de advertência, devem ser registradas ou consignadas nos assentamentos do servidor punido. Esse registro visa caracterizar a reincidência do servidor por ocasião da prática de futuras infrações. Por outro lado, somente são legais se aplicadas pelas autoridades competentes, isto é, que receberam, por lei, essa atribuição. Assim, é nula a aplicação de qualquer pena por autoridade incompetente. Os estatutos, nesse particular, costumam indicar quais as autoridades que podem aplicar as várias penas que acolhem em suas disposições. Assim fazem a Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais (art. 141) e o Estatuto paulista (art. 260). Outro exemplo

de indicação da autoridade competente para aplicar a pena está no art. 87, § 39, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

A aplicação da pena disciplinar ou administrativa, como resultante do descumprimento das normas internas da Administração Pública direta ou

indireta a que está sujeito o servidor público, não depende da conclusão dos processos civis e penais eventualmente instaurados em razão do mesmo fato, conforme têm decidido os nossos Tribunais (RDA, 35:146 e 148; RT, 227:586 e 302:747), e de acordo com entendimentos uniformes de nossos autores, a exemplo de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 408). O que não cabe à Administração Pública é a aplicação de pena não prevista em lei ou sem observar a natureza e a gravidade da falta cometida, como explica José Armando da Costa (Teoria e prática do direito disciplinar, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 249). A pena de repreensão é aplicada ao servidor pelo cometimento de falta leve, enquanto a de suspensão é-lhe aplicável nos casos de prática de infrações graves ou de reiteradas transgressões leves (reincidência).

A aplicação de qualquer das sanções disciplinares, ademais, exige motivação, isto é, a descrição das razões de fato e de direito que levaram a Administração Pública a punir seu servidor. Nesse sentido, afirma Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 417) que, “Na motivação da penalidade, a autoridade Administrativa, competente para a sua aplicação, deve justificar a punição imposta, alinhando os atos irregulares praticados pelo servidor, analisando a sua repercussão danosa para o Poder Público, apontando os dispositivos legais ou regulamentares violados e a cominação prevista. O necessário é que a Administração Pública, ao punir o seu servidor, demonstre a legalidade da punição”.

Observe-se que o servidor, ainda que tenha agido irregularmente, pode ser beneficiado por excludentes de falta disciplinar ou extinguentes de pena disciplinar. Excludente de falta disciplinar é a circunstância que impede a responsabilização do servidor pelo seu comportamento. São excludentes de falta disciplinar: o estado de necessidade (art. 24 do CP), a legítima defesa (art. 25 do CP) e o estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. Extingente de pena disciplinar é a circunstância que faz desaparecer a obrigação de cumprir a pena. São extinguentes, entre outras, as seguintes circunstâncias: a prescrição, a anistia, a morte do servidor e a exoneração.

Sempre que da atuação dolosa ou culposa do servidor decorrer um dano à Administração Pública ou a terceiros, está ele obrigado a ressarcir os prejuízos

causados. É a responsabilidade patrimonial, segundo estabelece o art. 122 da Lei Federal do Regime Unico. Essa responsabilidade em relação à Administração Pública não prescreve, conforme dispõe o art. 37, § 52, da Lei Maior. Além dessa responsabilidade, pelo mesmo ato o servidor pode responder administrativa e criminalmente (Lei n. 8.112/90, art. 121).

826

827

9. Comissão processante

A exemplo do que ocorre com o paulista, os estatutos estabelecem que a condução do processo administrativo disciplinar cabe a uma comissão, comumente chamada de comissão processante (art. 278). Essa comissão é o órgão competente para apurar os fatos delituosos praticados pelo denunciado e sugerir a absolvição ou a condenação conforme num ou noutro desses sentidos conduzir a prova consubstanciada no processo disciplinar.

No processo administrativo disciplinar, segundo o regulado pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é indispensável a publicação do ato que constituir a comissão (art. 151, 1).

9.1. Composição

As comissões processantes, permanentes ou especiais, são constituídas, em princípio, por três membros, nomeados pela autoridade que determinou a sua constituição. Seus membros devem ser de ilibada reputação pessoal e profissional e, sempre que possível, de comprovada experiência na condução do processo disciplinar. Devem ser estáveis e de categoria hierárquica, no mínimo, igual à do acusado. A estabilidade é necessária para que suas atividades não sejam fraudadas com ameaças de despedimento, e o grau hierárquico superior é relevante para a manutenção do princípio da hierarquia.

Por outro lado, tanto a composição da comissão processante especial como da comissão processante permanente deve, no que concerne aos seus membros, observar os impedimentos naturais. Vale dizer: nenhum de seus membros pode ter com o denunciado grau de parentesco consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. O parentesco com testemunhas ou mesmo com o denunciante, cremos ser irrelevante, pelo menos em tese. É importante que se diga que o servidor não pode recusar-se ao chamamento para compor uma comissão processante, dado que a aceitação constitui dever funcional, salvo se impedido.

Os estatutos, no que respeita à duração do mandato dos membros das comissões permanentes, costumam prescrever que a nomeação será por dois anos e que é facultada a recondução. como se dá no Estatuto paulista (art. 279). Embora sejam nomeados por prazo certo, nada impede que a autoridade competente os substitua. Em relação às comissões processantes especiais, a nomeação é feita, em princípio, até a conclusão dos respectivos trabalhos.

Somente os membros das comissões processantes permanentes estão liberados do exercício do cargo que detêm e, naturalmente, nada recebem por esse serviço em específico; recebem os vencimentos do cargo que titularizam. Já os membros das comissões processantes especiais podem receber um adicional, pois acumulam os serviços próprios desses órgãos com as funções dos cargos para os quais foram nomeados.

A presidência desses órgãos deve ser atribuída a Procurador ou, no mínimo, a servidor formado em Direito. Algumas leis já estabelecem que a presidência só pode ser outorgada a Procurador, conforme enuncia o art. 279 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. A esse respeito assegura Egberto Mala Luz (Direito administrativo disciplinar, São Paulo, Bushatsky, 1977, p. 199): “Este princípio básico deve rigorosamente ser observado para que não esteja entregue aos leigos em Direito a formalização dos atos processuais nem o trato generalizado do Direito, o que pode prejudicar grandemente os interesses estatais, bem como a livre manifestação da defesa”.

A inobservância desses princípios pode levar à nulidade as decisões desses órgãos. Não obstante, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que ditas comissões “podem ser compostas de funcionários sem estabilidade” (RDA, 108:196). O DASP, por sua vez, manifestou-se no sentido de que comissão de inquérito constituída para apurar irregularidades atribuídas a funcionário federal deve ser integrada por funcionários estáveis, mas, na falta destes, pode ser composta por servidores regidos pela legislação trabalhista, desde que estáveis (RDA, 113:307). O STF certa feita decidiu que é nulo o processo administrativo, para o efeito de demissão de funcionário estável, do qual participaram servidores interinos (RDA, 119:177).

9.2. Competência

As comissões processantes têm competência para apurar as infrações atribuídas ao acusado, consoante a descrição consignada no ato que determinou a sua abertura e nomeou seus integrantes. Nada mais lhes cabe. Se, porventura, no cumprimento dessa

obrigação, tomarem conhecimento de outros fatos considerados irregulares, devem comunicá-los à autoridade competente para as providências de estilo.

Para a apuração das infrações pode a comissão processante, permanente ou especial, praticar todos os atos e promover todas as medidas que para tanto se fizerem necessárias, sem, evidentemente, o cometimento de abuso de poder ou desvio de finalidade. Pode, assim, intimar e ouvir testemunha, proceder a acusações, requisitar e juntar documentos, pareceres e

828

829

laudos, realizar diligências e todos os atos de natureza processual necessários ao bom desempenho de suas atribuições. Concluída a instrução, inclusive com a defesa do indiciado, cabe à comissão processante a elaboração do relatório, sugerindo a absolvição ou a condenação do indiciado. Neste último caso, deve sugerir a aplicação da pena tal ou qual correspondente e proporcional à satisfação da Administração Pública, vítima do comportamento irregular do acusado.

9.3. Espécies

A legislação pertinente costuma prever a constituição de duas espécies de comissão processante: uma pennanente, outra especial. A primeira é a que funciona ordinariamente, apurando as infrações cometidas pelos servidores e relatando os respectivos processos. A segunda é a que funciona esporadicamente, promovendo a instrução e relatando o processo que lhe é submetido. A comissão processante permanente é constituída para todos os processos administrativos disciplinares abertos, enquanto a especial o é somente para determinado processo administrativo. Pode haver, de ambas

as espécies, mais de uma comissão.

10. Revisão

A qualquer tempo, prescrevem os estatutos, poderá ser requerida a revisão do processo administrativo de que resultou a aplicação de pena disciplinar ao servidor. Nesse sentido, confrontem-se, entre outros, o Estatuto federal arts. 174 a 182) e o Estatuto paulista (arts. 312 a 321). A possibilidade de revisão do processo sancionatório a qualquer tempo também está prescrita no art. 65 da Lei federal n. 9.784/99, a pedido ou de ofício, quando surgirem novos fatos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. A revisão não é verdadeiro recurso, mas

funciona como tal. E processada em autos apartados, apensados aos autos originais, com instrução e decisão que poderá elidir a pena aplicada ou minorar seu rigor.

Para sua interposição não de ser aduzidas circunstâncias ou fatos suscetíveis de justificar o comportamento ou mesmo a inocência do requerente, consoante exige o art. 174 da Lei n. 8.112/90. Se assim não ocorrer, a revisão não alcançará os resultados desejados. De sorte que não constitui fundamento para o pedido de revisão a simples alegação de injustiça da penalidade sofrida, consoante prescreve o art. 176 do Estatuto federal. Nos

termos desse mesmo Estatuto o ônus da prova cabe ao requerente da revisão (art. 175).

Outras leis, como é o caso do Estatuto paulista, trazem o rol dos fatos que podem ser alegados como fundamento da revisão. Com efeito, assim dispõe o art. 312 do referido Estatuto, nos seus incisos, ou seja: “I quando a decisão for contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos; II quando a decisão se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos ou errados; III — quando, após a decisão, se descobrirem novas provas de inocência do punido ou de circunstância que autorize pena mais branda”. Se nada, nesses termos, for aduzido pelo suplicante, seu pedido de revisão nem sequer deve ser conhecido (Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado — 1987, São Paulo, coordenador Des. Sylvio do Amaral, 1991, p. 335).

O pedido de revisão deverá ser dirigido à autoridade competente. No âmbito federal e nos termos do Estatuto federal (art. 177) deve ser dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente. Na esfera estadual de São Paulo, será dirigido à autoridade que aplicou a pena ou que a tiver confirmado em grau de recurso (art. 313, § 12). Pode ser feito pelo punido ou por seu procurador ou, se falecido, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, através de advogado legalmente constituído, dentro de, no máximo, cinco anos, contados da ciência da pena aplicada no processo disciplinar, embora os estatutos falem “a qualquer tempo”. Assim é, dado que, nos termos do Decreto federal n. 20.910/32, prescrevem nesse tempo todas as ações penais contra a Fazenda Pública. No mesmo sentido é o entendimento de Carlos Medeiros Silva, manifestado no Parecer TC 412/54 (DOU, 14 jun. 1954). A matéria foi, com esse teor, sumulada pelo DASP (Súmula 35).

Recebido o pedido revisional, a condução do processo toca à comissão de revisão, como prescrevem os Estatutos federal (art. 177, parágrafo único) e paulista (art. 316), a

quem, mutatis mutandis, cabem as considerações que tecemos sobre as comissões processantes. Julgada procedente a revisão, cancela-se ou se reduz a pena na conformidade da prova produzida e considerada pela comissão de revisão. Nenhum outro pedido pode ser interposto. Negada a revisão, esta já não pode ser repetida. Da revisão, diz a Lei federal n. 9.784/99, não poderá resultar agravamento da sanção.

III — SINDICÂNCIA

Enquanto o processo administrativo disciplinar é meio formal, solene, de apuração das infrações cometidas pelos servidores e conseqüente

830

831

aplicação da pena administrativa, a sindicância é processo sumário de elucidações de irregularidades no serviço público, praticadas por servidores, não servindo, portanto, de base para a aplicação de qualquer pena. Os estatutos que a prevêm e regulam, como é o caso do paulista (arts. 273 e s.), indicam as razões de sua utilização. Com efeito, estabelece o art. 274 desse diploma legal que se promove a sindicância quando não houver elementos suficientes para se concluir pela existência de falta ou de sua autoria e quando não for obrigatória a instauração de processo administrativo. Esta última razão, a nosso ver, já não procede, dado o amplo direito de defesa que a Lei Maior assegura a todo acusado em processo administrativo e judicial (art. 52, LV). Nesse sentido é a lição de Egberto Maia Luz (Direito administrativo, cit., p. 123), ao assegurar: “Dito isto, chegamos à inquestionável conclusão de que quando não definida bem a infração, mas justificadamente presumida a sua existência, e quando, mesmo neste caráter ou, ainda, conhecida perfeitamente a sua existência, é desconhecida a autoria, instaura-se a sindicância”. Precisasdas essas informações, promove-se o competente processo administrativo disciplinar. Não apurados os fatos irregulares ou, ainda que estes tenham sido apurados, não se chegou à sua autoria, promove-se o arquivamento da sindicância.

Outra razão constantemente invocada pelos autores para a instauração da sindicância é o trauma que o processo administrativo disciplinar causa no meio administrativo quando aberto para apurar fatos irregulares que se sabe existirem, mas que deles não se tem o perfil completo ou infrações perfeitamente conhecidas, mas de

autoria desconhecida. A sindicância, por independe de publicidade, pode ser promovida sigilosamente, evitando, assim, esse constrangimento.

Na esfera federal, a sindicância é, na realidade, processo administrativo disciplinar, uma vez que, nos termos do art. 143 da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores da União, presta-se para promover a apuração de irregularidades no serviço público, assegurada ao acusado ampla defesa. Ademais e segundo o art. 146 dessa lei, o processo administrativo disciplinar somente é obrigatório sempre que o ato do servidor ensejar a imposição de pena de suspensão por mais de trinta dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão. De sorte que para a aplicação das demais penas (advertência, suspensão por tempo inferior a 30 dias e destituição de função comissionada) pode ser utilizada a sindicância, dado o regime de processo administrativo que essa lei lhe atribuiu.

832

1. Conceito e finalidade

À vista do que dissemos, pode-se definir a sindicância como o processo sumário de elucidação de irregularidades no serviço público, para bem caracterizá-las ou para determinar seus autores, para a posterior instauração do competente processo administrativo. Essa definição, por certo, não inclui a sindicância instituída e regulada na Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais (Lei n. 8.112/90).

Sua finalidade, percebe-se, é servir de peça preliminar e informativa do processo administrativo disciplinar. Daí dizerem os autores que a sindicância está para o processo administrativo disciplinar assim como o inquérito policial está para o processo criminal, conforme ensina Egberto Maia Luz¹⁴. No entanto, em termos teóricos, na prática, a sindicância não é peça essencial à instauração do processo administrativo disciplinar. Este pode ser instaurado sem aquela, o que, aliás, comumente acontece. De sorte que não será nulo o processo administrativo disciplinar que não estiver escorado numa sindicância.

Sendo assim, é notório que a sindicância não se presta para fundar a aplicação de qualquer pena ao sindicado, salvo se for federal.

2. Natureza

A sindicância pode ser aberta com ou sem sindicado; exige-se somente a indicação ou descrição da falta a apurar. É dispensada a defesa do sindicado e até a publicidade, visto tratar-se de simples meio de apuração de irregularidades ocorridas no serviço público e não servir de suporte para a aplicação de pena aos seus autores. Enfim,

é verdadeiro processo administrativo de natureza inquisitorial. Assim também pensa Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 598). Não se inclui aqui a sindicância como regulada na Lei federal n. 8.112/90.

3. Objeto

O objeto da sindicância pode ser a apuração de infração não perfeitamente conhecida mas que, com certa dose de segurança, sabe-se de sua existência; apurar a autoria de infrações perfeitamente conhecidas; ou, por

14. Direito administrativo. cit., p. 123.

833

4. Instauração

Mediante portaria instaura-se a sindicância. A portaria deve indicar as infrações a serem apuradas, nomear a comissão de sindicância ou o sindicante e fixar prazo de conclusão. A instauração é determinada pela autoridade competente, indicada em lei ou regulamento. O prazo de conclusão, desde que haja pedido devidamente justificado, pode ser prorrogado.

5. Comissão de sindicância

A sindicância pode ser conduzida por uma comissão de sindicância, especialmente constituída para certo caso, ou por comissão processante permanente. A respeito dessas comissões valem, *mutatis mutandis*, as considerações que fizemos sobre as comissões processantes.

Os estatutos ainda facultam, como o faz o paulista, que a sindicância seja conduzida por um funcionário (art. 273) de condição hierárquica nunca inferior à do sindicato, quando, evidentemente, este é conhecido.

6. Fases

O processo de sindicância é formado pelas fases da abertura, da instrução e do relatório. Inexistem, portanto, as fases da defesa e do julgamento, dadas as suas características, salvo no que concerne ao servidor federal. A essas fases valem as considerações que tecemos quando delas tratamos no processo administrativo.

Por certo, o relatório não fará sugestão para a aplicação de qualquer pena ao indiciado, salvo em relação ao servidor federal. Apenas concluirá que as infrações ocorreram e que seu autor é o servidor tal, existindo razão suficiente para a abertura do competente processo administrativo disciplinar.

7. Rito processual

ultimo, apurar infração que ainda não se conhece perfeitamente e descobrir seus autores. Seu objeto, em tais termos, não pode ser a aplicação de qualquer pena ao sindicado. Todavia costuma-se denominar sindicância o que na realidade é processo administrativo disciplinar. Assim, se se chamou de sindicância, mas se lhe atribuiu o rito do processo administrativo disciplinar e se garantiu o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal ao sindicado, tem-se esse, não aquela. De sorte que, nesses casos, a pena aplicada é válida, como ocorre no âmbito da Lei federal n. 8.112/90. Ademais, não é o nome que dá a natureza do instituto jurídico.

Embora os autores, em sua grande maioria, afirmem não existir na sindicância qualquer rito, cremos que, no que couber, deve ser observado o rito do processo administrativo disciplinar. Essa, aliás, é a orientação pregada por Egberto Maia Luz (Direito administrativo, cit., p. 125), ao dizer que “a sindicância deve sempre observar rito processual, mantido pelo processo disciplinar, podendo apenas diminuir-lhe os prazos e, também, alguns termos não essenciais”. No âmbito federal, esse rito parece-nos indispensável, haja vista as características e finalidades que a Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores da União assegura à sindicância.

8. Publicidade ou sigilo

Em razão de sua natureza, finalidade e objeto é natural que a sindicância possa realizar-se sigilosamente. Nenhum prejuízo esse sigilo acarretará a quem quer que seja. Daí assegurar Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 598) que a sindicância dispensa publicidade no seu procedimento, por tratar-se de simples expediente de verificação de irregularidade e não de base para punição, salvo no que concerne à sindicância instituída e regulada pela Lei federal n. 8.112/90.

9. Vícios

Os eventuais vícios da sindicância, praticados pelo responsável ou pela comissão designada para a condução desse processo, a exemplo de intimação irregular, falta de advogado, indeferimento de prova, não levam a nulidade da pena aplicada ao servidor em razão de posterior processo administrativo disciplinar a que vier a ser submetido. Assim nos parece dada a natureza inquisitorial desse processo e, em suma, por não decorrer a punição de qualquer conclusão a que chegou esse colegiado.

Os vícios da sindicância não se comunicam ao processo administrativo disciplinar. Nesse sentido decidiu o STJ ao assentar, na ementa do acórdão proferido no Recurso de Mandado de Segurança n. 281, que: “Os defeitos de intimação, na fase da sindicância, não se podem refletir para efeito de

do com base em processo administrativo de punição irrogada, ao síndico se uramento da mais ampla defesa” (RDA administrativo regular, mediante o art. 193:138).

834

IV — VERDADE SABIDA E TERMO DE DECLARAÇÃO

Esses dois meios sumários de apuração de irregularidades e de punição de seus autores não podem ser utilizados em nosso meio, pois aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5a, LV, da CF), que esses institutos não propiciam. Com efeito, pela verdade sabida, a autoridade competente, que presenciou a infração, aplica a pena, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta. Também já se considerou verdade sabida a infração pública e notória, divulgada pela imprensa e por outros meios de comunicação de massa. Pelo termo de declaração, a comprovação da falta do servidor surge com a tomada do depoimento do acusado sobre a irregularidade que lhe é imputada. Se esta é confessada, o termo de declaração serve de base para a aplicação da pena.

No que respeita à verdade sabida, preleciona o Juiz paulista José Renato Nalini, ao escrever para O Estado de S. Paulo: “Também abolida como forma de punição, a denominada verdade sabida, o conhecimento pessoal e direto de falta por parte da autoridade competente para aplicar a pena e que o Estatuto estadual contemplava no art. 271. Pois hoje é inadmissível a sanção disciplinar sem que se assegure ao servidor punido o contraditório, a ampla defesa e os meios e recursos a esta inerentes. No mesmo sentido confronte-se o Acórdão do TRF da I Região, publicado na Revista dos Tribunais — Caderno de Direito Constitucional, n. 19, abr./jun. 1997, p. 367’. Para o STJ à aplicação de pena de suspensão menor que trinta dias é desnecessário processo administrativo no caso de verdade sabida (RT, 716:317).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1— ASPECTOS GERAIS

O comportamento unilateral comissivo ou omissivo do Estado, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, pode causar dano à pessoa ou ao seu patrimônio. Em razão disso, cabe perguntar: O Estado tem que recompor, integralmente, os gravames de ordem patrimonial infligidos à vítima de sua ação ou abstenção lesiva? Na obrigatoriedade, ou não, de restaurar o patrimônio ofendido reside o problema da responsabilidade civil do Estado. Não se trata de responsabilidade oriunda de ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros, denominada responsabilidade contratual (nesta a responsabilidade está fixada e se resolve com base nas cláusulas do contrato) ou de responsabilidade criminal (as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, não cometem contravenções ou crimes, embora seus agentes, causadores diretos do dano, possam cometê-los). Também não diz respeito à obrigação de indenizar, que cabe ao Estado pelo legítimo exercício de poderes contra direito de terceiros, como ocorre na desapropriação e, algumas vezes, na servidão, conforme inteligentemente observado por Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 473). Cuida-se, isto sim, da responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade extracontratual do Estado ou responsabilidade civil do Estado, em face de comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, legais ou ilegais, materiais ou jurídicos, que lhe são atribuídos.

Alguns autores preferem, em lugar de Estado, usar a expressão “Administração Pública”. Assim, dizem: responsabilidade civil da Administração Pública. Nós preferimos dizer responsabilidade civil do Estado, posto que o dano pode advir de atos legislativos ou judiciais, e não só de atos e fatos administrativos, como essa expressão parece induzir, em que pesem

CAPÍTULO XVI

Na doutrina, seguindo essa orientação, confira Maria Sylvia Zanelia Di Pietro (Direito. cit., p. 499). Odete Medauar (Direito administrativo moderno. 4. ed.. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000, p. 202). Cármen Lúcia Antunes Rocha (Princípios. cit., p. 485) e Egon Bockmann Moreira (Processo Administrativo. cit.. p. 254) entre outros.

836

837

as críticas levantadas por certos autores. Por outro lado, a palavra “civil” não significa, em absoluto, regulado pelo Direito Privado (Direito Civil), mas que o Estado deve satisfazer a devida reparação econômica.

Tal responsabilidade, como ocorre no Direito Privado, traduz-se na obrigação de reparar os danos patrimoniais causados a terceiros, e se exaure com a satisfação ou pagamento da correspondente indenização, segundo ensinamento de Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 555) e conforme prescrevem os arts. 1.059 e seguintes do Código Civil, aplicáveis à Administração Pública. Ainda, diga-se, nos termos do art. 1.518 desse mesmo Código, que, se a responsabilidade de indenizar decorrer de ato ilícito, todos, autor e co-autores, respondem solidanamente (cada coobrigado pode de per si ser compelido ao pagamento total da obrigação), sejam ou não pessoas físicas.

1. Conceito

À vista do que até aqui dissemos, pode-se conceituar a responsabilidade civil do Estado como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável. Embora alguns autores distingam “ressarcimento” (se a obrigação de reparar decorre de ato ilícito) de “indenização” (se a obrigação de reparar tem origem num ato lícito), nós utilizaremos essas expressões como sinônimas.

2. Fundamento

O fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado é bipartido, conforme seja ela decorrente de atos lícitos ou ilícitos. No caso dos atos lícitos (construção de um calçadão que interessa à coletividade, não obstante impeça a utilização de um prédio,

construído e regularmente utilizado como garagem), o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados (RDA, 190:194). Destarte, se o serviço ou a obra é de interesse público, mas, mesmo assim, causa dano a alguém, toda a comunidade deve responder por ele, e isso se consegue através da indenização. Para tanto todos concorrem, inclusive o prejudicado, já que este, como os demais administrados, também paga tributos. Tratando-se de atos ilícitos (descumprimento da lei), o fundamento é a própria violação da legalidade, como ocorre quando o Estado interdita indústria poluente e ao depois verifica que, em absoluto, era ela poluente. Nesse

838

exemplo, o Estado cometeu uma ilegalidade e, por ter praticado ato ilícito do qual decorreu o dano, vê-se na contingência de ressarcir a vítima, no caso, a sociedade industrial.

Observe-se que essa diferenciação tem sentido lógico e interesse jurídico na medida em que o agente público autor do ato ou comportamento ilícito é obrigado a recompor, à custa do seu, o patrimônio público desfalcado, com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima. Essa mesma responsabilidade não é impingida ao servidor autor do ato lícito (construção do calçadão). A par disso ressalte-se que a obrigação de indenizar está na lei ou na Constituição. Entre nós, está consubstanciada na Constituição Federal (art. 37, § 6) e seu dispositivo tem servido de modelo para as Constituições estaduais, a exemplo da paulista (art. 115, § 42). Essa regra da Lei Fundamental federal é de eficácia imediata e não se volta para o passado, ou seja, é inaplicável a acontecimentos ocorridos antes de sua vigência (RT, 673:104).

3. Evolução

Hoje, a responsabilidade civil do Estado é aceita universalmente. Tal consenso é expressado pela doutrina, pela jurisprudência e pela legislação dos povos civilizados. Segundo esse consenso, o Estado é obrigado a recompor os danos que seus agentes causam aos administrados. Mas isso não significa que sempre tenha sido Assim, Com efeito, em termos de evolução da obrigatoriedade que o Estado tem de recompor o patrimônio diminuído em razão de seus atos, a Administração Pública viveu fases distintas, indo da irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, civil ou administrativa, e desta para a responsabilidade sem culpa, nas modalidades do risco administrativo e do risco integral. Num quadro sinótico, podemos dispor essas fases:

1. Irresponsabilidade

— do agente ou civil ou subjetiva

a) Com culpa

— do serviço

Evolução ou administrativa

2. Responsabilidade

— do risco administrativo

b) Sem culpa ou objetiva

— do risco integral

839

A fase da irresponsabilidade civil do Estado vigorou de início em todos os Estados, mas notabilizou-se nos absolutistas. Nestes, negava-se tivesse a Administração Pública a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados. Seu fundamento encontrava-se em outro princípio vetor do Estado absoluto ou Estado de polícia, segundo o qual o Estado não podia causar males ou danos a quem quer que fosse. Era expressado pelas fórmulas: “Le roi ne peut mal faire” e “The King can do no wrong”, ou, em nossa língua: “O rei não pode fazer mal” e “O rei não erra”.

A vigência dessas máximas, se de um lado indicava a irresponsabilidade do Estado, de outro não significava o desamparo total dos administrados. O rigor da irresponsabilidade civil do Estado era quebrado por leis que admitiam a obrigação de indenizar em casos específicos. a exemplo da lei francesa que admitia a recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas e da que acolhia a responsabilidade por danos resultantes de atos de gestão do domínio privado do Estado. A par disso, admitia-se a responsabilidade do agente público quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele. O princípio da responsabilidade dos agentes públicos, em lugar da responsabilidade do Estado, foi consagrado, entre nós, na Constituição de 1824, no item 29 do art. 179, ressalvado o Imperador, que não estava submetido a qualquer responsabilidade, nos termos do art. 99 dessa Lei Maior.

A teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado está inteiramente superada. As últimas nações a sufragar a doutrina da responsabilidade foram os Estados Unidos da

América do Norte, em 1946, e a Inglaterra, em 1947. Hoje, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 472):

“Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”.

O estágio da responsabilidade com culpa civil do Estado, também chamada de responsabilidade subjetiva do Estado, instaura-se sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao indivíduo. Por esse artifício o Estado tornava-se responsável e, como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente. E a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela inexistia a obrigação de indenizar. O Estado e o indivíduo eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade patrimonial, respondia conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam.

Os conceitos de culpa e dolo eram os mesmos do Direito Privado. O agente público atua com culpa quando age com imprudência, imperícia, negligência ou imprevisão e causa um prejuízo a alguém. Eis aí a noção de culpa. Dolo, de outra parte, é a vontade consciente do agente público voltada para a prática de um ato que sabe ser contrário ao Direito. Ambos os comportamentos impunham ao Estado a obrigação de indenizar. Essa doutrina foi acolhida pelo Código Civil revogado, nos termos do que estabelecia seu art. 15, e vigorou sozinha até o advento da Constituição Federal de 1946 e assim permaneceu nas Constituições de 1967 e 1988 e acabou por ser repetida no art. 43 do Código Civil atual. Desde 1946 vigora, entre nós, a teoria da responsabilidade sem culpa ou responsabilidade objetiva, como mais adiante se verá.

A solução civilista, preconizada pela teoria da responsabilidade patrimonial com culpa, embora representasse um progresso em relação à teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, não satisfazia os interesses de justiça. De fato, exigia muito dos administrados, pois o lesado tinha de demonstrar, além do dano, que ele fora causado pela Administração Pública e a atuação culposa ou dolosa do agente estatal. Tornam-se, assim, inaplicáveis, em sua pureza, os princípios da culpa civil, para obrigar o Estado a responder pelos danos que seus servidores pudessem causar aos administrados.

Em razão disso, procurou-se centrar a obrigação de indenizar na culpa do serviço ou, segundo os franceses, *nafaute du service*. Ocorria a culpa do serviço sempre que este não funcionava (não existia, devendo existir), funcionava mal (devendo funcionar bem) ou funcionava atrasado (devendo funcionar em tempo). Era a teoria da culpa administrativa, ou da culpa anônima (não se tem o causador direto do dano), que recebeu de Hely Lopes Meirelles o seguinte comentário: “A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço—culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou

840

841

chamar de culpa administrativa” (Direito administrativo, cit., p. 556 — grifos do original).

Assim, havia culpa do serviço e, portanto, a obrigação de o Estado indenizar o dano causado se:

a) devesse existir um serviço de prevenção e combate a incêndio em prédios altos e não houvesse (o serviço não funcionava, não existia);

b) o serviço de prevenção e combate a incêndio existisse, mas ao ser demandado ocorresse uma falha, a exemplo da falta d’água ou do emperramento de certos equipamentos (o serviço funcionava mal);

c) o serviço de prevenção e combate a incêndio existisse, mas chegasse ao local do sinistro depois que o fogo consumira tudo (o serviço funcionou atrasado). O mesmo poderia ser exemplificado com o serviço de desobstrução e limpeza de bocas-de-lobo e galerias de águas pluviais ou com o serviço de desassoreamento de rios e córregos.

O êxito do pedido de indenização ficava, dessa forma, condicionado à demonstração, por parte da vítima, de que o serviço se houvera com culpa. Assim, cabia-lhe demonstrar, além do dano, que este lhe fora causado pelo Estado e a culpa do serviço, e isso ainda era muito à vista dos anseios de justiça. Procurou-se, destarte, novos critérios que, de forma objetiva, tornassem o Estado responsável

patrimonialmente pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados.

Dessa procura surge, sob a inspiração das decisões do Conselho de Estado francês, a teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa, também chamada de teoria da responsabilidade patrimonial objetiva, teoria do risco administrativo, ou, simplesmente, teoria objetiva, que amplia a proteção do administrado. Por essa teoria, a obrigação de o Estado indenizar o dano surge, tão-só, do ato lesivo de que ele, Estado, foi o causador. Não se exige a culpa do agente público, nem a culpa do serviço. É suficiente a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado. A culpa é inferida do fato lesivo, ou, vale dizer, decorrente do risco que a atividade pública gera para os administrados. Esse rigor é suavizado mediante a prova, feita pela Administração Pública, de que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, ou de que este não teve origem em um comportamento do Estado (foi causado por um particular). Essas circunstâncias, conforme o caso, liberam o Estado, total ou parcialmente, da responsabilidade de indenizar, como adiante se verá'. Nessa permissão para o Estado provar que não foi o causador do dano ou que a culpa cabe à vítima está

1. Confronte do STJ. RE 113.587-5-SP. Veja, ainda. RT. 676: 121. 677:138.

a diferença entre a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo, como ensinam alguns autores².

Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre uma via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do Estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim, teria de indenizar. Essa teoria, por ser injusta (RT, 589:197, 738:394), não recebeu maiores cuidados da doutrina nem é adotada por qualquer país.

2. Embora tenha-se realçado a responsabilidade objetiva do Estado, não significa que só essa possa ser assim responsabilizada. Com efeito, outras pessoas, as privadas, podem responder nesses termos como é o caso dos concessionários e permissionários de serviços públicos. Observe-se que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consubstanciado na Lei federal n. 8.078, de 11-9-1990, também prescreveu a responsabilidade objetiva do fabricante, do produtor, do construtor nacional ou estrangeiro, e do importador, conforme se vê no seu art. 12.

Por fim, diga-se que, se tais teorias obedeceram a essa cronologia, não quer isso dizer que hoje só vigore a última a aparecer no cenário jurídico dos Estados, isto é, a teoria da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado ou teoria do risco administrativo. Ao contrário, em todos os Estados acontecem ou estão presentes as teorias da culpa administrativa e do risco administrativo, desprezadas as da irresponsabilidade e do risco integral. Aquela (culpa administrativa) se aplica, por exemplo, para responsabilizar o Estado por danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, em que o Estado indeniza se tiver se omitido em comportamentos impostos por lei. Esta (risco administrativo), nos demais casos.

4. Exclusão da responsabilidade

Por certo não se há de admitir sempre a obrigação de indenizar do Estado. Com efeito, o dever de recompor os prejuízos só lhe cabe em razão

de comportamentos danosos de seus agentes e. ainda assim, quando a vítima não concorreu para o dano. Se a vítima concorreu para a ocorrência do evento danoso atribui-se-lhe a responsabilidade decorrente na proporção de sua contribuição, conforme decidiu o então TFR na vigência na Constituição Federal anterior (RDA. 137:233), mas de plena aplicabilidade no regime da Lei Maior vigente. De sorte que não se cogita da responsabilização do Estado por dano decorrente de ato de terceiro (RDA. 133:199) ou de fato da natureza (vendaval, inundação), salvo a hipótese de comportamento estatal culposo. Isso é mais que óbvio. Em suma, diz-se que não cabe responsabilidade do Estado quando não se lhe pode atribuir a autoria do ato danoso. Afirma-se, assim, que em duas hipóteses o Estado não tem de indenizar.

A primeira diz respeito a acontecimento, imprevisível e irresistível. causado por força externa ao Estado, do tipo do tufão e da nevasca (caso fortuito) ou da greve e da grave perturbação da ordem (força maior). Destarte, demonstrado que o dano é uma decorrência de acontecimentos dessa ordem, não há o Estado que indenizar, dado não ter sido ele o causador do dano, conforme decisões de nossos Tribunais, a exemplo do STF (RDA, 128:554) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT, 509: 141). Assim, demonstrado o estado de imprevisibilidade e de irresistibilidade do evento danoso, nada mais é necessário para liberar a Administração Pública da obrigação de indenizar o dano sofrido pela vítima. Observe-se que, em certos eventos. o fato de os danos não terem sido causados pelo Estado não o libera da responsabilidade de indenizar se o comportamento público em relação a eles foi culposo ou doloso. Logo, se cabia ao Estado desobstruir as galerias de águas pluviais e não o fez, ocorrida a inundação em razão dessa negligência, a indenização é devida (RT, 445:100). Pela mesma razão a indenização é obrigatória se durante um temporal cai uma rede telefônica em mau estado de conservação, e seus fios, em contato com os elétricos, vitimam uma criança (RJTJRS, 58:215). Nos dois exemplos, os danos não foram causados pelo Estado, mas este, com seu comportamento culposo, facilitou-lhes a ocorrência e, conseqüentemente, deve indenizar.

A segunda diz respeito aos casos em que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso. Provado, pois, que a vítima participou, de algum modo, para o resultado gravoso. exime-se o Estado da obrigação de indenizar, na proporção dessa participação. Destarte, sua responsabilidade será parcial ou total conforme tenha sido, numa ou noutra dessas direções, a colaboração da vítima na

produção do acontecimento danoso (RDA. 137:233; RJTJSP, 85:140; RT, 550: 106. 755:327 e 773:364 e REsp 13.369-M5, Boletim de Direito Administrativo, n. 3, São Paulo, 1993).

Finalmente diga-se que cabe ao Estado provar a existência das mencionadas causas da exclusão de sua responsabilidade. Com efeito, ensina Rui Stoco⁵ que “em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma causa de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior”. Nesse sentido vêm decidindo os nossos Tribunais, a exemplo do TJESP (RT, 716:210).

5. Características do dano reparável

O dano ou prejuízo é o resultado da ação danosa, no caso, do Estado.

E perda ou prejuízo patrimonial sofrido por alguém, em decorrência de ato ou fato estranho à sua vontade. Se causado pela própria vítima, não configura a responsabilidade, salvo situação especialíssima (bens tombados).

Ademais, o dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se for certo (possível, real, efetivo, aferível, presente exclui-se, pois, o dano eventual, i.e., o que poderá acontecer), especial (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configuraria ônus comum à vida em sociedade), anormal (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), referente a uma situação protegida pelo Direito (incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidos, por exemplo, os danos decorrentes da destruição de uma plantação de maconha) e de valor economicamente apreciável (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório).

O dano que não apresentar, ao mesmo tempo, essas características não é reparável pelo Poder Público que lhe deu causa.

6. Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais

Por atos (permissão, licença) ou fatos (atos materiais, a exemplo da construção de obras públicas) administrativos que causem danos a terceiros a regra é a responsabilidade civil do Estado, mas por atos legislativos (leis) e judiciais (sentenças) a regra é a irresponsabilidade (RDA, 105:217 e 144:162) patrimonial. Em princípio, o Estado não responde por prejuízos decorrentes de sentença (o Poder Judiciário é soberano; os juízes devem agir com independência e sem qualquer preocupação quanto a seus atos

3. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2. ed.. rev. e atual.. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995, p. 325.

844

ensejarem responsabilidade do Estado; o magistrado não é servidor público; a indenização quebraria o princípio da imutabilidade da coisa julgada) ou de lei (o Poder Legislativo é soberano; edita normas gerais e abstratas e os gravames que impõem são iguais para todos, não podendo ser havidos como prejuízos; os administrados não podem responsabilizar o Estado por atos dos parlamentares que elegem), salvo se expressamente imposta tal obrigação por lei ou se oriunda de culpa manifesta no desempenho das funções de julgar e legislar.

A lei e a sentença, atos típicos, respectivamente, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, dificilmente poderão causar dano reparável (certo, especial, anormal, referente a uma situação protegida pelo Direito e de valor economicamente apreciável). Com efeito, a lei age de forma geral, abstrata e impessoal e suas determinações constituem ônus generalizados impostos a toda a coletividade. Nesse particular, o que já se viu foi a declaração de responsabilidade patrimonial do Estado por ato baseado em lei declarada, posteriormente, como inconstitucional (RDA, 20:42, 189:305, 191:175). Assim, a edição de lei inconstitucional pode obrigar o Estado a reparar os prejuízos dela decorrentes. Fora dessa hipótese, o que se tem é a não-obrigação de indenizar. Não obstante a prevalência dessa doutrina, decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo que é devida indenização a empresa que, por lei, fora proibida de explorar a extração de madeira (RDA, 109:172). Também já se admitiu judicialmente que o Estado responde pelos danos causados a particular em razão da execução de regulamento (RDA, 144:162).

A sentença não pode propiciar qualquer indenização por eventuais danos que possa acarretar às partes ou a terceiros, dado que ato da essência da soberania (RDA, 105:217, 114:298). Devem ser ressalvadas as hipóteses de condenações pessoais injustas, cuja absolvição é obtida em revisão criminal (CF, art. 52, LXXV), e, ainda assim, se essas condenações não forem imputadas a ato ou falta do próprio condenado, consoante estabelece o § 22 do art. 630 do Código de Processo Penal (RDA, 77:272) e as expressamente indicadas em lei (RDA, 193:316). Maior cuidado ensejam as hipóteses elencadas no art. 133 do Código de Processo Civil, que estabelece: “Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I — no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II — recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as

hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias”. Nas hipóteses do inciso I a responsabilidade do Estado dependerá do reconhecido do dolo ou da fraude do juiz em ação rescisória, enquanto nas situações do inciso II, satisfeitas as exigências do parágrafo único, configurado o dano caracteriza-se a responsabilidade patrimonial do Estado, que poderá, regressivamente, agir contra o juiz causador direto do dano.

II— REPARAÇÃO DO DANO E DIREITO DE REGRESSO

A vítima de ação danosa da Administração Pública pode conseguir a correspondente indenização através de procedimento administrativo ou judicial. O primeiro, também chamado amigável, ocorre perante a Administração Pública; o segundo, junto ao Poder Judiciário. Lá se instaura um processo administrativo; aqui, uma ação judicial.

Indenizada a vítima, deve a Administração Pública restaurar seu patrimônio a custa do patrimônio do causador direto do dano o seu agente. Essa medida (ação de regresso) está expressamente autorizada na parte final do § 62 do art. 37 da Constituição Federal, mas somente tem cabida quando a Administração Pública promoveu, efetivamente, o pagamento da indenização e o agente causador direto do dano agiu com dolo ou fraude. Não basta, portanto, só a condenação da Administração Pública no pagamento da indenização. Esta há de ter ocorrido, mesmo que por decisão administrativa.

1. Procedimento administrativo

O pedido administrativo de indenização ou pedido amigável de indenização, processa-se perante a Administração Pública responsável pelo agente público causador do dano e, obviamente, pela indenização. A petição, sempre em termos, deve historiar os fatos e suas conseqüências, comprovando uns e outras sempre que necessário, e trazer o pedido de indenização, demonstrando o que perdeu, o que deixou de ganhar e o que despendeu, cifrando essas verbas, conforme o caso, deve trazer, ainda, o pedido de juros de mora, de juros compensatórios e de correção monetária. Tal pedido é examinado pelos órgãos públicos (setor de obras, se o dano é decorrente da construção de um edifício público, setor fazendário e setor jurídico), que pela natureza de suas

funções ou porque implicados diretamente no evento devem oferecer suas respectivas manifestações.

Verificada a correção do direito pleiteado quanto à lei, ao mérito e ao montante, determina-se o pagamento. Com esse pagamento libera-se o Es-

846

847

tado de sua responsabilidade. O normal é o pagamento da indenização em dinheiro e de uma só vez, mas nada impede, por se tratar de composição de interesses disponíveis, que a vítima concorde com o recebimento do montante indenizatório em parcelas. Também se pode convencionar o pagamento em bens. A Administração Pública dá à vítima tantos bens, de tal ou qual natureza, quantos sejam suficientes para a recomposição de seu patrimônio. Pode, ainda, ser pago parte em dinheiro e parte em outros bens (móveis, imóveis, direitos). A vítima, por fim, pode concordar com a restauração do bem. O Poder Público constrói o muro derrubado por veículo de sua propriedade, satisfazendo, com essa medida, a obrigação de indenizar, ou manda consertar, a suas expensas, o bem avariado. Observe-se que a composição amigável pode exigir lei autorizadora, como é o caso da entrega de bem imóvel para satisfazer a indenização.

Esse direito é prescritível. Extingue-se em cinco anos conforme prescreve o art. P do Decreto federal n. 20.910/32 que disciplinou a matéria prescricional de forma completa. Não prescreve, como mais adiante será visto, o direito do Estado de recompor seu patrimônio à custa de bens do agente público causador direto do dano, quando este agiu com dolo ou culpa.

2. Procedimento judicial

A ação de indenização deve ser proposta pela vítima perante a Justiça competente. A ação é de rito ordinário e pode ser ajuizada contra a entidade responsável pelo ressarcimento, contra seu agente causador do dano ou contra ambos⁴. Se dirigida contra a Administração Pública, não cabe denunciar à lide o agente causador direto do dano, numa aplicação sem muito cuidado do art. 70, III, do Código de Processo Civil (RTInforma, 352:20), embora haja divergência (RT, 540:103).

A inicial, em termos, deve preencher os requisitos da legislação processual civil, notadamente o art. 282 do Código de Processo Civil. Provados os fatos, no que respeita ao dano efetivamente suportado pela vítima, e o nexo de causalidade entre o evento

lesivo e o dano, está garantido o êxito da demanda, salvo se a Administração Pública demonstrar que a culpa pelo dano é da vítima.

Deve a indenização ser paga em dinheiro e de uma só vez, salvo acordo. Transitada em julgado a sentença, procede-se à execução do crédito, observado o que estabelece o art. 100 e seus parágrafos da Constituição Federal, se for contra a Fazenda Pública ou autarquia. Se for contra entidade governamental procede-se à execução como se fosse contra o particular.

Por último, ressalte-se que esse direito, entre nós, prescreve em cinco anos, conforme previsto no Decreto federal n. 20.910/32, contados da data do evento danoso. Desse modo, sob pena de prescrição, o ajuizamento da ação indenizatória há de ocorrer antes da extinção desse lapso⁵.

4. RDA. 162:235.

5. Em relação à sociedade de economia mista, esse prazo é de vinte anos, consoante a Súmula 39 do STJ.

3. A indenização do dano

A indenização do dano há de ser completa (RT, 690:149). Vale dizer, o patrimônio da vítima, com o pagamento, deve permanecer inalterado. Seu valor, antes e depois do dano, deve ser o mesmo. A indenização há de deixar indene o patrimônio do prejudicado; destarte, deve abranger o que a vítima perdeu (o dano efetivo, ocorrido, emergente), o que despendeu (o que gastou) e o que deixou de ganhar (o que deixou de conseguir) em razão do evento danoso. Assim, se um caminhão de lixo de certo Município, em razão de culpa de seu motorista, abalroa um táxi, o taxista sofre um prejuízo efetivo com a destruição de parte do veículo. O montante dessa parcela do seu prejuízo é o que ele perdeu, ou seja, é o dano material ou emergente (RT, 683:103). Esse taxista teve de remover o táxi abalroado para a oficina de reparos. O montante dessa parcela (custo do guincho) do seu prejuízo é o que despendeu. Finalmente, esse taxista não pôde trabalhar durante cinco dias, pois seu táxi estava sendo consertado. O montante dessa parcela de seu prejuízo é o que ele deixou de ganhar, ou seja, são os lucros cessantes (RT, 702:111). Além desses valores, agreguem-se a correção monetária (RT, 683:104) e os juros de mora (RT, 683:104), se houver atraso no pagamento. Se a indenização for em razão de lesão pessoal e morte da vítima, seu valor abrangerá o tratamento, o sepultamento e a prestação alimentícia àqueles a quem a vítima a devia, durante o tempo de sua vida provável (art. 948, II, do CC). A pensão alimentícia, uma vez fixada, admite reajustamento às condições do custo de vida, conforme têm decidido os nossos tribunais (RT, 329:257 e 601). Por fim diga-se que a indenização, quando for o caso, deve cobrir o dano moral (RT, 690:149).

848

849

4. Ação regressiva

É a medida judicial de rito ordinário, prevista na parte final do § 62 do art. 37 da Constituição da República, para a Administração Pública reaver o que desembolsou à custa do patrimônio do agente causador do dano que tenha agido com dolo ou culpa. Essa ação não cabe se o agente público não agiu com dolo ou culpa. Tal medida deve ser interposta, uma vez transitada em julgado a sentença que condenou a Administração Pública a satisfazer o prejuízo, após o pagamento da indenização, pois somente depois desse ato consuma-se o efetivo prejuízo da Administração Pública, ou após esse pagamento, nos casos de acordo. Consoante legislação própria, pode-se estabelecer o

prazo máximo para a interposição dessa medida. Na esfera federal o prazo é de sessenta dias (Lei n. 4.619/65, art. 12), e dentro dele, salvo motivo justificado, o Procurador da República deve ingressar em juízo com o pedido de regresso, sob pena de falta funcional, consoante art. 32 dessa lei. Motivo justificado pode ser o não-pagamento da indenização, dado ser esse pagamento, ao lado da culpa do causador do dano, um dos requisitos da ação de regresso, ou a ausência de culpa ou dolo do servidor. Se não proposta nesse prazo isso não significa a prescrição do direito. O descumprimento desse prazo pode implicar uma infração administrativa, nunca a perda do direito.

São requisitos dessa ação:

- a) a condenação da Administração Pública a indenizar, por ato lesivo de seu agente;
- b) o pagamento do valor da indenização;
- c) a conduta lesiva, dolosa ou culposa do agente causador do dano.

Desse modo se não houver o pagamento, não há como justificar-se o pedido de regresso, mesmo que haja sentença condenatória com trânsito em julgado e o agente tenha-se conduzido com dolo ou culpa. Observe-se que o primeiro requisito pode não existir se a satisfação do prejuízo causado aconteceu por via amigável. Neste caso, devem ficar cabalmente demonstrados os dois últimos.

O direito de regresso não prescreve consoante expressamente declara a parte final do § 52 do art. 37 da Lei Maior. A ação de regresso pode ser ajuizada contra o agente causador do dano e, na sua falta, contra seus herdeiros ou sucessores, dado que obrigação meramente patrimonial. Ademais, pode ser intentada após o afastamento (exoneração, demissão, disponibilidade, aposentadoria) do agente causador do dano de seu cargo, emprego ou função pública.

Esse procedimento pode ser levado a efeito na esfera administrativa. De fato, satisfeito o dano, seu agente causador é convocado a recompor o prejuízo que com sua ação, culposa ou dolosa, proporcionou à Administração Pública. Entendendo corretos e justos o procedimento e o valor a ressarcir, o agente público concorda e efetua o pagamento de uma só vez ou em certo número de parcelas, variáveis ou fixas, descontáveis em folha, que, afinal, satisfarão o montante da indenização. Essas prestações, consoante fixado em lei, não poderão exceder certos limites. Disso é exemplo o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo, que prevê, no art. 248, um desconto mensal de, no máximo, 10% do vencimento ou remuneração.

Nenhum limite nesse sentido existe na Consolidação das Leis do Trabalho. Sendo Assim, o desconto poderá atingir percentual maior, sem alcançar, contudo, o total do salário. Se não houver essa expressa autorização de desconto em folha não pode a Administração Pública, sua credora valer-se de tal expediente (RT, 711:133).

Por fim, diga-se que mesmo com o pagamento da indenização o agente causador do dano não se libera das responsabilidades administrativa e penal, quando em razão de sua atuação incidirem sobre sua pessoa.

III — A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

1. Aspectos históricos

O exame da evolução da responsabilidade civil do Estado no Brasil pode ser dividido segundo os seguintes períodos históricos: período colonial, período imperial e período republicano.

1.1. Período colonial

Nesse período vigoraram, em nosso território, as leis portuguesas, e estas aceitavam os postulados da teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, a única compatível com o governo monárquico português da época. Destarte, os colonos não tinham, pelo menos em princípio, qualquer direito a indenização por danos causados por agentes da Coroa portuguesa.

1.2. Período imperial

Não havia qualquer disposição geral nessa fase acolhendo a responsabilidade patrimonial do Estado, embora esta fosse adotada em leis e decretos específicos, conforme noticia Amaro Cavalcanti. São desse período,

850

851

entre outros, os Decretos de 8 de janeiro de 1835, de 12 de dezembro de 1845, de 22 de janeiro de 1847, que responsabilizavam o Tesouro Público pelo extravio, por culpa ou fraude do respectivo funcionário, de objetos recolhidos às suas caixas e cofres, e o Decreto n. 1.930, de 26 de abril de 1857, que obrigava a Fazenda Pública a ressarcir os danos causados por servidor de estrada de ferro.

Por seu lado, a Constituição de 1824, art. 179, n. 29, preceituava a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no

exercício de suas funções, salvo no que respeitava ao Imperador, que gozava do privilégio da irresponsabilidade (art. 99). Aquele dispositivo estava longe de indicar apenas a responsabilidade do agente público. Ao contrário disso, entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p. 502).

1.3. Período republicano

A Constituição de 1891, a primeira dessa fase, previa, quase nos mesmos termos da anterior, a responsabilidade dos funcionários públicos pelos abusos e omissões praticados no desempenho de seus cargos ou quando fossem indulgentes com seus subalternos (art. 82). Essa regra não vedava a solidariedade do Estado na indenização do dano, conforme ensinavam os autores da época.

A par disso, leis e decretos tornavam expressa a responsabilidade da Fazenda Pública por atos danosos praticados por seus agentes. São exemplos, entre outros, o Decreto n. 1.663, de 30 de janeiro de 1894, que responsabilizava o Estado por prejuízos decorrentes de colocação de linha telegráfica, o Decreto n. 1.692-A, de 10 de abril de 1894, que tratava da responsabilidade da União, ligada aos serviços de correio, e o Decreto Legislativo n. 1.151, de 5 de janeiro de 1904, que organizou o serviço federal de higiene.

Desse período é a norma geral instituidora da responsabilidade patrimonial subjetiva do Estado, consubstanciada no art. 15 do então Código Civil que dispunha: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”. Nesse dispositivo, por força da locução “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever previsto em lei”, ficou consagrada a responsabilidade com culpa da Administração Pública ou responsabilidade

subjetiva do Estado, embora sua equívoca redação propiciasse o entendimento que acolhia a teoria objetiva.

A orientação dada pelo Código Civil de 1916 permaneceu inalterável até o advento da Constituição de 1946, que, no art. 194, agasalhou a teoria da responsabilidade civil do Estado sem culpa ou teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ou, ainda, teoria do risco administrativo. Dessa inovação, diz Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo, cit., p. 560): “Só louvores merece a nova diretriz constitucional, mantida na vigente Constituição (art. 37, § 62), que harmoniza os

postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas, em face do complexo mecanismo do Poder Público, que cria riscos para o administrado e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda, pela hipertrofia dos privilégios estatais”.

A Constituição de 1967 e a Emenda n. 1, de 1969, mantiveram, respectivamente, nos arts. 105 e 107, o mesmo regime concernente à responsabilidade civil do Estado, hoje incrustada no § 6 do art. 37 da Lei Maior. Assim, vigora sem qualquer discrepância, doutrinária ou jurisprudencial, o princípio segundo o qual o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, possam causar aos administrados. Anote-se que as Constituições dos Estados-Membros e algumas leis orgânicas municipais repetem, literalmente, a regra do § 6º- do art. 37 da Constituição Federal, a exemplo da Constituição paulista (art. 115, § 49), sem qualquer necessidade, salvo didática.

Em suma, o Estado responde, hoje, subjetivamente, pelos danos advindos de atos omissivos se lhe cabia agir (responsabilidade determinada pela teoria da culpa do serviço) e responde objetivamente, com fuicro no art. 37, § 6, da Constituição Federal, por danos causados a terceiros decorrentes de comportamentos lícitos, enquanto o seu agente causador direto do dano responde, sempre, subjetivamente, consoante prescreve a parte final desse parágrafo.

2. O § 6 do art. 37 da Constituição de 1988

Reza o § 6 do art. 37 da Constituição Federal que “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”. Essa regra que figurou, quase nos mesmos termos, nas duas últimas Constituições, e que acolhe a responsabilidade sem culpa do Estado, segundo o regime da teoria do risco administrativo, também cha 852

853

mada de teoria objetiva (RT, 718:160), consagra a orientação doutnnária e jurisprudencial desenvolvida com fundamento nas normas anteriores.

Sabe-se que a responsabilidade civil do Estado, instituída nesse dispositivo constitucional, é a do risco administrativo ou objetiva, dado que a culpa ou dolo só foi exigida em relação ao agente causador direto do dano. Quanto às pessoas jurídicas de Direito Público (Estado), nenhuma exigência dessa natureza foi feita. Logo, essas

pessoas respondem independentemente de terem agido com dolo ou culpa, isto é, objetivamente.

O texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo “causar” (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissos.

O dano há de ser causado por um agente do Estado, sob pena de não se ter caracterizada a responsabilidade objetiva. Desse modo, parece-nos que a expressão “agente”, propositadamente incluída no texto dessa regra, é para ser havida como de conteúdo lato. Desse modo, abriga todas as espécies de agentes públicos. Assim também entende Lúcia Valle Figueiredo (Curso, cit., p. 173).

E imprescindível que o agente esteja no desempenho de seu cargo, emprego ou função pública na entidade a que está vinculado (RT, 715:258). Sendo assim, não responde o Estado por dano causado por alguém que não é seu agente ou que, embora o seja, não esteja, por ocasião do dano, no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público, a exemplo do servidor que promove quebra-quebra em bar por ter tido com seu proprietário uma desavença qualquer.

No Brasil já se condenou o Estado, tomada essa expressão em sentido amplo, por dano decorrente de: apropriação indébita praticada por serventuário de cartório (RJTJSP, 72:97); despesa realizada para obtenção de fiança bancária a fim de pagar multa indevida (Ajuris, 29:145); queda de árvore sobre automóvel estacionado em via pública (RT, 551:110); elevação do nível da rua (RT, 455:81); queda de veículo em valeta aberta em via pública, sinalizada precariamente (RT, 558:103); acidente de trânsito em razão da má conservação da pista (JTAAP, 83:191); acidente em ponte em precárias condições de uso (RT, 573:253); má conservação de córrego (RT, 550:106); inundação (RT, 445:100); semáforo

6. Para aprofundar, veja José Carlos de Oliveira. Responsabilidade patrimonial do Estado — danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos, São Paulo. Edipro. 1995.

defeituoso (JTACSP, 79:93); depredação praticada por multidão (RT, 275:833); invasão de piquete grevista (RT, 297:301); assassinato de menor recolhido a abrigo de menores (RT, 464:98); prisão ilegal e tortura (RT, 570:188); ferimento causado a alunos da PUCSP, em razão de invasão policial de suas dependências (RT, 553:89).

3. Responsabilidade objetiva por dano nuclear

O inciso XXIII do art. 21 da Constituição da República atribui à União a exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e o exercício, mediante monopólio, da pesquisa, da lavra, do enriquecimento e reprocessamento, da industrialização e do comércio de minerais nucleares e seus derivados, enquanto a alínea c desse inciso instituiu a responsabilidade civil por danos nucleares independentemente da existência de culpa⁷ (responsabilidade objetiva). A instituição dessa responsabilidade era desnecessária, já que a satisfação dos danos decorrentes de qualquer atividade estatal nessa área é da responsabilidade do Estado, por força do que estabelece o § 6º- do art. 37 da Lei Maior.

Em razão dessa disposição autônoma de responsabilidade do Estado por danos decorrentes de qualquer atividade na área nuclear e que parece retirá-lo dos efeitos do § 6 do art. 37 da Constituição Federal, cabe perguntar: cuida-se de responsabilidade integral? Persiste o direito de regresso contra o agente causador do dano? Se persiste, em que condições? Não se trata de submeter a União às consequências da teoria da responsabilidade integral⁸, que determina o pagamento do prejuízo pelo só envolvimento do Poder Público, a União, no caso, no evento danoso. A teoria, como se disse, é injusta e inaplicável por dita razão. O direito de regresso contra o servidor, causador direto do dano nuclear, não só persiste como observa a exigência para sua responsabilização, conforme prescreve o § 62 do art. 37, ou seja, só responderá se agiu com dolo ou culpa.

7. Sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares, veja a Lei federal n. 6.453, de 17 de outubro de 1977, o Decreto federal n. 911, de 3 de setembro de 1993, que promulgou a Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, de 21 de maio de 1963.

8. Sobre essa espécie de responsabilidade da Administração Pública, veja o Capítulo

XVI.

854

855

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Joaquim Castro. Regime jurídico dos funcionários municipais. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição. Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Barcelona, Bosch. t. 1.
- AMARAL, Ana Lúcia et ai. Procedimento administrativo — proposta para uma codificação. RDP, v. 97.
- AMARAL, Syivio do (coord.) Decisões administrativas da Corregedoria- Geral da Justiça do Estado de São Paulo — 1987. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- ANASTAZIA, Antônio Augusto Junho. Regime jurídico único do servidor público, Belo Horizonte. Dei Rey, 1990.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes — uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. RJ v. 786.
- ARAÚJO LIMA, Paulo Barros de. A reforma administrativa e os terrenos de marinha. Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, v. 25.
- ATALIBA, Geraldo. Empresas estatais e regime administrativo. RTDP. v. 4.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso A. Os terrenos de marinha aforados e o poder municipal. RT. v. 396.
- Curso de direito administrativo. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Malheiros, 1994.
- Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1981.
- Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- 857
- Discricionariedade e controle jurisprudencial. São Paulo. Malheiros. 1992.
 - Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo. Revista dos Tribunais.
 - Licitação. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1980.
- BARROS JÚNIOR. Carlos S. de. A codificação do direito administrativo. RT.v. 179.
- Contratos administrativos. São Paulo. Saraiva. 1986.
- BASTOS. Celso Ribeiro MARTINS. Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo. Saraiva, 1989. v. 2: 1990. v. 7.
- BEZNOS. Clóvis. Poder de polícia. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1979. BORGES, Alice Gonzales. Normas gerais no Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991.
- BUENO. Cassio Scarpinella. O poder público em juízo. São Paulo. Max Limonad. 2000.
- CAETANO. Marceilo. Manual de direito administrativo. 4. cd. Coimbra. Coimbra Ed.. 1956.
- CAPITULA, Sueli Solange. Interesse público princípio constitucional implícito. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais. v. 17, out./dez. 1996.
- CASTRO. José Nilo de. Direito municipal. Belo Horizonte, Dei Rey. s. d.
- CASTRO NETO. Luiz. Fontes do direito administrativo. São Paulo, CTE, 1977.
- CAVALCANTI. Themístocies Brandão. Tratado de direito administrativo. 5. ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1964. v. 3.
- CERQUINHO. Percival Júlio Vaz. Conceituação de direito administrativo. RDA.v. 121.

- CHAMOUN. Ebert. Da retrocessão nas desapropriações. Rio de Janeiro. 1959.
- CINTRA DO AMARAL. Antonio Carlos. Extinção do ato administrativo. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1978.
- CITADINI. Antonio Roque. Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas. 3. cd. rev. e atual. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- CORRÊA. Neide Falco Pires. O silêncio na administração. RDP. v. 69.
- COSTA. José Armando da. Teoria e prática do direito disciplinar. Rio de Janeiro. Forense. 1981.
- COSTA E SILVA, Antonio Carlos. Processo de desapropriação. 2. ed. Sugestões Literárias, 1980.
- COTRIM NETO. A. B. Código de processo administrativo. RDP, n. 80.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro. Forense, 1972, v. 10.
- . Da codificação do direito administrativo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1951.
- Curso de direito administrativo. 6. cd. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- Anulação do ato administrativo por desvio de poder. Rio de Janeiro. Forense. 1978.
 - Comentários às leis de desapropriação. 2. cd. 2. tir. 1976.
 - Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo. Forense. 1989. v. 1.
 - Dicionário de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense. 1978.
 - Dos bens públicos na Constituição de 1988. RT, v. 653.
 - Definição da autorização administrativa. RPGESP, v. 8.
- CUELLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo, Dialética. 2001.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. RT, v. 686.
- DALLARI. Adilson Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2. cd. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- Aspectos jurídicos da licitação. 3 cd. São Paulo, Saraiva, 1992. Desapropriação para fins urbanísticos. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- Empresa estatal e serviços públicos. RDP, v. 94.
- FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo. São Paulo, Malheiros Ed., 2001.
- DAYREL, Carlos Leopoldo. Das licitações na administração paulista. Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- DENARI, Zelmo. Curso de direito tributário. 5. cd. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. São Paulo, Saraiva. 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanelia. Direito administrativo. 4. cd. São Paulo, Atlas, 1994.
- 858
- 859
- Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 2. ed. São Paulo, . Poder regulamentar. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- Malheiros. 1995. . Crimes na licitação. São Paulo, Ed. NDJ, 1996.
- DUARTE. Clenício da Silva. Estudos de direito administrativo. Rio de Ja- . Comissões de licitação. São Paulo, Ed. NDJ, 1997.
- neiro. 1965. v. 2.
- Do registro de preços nas contratações públicas. In: Direito admi ESCOBAR J. C. Mariense. O sistema de preços nas compras públicas. nistrativo e constitucional; estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.

- Porto Alegre, Livr. do Advogado, 1996. Org. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo, Malheiros, 1997.
- ESCOLA. Héctor Jorge. El interés público como fundamento del derecho . A estabilidade provisória dos professores universitários. Infor administrativo Buenos Aires, Depalma, 1989. mativo Municipalista, n. 2, jan. 1990.
- FERRAZ. Sérgio. 3 estudos de direito. São Paulo, Revista dos Tribunais, . Licitações e padronizações. RDP, v. 98, 1991.
1997. . Validade das contratações em condições diversas do edital e da
- FERRAZ. Sérgio DALLARI. Adilson de Abreu. Processo administrati- proposta. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo São Paulo, Malheiros, 2001. po, v. 3, 1997.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. Direito administrativo didático. 3. ed. Rio . Prazo e prorrogação do contrato de serviço continuado. Revista de Janeiro, Forense, 1985. da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 4, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição bra- GOMES, Orlando. Direitos reais. Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- sileira de 1988. São Paulo, Saraiva, 1990. v. 1. GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo,
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. Silêncio administrativo e licença Saraiva, 1989. de construção. RDP. v. 99. GUEDES, Jeiferson Carús. Desapropriação da posse no direito brasileiro. RTDP, 27:175.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valie. Curso de direito administrativo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 1998. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Compras pelo sistema de registro
- Cargos em comissão e funções de confiança. RDP, v. 99. de preços. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 1998.
- Contratação direta sem licitação. 3. ed. Brasília, Brasília Jurídica FIGUEIREDO Lúcia Vaile FERRAZ, Sérgio. Dispensa de licitação. dica, 1997.
- São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980; 3. ed. São Paulo, Malheiros, _____ 1994. . Responsabilidade fiscal. Brasília, Brasília Jurídica, 2001.
- FIGUEIREDO NETO, Diogo. Regime jurídico dos servidores públicos na JESUS, Damásio E. de. Comentários ao Código Penal; parte geral. 2. ed. Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Lúmen-Juris, 1990. São Paulo, Saraiva, 1986. v. 2.
- FIORINI. Bartolomeu A. Poder de polícia. Buenos Aires, Alfa, 1962. JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. Comentários à Constituição de 1988. Julex, 1989. v. 1 e 3.
- FOINGNET, René. Manuel élémentaire de droit administratif. 12. ed. Pa ris 1926. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos 5. ed. rev. e ampl. São Paulo, Dialética, 1998.
- FOLGOSI, Rosolea M. Licitação e as Guidelines do Banco Mundial. In: LAUBADÈRE, André de. Traité élémentaire de droit administratif. Paris, Direito administrativo e constitucional; estudos em homenagem a 1953. Geraldo Ataliba. Org. Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo, Malheiros, 1997. LEÃO, Eliana Goulart. O sistema de registro de preços. Campinas, Bookseller, 1997.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Atos administrativos. São Pau_____ lo, Saraiva, 1980. . Concorrências internacionais. BLC, n. 3, 1992.

- GASPARINI, Diógenes. O município e o parcelamento do solo. 2. ed. São Paulo, Linhares, Juan Francisco. Cosa juzgada administrativa. Buenos Aires, Paulo. Saraiva. 1988. Ed. G. Kraft.
- 860 861
- LUZ, Egberto Maia. Direito administrativo disciplinar. São Paulo. Bushatsky, 1977.
- MACHADO JR., J. Teixeira et al. A Lei 4.320 comentada. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, IBAM, 1986.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo, Malheiros, 1998.
- Direito municipal brasileiro. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
 - Licitação e contrato administrativo. 9. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
 - Mandado de segurança. 12. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. São Paulo, Forense, 1969. v. 1; 1974. v. 2.
- Enfiteuse. RF, v. 204.
- MENDES, Raul Armando. Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.
- MENDES, Vicente de Paula. A indenização na desapropriação. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- MONTE AZEVEDO, Joailce Maria. O Banco Mundial e o procedimento licitatório no Brasil. RTCEMG, n. 12.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil; direito das sucessões. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 1976. v. 6.
- Curso de direito civil; parte geral. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 1975, v. 1.
- MORAES, Alexandre de. Reforma administrativa, São Paulo, Atlas, 1999. Agências reguladoras. RT, v. 791.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo. São Paulo, Malheiros, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Constituição e revisão. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- Curso de direito administrativo. 7. ed. Rio de Janeiro, 1989.
- MOTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 6. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.
- MUKAY, Toshio. Administração pública na Constituição de 1988. São Paulo. Saraiva, 1989.
- O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- Estatutos jurídicos das licitações e contratos administrativos. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1990; 3. ed. 1992.
- Guillermo Andrés SUNDFELD, Carlos Ari (coords.). As leis de processo administrativo. São Paulo, Malheiros, 2000.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 23. ed. rev. e atual. São Paulo, LTr, 1997.
- NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. Regime jurídico único e os servidores públicos. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1991.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. Delegação administrativa. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- Ato administrativo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.
- Infrações e sanções administrativas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

- ORTIZ, Carlos Alberto. Improbidade administrativa. Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral, publicação do Tribunal Regional Eleitoral e da Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, IMESP, v. 28.
- PASSOS, Jaime Martins. Retrocessão — correção monetária. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, v. 7.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino et ai. Improbidade administrativa. 4. ed. São Paulo, Atlas, 1999.
- PELUSO, Antônio Cezar. Prescrição quinquenal e funcionalismo público. RT, v. 664.
- PEREIRA, André Gonçalves. Erro e ilegalidade no acto administrativo. Lisboa, Atica, 1962.
- PEREIRA, Carlos Fernando Potyagura. A desapropriação de bens públicos à luz da doutrina e da jurisprudência. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à nova lei das licitações públicas. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.
- Licitações de informática. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- PINTO FERREIRA, Luiz. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo, Saraiva, 1990.
- 862
- 863
- POLICE MONTEIRO, Yara Darci. Boletim de licitação e contratos. São Paulo, Ed. NDJ, 1989, ano II, n. 2.
- Normas gerais — o constante problema de sua conceituação.
- Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 3.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Comentários à Constituição de 1967. 1968. v. 5.
- QUEIROZ TELLES, Antônio A. de. Tombamento e seu regime jurídico. Revista dos Tribunais, 1992.
- Bens insuscetíveis de licitação no direito brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. O servidor público na Constituição de 1988. São Paulo, Saraiva, 1989.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo, Saraiva, 1999.
- ROCHA, Fernando Antônio Dusi. Regime Jurídico dos Contratos Administrativos. 2. ed. Brasília, Brasília Jurídica, 2000.
- SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- SANTOS, Milton Evaristo dos (coord.). Decisões administrativas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo — 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- SANTOS, Rosita de Souza. Terras de marinha. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. atual. Rio de Janeiro, Forense.
- Da desapropriação no direito brasileiro. 2. ed. 1944.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. 2, 3 e 4.
- SILVA FILHO, Derly Barreto C. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. RTDP, v. 8.
- SILVA, João Alfredo Raymundo e. Terrenos de marinha e seus acréscidos e a administração municipal. RDP, v. 37 e 38.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

864

1

Manual do vereador. 3. ed. São Paulo, Fundação Prefeito Faria Lima, 1982.

Aplicabilidade das normas constitucionais. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA VELLOSO, Carlos Mano da. Mandado de segurança. RDP, v. 55 e 56.

SILVEIRA JÚNIOR, Evaristo. Servidões administrativas. RT, v. 293.

SODRÉ, Eurico. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1945.

SOUTO, Marcos Juruena Viliela. Critérios de julgamento das licitações internacionais. BLC, n. 7, 1994.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Desapropriação. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

Fundamentos do direito público. São Paulo, Malheiros, 1992.

Licitação e contratos administrativos. São Paulo, Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari MUIOS, Guillermo Andrés (coords.). As leis de processo administrativo. São Paulo, Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. Temas de direito público. Rio de Janeiro, 1977.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 12. ed. rev. e ampli. São Paulo, Malheiros, 1996.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Mandado de segurança. RF, v. 139.

ZUANICH, Alfredo R. La cosa juzgada en el derecho administrativo. Buenos Aires, Ed. Perrot, 1952.

865

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

(os números referem-se às páginas)

ABUSO DE PODER

- a expressão. 132
- caracterização, 134
- conceito. 138
- desvio de finalidade. 134
- excesso de poder, 134
 - nos atos comissivos, 138
 - nos atos discricionários. 138
 - nos atos ilegais, 137
 - no atos legais, 137
 - nos atos omissivos, 138
 - nos atos vinculados, 138
- razão do poder. 131
- repressão, 138
- responsabilidade, 139
 - uso do poder, 132

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, 792

AÇÃO POPULAR, 788

AÇÃO REGRESSIVA. 182. 850

ACUMULAÇÃO DE CARGO.

EMPREGO E FUNÇÃO

- do aposentado, 172
 - proibição de, 170

ADICIONAL, 208

ADMINISTRAÇÃO DIRETA, 284

ADMINISTRAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS, 723

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, 284

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- atos, 55
 - centralizada, 284
- conceito, 41
 - controle, 760
- controle administrativo, 761, 762
 - controle externo, 761
- controle interno, 761
 - controle jurisdicional, 761, 781
 - controle legislativo, 761, 776
 - descentralizada, 284, 286, 296
 - direito de petição. 763
 - direta, 284
 - em juízo, 793
 - indireta, 284
 - objeto do direito administrativo. 41
 - o silêncio da, 774
 - organização da, 42

* Elaborado com a colaboração dos Drs. Eurico Souza Leite P, Yatyr Gaspanm e Gertis Cestari Gasparini.

867

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO, 793

ADMISSÃO

— ato administrativo, 80

no serviço público. 166

AFETAÇÃO

— de bens públicos, 688

AGÊNCIA EXECUTIVA

— atos, 358

conceito. 356

— contrato, 358

criação, 357

— desqualificação, 357

distrital, 359

— estadual, 359

legislação, 355

— municipal, 359

— natureza, 357

— privilégios. 358

— qualificação. 357

— servidores. 358

AGÊNCIA REGULADORA. 359

AGENTE PÚBLICO COMPETENTE, 59

AGENTES DE COLABORAÇÃO conceito. 155

— espécies. 156

— os que colaboram com

concordância, 157

— os que colaboram

compulsoriamente 156

os que colaboram por vontade

própria, 156

AGENTES POLÍTICOS, 146

AGENTES PÚBLICOS

— caracterização, 130

— classificação, 145

— competentes, 59

868

— conceito, 129

de colaboração. 155

— dever de agir. 140

— dever de eficiência, 141

— dever de prestar contas, 144

— dever de probidade, 143

— deveres. 140

— importância, 130

— o que os radicaliza. 130

— poderes, 130

— políticos, 146

- prerrogativas, 139
- quadro sinótico, 145
- temporários, 148
- AGENTES TEMPORÁRIOS, 148
- ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS
 - alienabilidade, 731
 - de uso comum, 733
 - de uso especial, 733
- em geral, 731
- espécies, 734
- ALTERAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO
 - acréscimos, 585
 - aditamento, 587
 - conceito. 583
 - espécies, 584
 - instrumento de, 587
 - onde pode incidir a, 584
 - supressões, 585
- ALVARÁ, 85
- AMPLA DEFESA, 823
- ANULAÇÃO
 - do ato administrativo, 105
 - do contrato administrativo, 604
- APOSENTADORIA
 - compulsória 186, 187
 - conceito, 186
 - do servidor público, 186
 - e pensão, 186
 - e proventos, 186
- nos cargos em comissão, 186
- nos empregos. 187
- por invalidez permanente. 187
- voluntária, 186, 187
- APROVAÇÃO. 81
- ASSOCIAÇÃO SINDICAL, 203
- ATIVIDADE ADMINISTRATIVA
 - conceito, 52
 - fim, 53
 - natureza. 53
 - princípios. 53
- ATO
 - administrativo, 55, 56
 - ajurídico. 55
 - da Administração Pública, 55
 - de autoridade, 786
 - de Direito Privado, 55
 - de governo, 55. 56
 - de polícia, 125 jurídico, 55
- material, 55

ATO ADMINISTRATIVO

- admissão, 80
- agente público competente. 59
- alvará, 85
- anulação, 105
- aprovação, 81
- aspectos preliminares, 56
- atributos, 70
- auto-executoriedade. 73
- autorização, 81
- aviso, 85
- caducidade, 97
- cassação, 97
- causa, 65
- certidão, 88
- circular, 85
- classificação. 74
- competência. 59
- competência invalidadora. 108
- competência revogatória, 102
- conceito, 58
- concessão, 83
- conteúdo, 65
- controle, 112
- convalidação, 109
- critérios de classificação. 74
- da Administração Pública, 55
- decreto, 84
- de governo, 55, 56
- despacho, 87
- desvio de finalidade. 133. 134. 135
- discricionariedade, 91
- dispensa, 83
- efeitos, 69
- efeitos impróprios, 69
- efeitos próprios. 69
- eficácia, 66. 67, 68
- eficaz. 67
- em espécie, 80
- e procedimento, 90
- espécies, 80
- excesso de poder, 133, 134. 135
- exigibilidade, 72
- exteriorização, 84
- extinção, 94
- finalidade. 60
- forma, 61
- formalidade, 61
- homologação, 82
- imperatividade, 72

- ineficaz, 67
- instrução, 87
 - invalidação, 105
 - irrevogabilidade. 102
 - licença, 82
 - mérito, 92
- meros, 79
 - motivação, 63
- motivo, 62
- motivos determinantes. 63
 - móvel, 63
 - objeto, 65
 - ofício, 86
 - ordem de serviço, 86
 - paralelismo, 61
 - parecer, 87
 - perfeição, 66, 67
 - permissão, 80
 - político, 56
 - portaria. 85
- 869
 - presunção de legitimidade. 23. 71
 - quadro sinótico. 79. 84. 89. 99
 - quadro sinótico da extinção. 99
 - quanto à abrangência dos efeitos. 78
 - quanto à composição da vontade. 78
 - quanto à natureza da atividade. 75
- quanto à natureza do conteúdo. 75
 - quanto ao grau de liberdade. 76
 - quanto aos destinatários. 76
- quanto aos efeitos. 77
- quanto à vontade administrativa. 78
 - repristinação. 104
 - requisitos. 59
 - resolução. 86
 - revogação. 99
 - revogação da revogação. 104
 - sustação pelo Legislativo, 780
 - validade. 66. 67
 - veículos. 84
 - vigência. 68
 - vinculação. 91
- ATO ADMINISTRATIVO EFICAZ. 67
- ATO ADMINISTRATIVO EM ESPÉCIE
 - admissão. 80
 - aprovação. 81
 - autorização. 81
 - concessão. 83
 - dispensa. 83
- homologação. 82

licença. 82
 permissão. 80
 — quadro sinótico, 84
 ATO ADMINISTRATIVO INEFICAZ.
 67
 ATO POLÍTICO. 56
 ATOS DA ADMINISTRAÇÃO
 PÚBLICA. 55
 ATRIBUIÇÃO DISCIPLINAR. 215
 AUTARQUIA
 — atos da. 294
 — classificação. 288
 — conceito. 287
 contratos da. 294
 — controle, 289
 — criação. 288
 — de regime especial. 295
 — em juízo. 296
 — estrutura. 292
 — execução contra a. 295
 — extinção, 288
 funcionamento. 288
 — instituição. 288
 — patrimônio. 294
 — privilégios. 294
 — responsabilidade do Estado. 291
 — responsabilidade por danos que causar. 291
 — servidores. 292
 — tutela. 289
 AUTO-EXECUTORIEDADE 73
 AUTORIZAÇÃO
 — ato administrativo. 81
 — de serviço público, 342
 de uso de bem público. 727
 AUTOS SUPLEMENTARES. 810
 AUTOTUTELA. 17
 AVISO. 85
 AVOCACÃO. 50,51
 BENS PÚBLICOS
 — administração. 723
 — afetação. 688
 — alienabilidade dos. 731
 — alienação. 731
 — alienação dos de uso comum. 733
 — alienação dos de uso especial. 733
 — a locução “bens públicos”. 682
 — aquisição. 693
 — aquisição causa mortis. 695
 — aquisição derivada. 694
 — aquisição inter vivos. 695

- aquisição originária. 694
- aquisição pela reversão na concessão. 720
- aquisição pela transcrição do título. 695
- aquisição pela usucapião. 713
- aquisição por acessão. 710
- aquisição por adjudicação. 716
- aquisição por arrematação. 716
- aquisição por ato de última vontade. 715
- aquisição por compra e venda. 696
- aquisição por dação em pagamento. 708
- aquisição por desapropriação. 716
- aquisição por doação. 706
- aquisição por força da CF. 718
- aquisição por força de lei. 718
- aquisição por investidura. 721
- aquisição por permuta. 703
- aquisição por resgate no aforamento. 709
- autorização de uso. 727
- cessão de uso. 729
- classificação. 684
- comodato. 730
- competência legislativa. 690
- conceito. 682
- concessão de direito real de uso. 728
- concessão de uso. 727
- defesa. 684
- desafetação. 688
- de uso comum do povo. 685
- de uso especial. 687
- doação. 706. 731
- dominicais. 687
- em espécie. 735
- faixas de fronteiras. 758
- ilhas. 759
- impenhorabilidade. 691
- imprescritibilidade. 691
- inalienabilidade. 691
- incorporação. 735
- locação. 730
- não-oneração. 691
- permissão de uso. 727
- plataforma continental. 758
- propriedade. 683
- regime jurídico. 691
- retrocessão. 735
- terras devolutas. 755
- terras indígenas. 753
- terrenos acrescidos. 753
- terrenos de marinha. 736
- terrenos marginais. 751

- terrenos reservados. 751
- uso, 724
- uso privativo. 725
- utilização pela Administração Pública, 724
- utilização pelo povo, 725
- utilização privativa. 725. 727
- CARGO, 238
- CARGO DE CARREIRA conceito. 249. 250
- CARGO EFETIVO
 - conceito, 247
- CARGO EM COMISSÃO
 - conceito, 246
- CARGO ISOLADO
 - conceito. 249
- CARGO PÚBLICO
 - acessibilidade. 165
 - acumulação, 170, 259
 - carreira. 249. 250
 - classe. 249
 - classificação. 245
- conceito. 238
- criação. 240
- criação no Executivo. 241
- criação no Judiciário. 244
- criação no Legislativo. 243
- criação nos Tribunais de Contas. 245
- de carreira, 249
- desnecessidade. 262
- 870
- 871
- e carreira. 250
- e emprego público. 239
- função. 239
- efetivo. 247
- em comissão. 246
- exercício. 252
- extinção, 263
- isolado, 249
- onde existe, 239
- posse. 251
- provimento, 251
- quadro. 250
- segundo a posição no quadro
- funcional, 249
- segundo a segurança do servidor, 246
- transformação, 240
- transformação no Executivo, 241
- transformação no Judiciário, 244
- transformação no Legislativo, 243

- transformação nos Tribunais de Contas, 245
- vacância, 259
- vitalício, 246, 248
- CARGO VITALÍCIO conceito, 248
- CARTA-CONVITE
 - conceito, 490 convite, 471
 - e edital, 490
- CAUSA
 - do ato administrativo, 65
- CESSÃO
 - de uso de bem público, 729 dos direitos concedidos, 318
- CIRCULAR, 85
- CLÁUSULAS EXORBITANTES, 561 CODIFICAÇÃO, 30
- COISA JULGADA ADMINISTRATIVA, 775
- COMISSÃO
 - de licitação, 480
 - de sindicância. 834
 - processante. 828
- COMISSÃO DE LICITAÇÃO. 480 COMISSÃO PARLAJVENTAR DE INQUÉRITO. 777
- COMISSÃO PROCESSANTE
 - competência, 829
 - composição. 828
 - conceito, 828
 - espécies, 830
- COMPETÊNCIA
 - do ato administrativo, 59
- CONCESSÃO
 - ato. 83
 - de direito real de uso, 728
 - de obra pública, 612
 - de serviço. 296
 - de uso, 611, 727
- CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO, 728
- CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
 - caducidade, 332
 - caráter intuitu personae, 306
 - cessão do controle societário, 318
 - cessão dos direitos, 318
 - competência, 303
 - conceito. 296. 298
 - conteúdo, 305
 - direitos do concedente, 321
 - direitos do concessionário, 309
 - direitos do usuário, 325
 - encampação, 330, 331
 - encargos do concedente. 321
 - encargos do concessionário. 309

- encargos do usuário, 325
- e permissão, 341
- exclusividade, 307
- extinção da outorga, 326
- extinção pelo decurso do prazo. 327
- extinção pelo desaparecimento do concessionário. 328
- extinção por ato conjunto. 335
- extinção por ato do concedente, 330
- extinção por desafetação. 331
- extinção por fato. 327
- extinção por ilegalidade, 334
- extinção por inadimplemento. 332
- extinção por interesse público, 330
- extinção por sentença. 336
- formalização. 305
- fundamentos, 303
 - interesses envolvidos, 302
- introdução, 296
 - licitação. 314
- natureza dos atos do concessionário, 320
 - natureza jurídica, 300
 - objeto. 301
 - quadro sinótico da extinção, 337
 - partes envolvidas, 301
- política tarifária, 312
- prazo, 299
- precariedade, 305
- procedimento, 305
 - prorrogação do prazo, 299
 - remuneração. 276
 - resgate, 331
 - responsabilidade do concessionário. 319
- reversão dos bens, 337
 - serviço adequado. 3H
 - subconcessão, 318
 - tarifa, 312
 - transferência, 318
- CONCORRÊNCIA**, 464
- CONCURSO**
 - ingresso no serviço público, 167
 - modalidade licitatória. 473
 - público. 167
- CONCURSO PÚBLICO**. 167
- CONFISSÃO FICTA**, 795
- CONSÓRCIO**
 - administrativo. 382, 387
 - conceito, 387
 - de empresas, 388
 - e convênio, 382. 387

— regime, 387

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

784

CONTRADITÓRIO, 824

CONTRATO ADMINISTRATIVO

— acompanhamento, 565

acréscimos, 585

aditamento, 587

alteração, 583

— anulação, 604

assessoria jurídica, 559

— características, 533

— carta-contrato, 555

— caução, 549, 550

— cessão. 576

cláusula pacta sunt servanda. 566

— cláusula rebus sic stantibus, 566

— cláusulas exorbitantes, 561

competência legislativa, 538

— conceito, 533

conhecimento. 560

controle pelo Tribunal de Contas, 593

de concessão de obra pública. 612

— de concessão de uso de bem público.

611

de empréstimo público, 613

— de fornecimento. 611

de gestão. 613

— de obra pública. 608

descumprimento. 588

— de serviço, 609

— direitos das partes. 571

— e compromisso. 696. nota n. 9

— eficácia, 541

— equação econômico-financeira. 572

— espécies, 607

— exceção de contrato não cumprido, 591

— execução, 565

872

873

extinção. 594. 595

fato da Administração. 573

fato do príncipe. 573

fiança bancária. 549. 550

forma. 553. 555

formalidade. 555

formalização. 553

garantias. 549

inatingibilidade das cláusulas contratuais por lei posterior. 552

inexecução. 588

- instrumentos da formalização. 553
- interpretação. 539
- invalidação. 604
- objeto. 537
- obrigações das partes. 571
- pagamento. 581
 - partes contratantes. 537
 - partes do. 555
 - pós-requisitos. 540
- prazo. 542
- pré-requisitos. 540
- prorrogação. 547
- publicidade. 563
- quem pode descumprir. 588
 - reajustamento. 568
 - recebimento do objeto. 578
 - redução do prazo. 549
 - registro. 564
 - repactuação. 569
 - rescisão administrativa. 602
 - rescisão consensual. 606
 - rescisão judicial. 606
 - revisão. 567
 - seguro-garantia. 549. 550
- subcontratação. 576
 - supressões. 585
 - teoria da imprevisão. 567
 - termo de contrato. 554. 556
 - valor. 557
 - vigência. 541
- CONTRATO DE ADESÃO
- e permissão. 341
- CONTRATO DE COMPROMISSO. 696. notan.9
- CONTRATO DE CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA. 612
- CONTRATO DE CONCESSÃO DE
USO DE BEM PÚBLICO. 611
- CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PÚBLICO. 613
- CONTRATO DE FORNECIMENTO. 611
- CONTRATO DE GESTÃO. 613
- CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. 608
- CONTRATO DE SERVIÇO. 609
- CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA
- administrativo. 762
 - judicial. 781
 - legislativo. 776
- CONTROLE DA LICITAÇÃO
 - ações judiciais. 531
 - pedido de reconsideração. 530
 - pelo Tribunal de Contas. 532

- recurso hierárquico. 527
- recursos administrativos. 525
- representação. 529
- CONVÊNIO. 382
- CONVITE. 471
- CONVOCAÇÃO DE AUTORIDADE. 778
- CULPA, 841
- DANO
 - e direito de regresso. 847. 850
 - nuclear. 855
 - reparação. 847
 - reparável. 845
- DECADÊNCIA
 - conceito. 771
 - e preclusão. 771
 - e prescrição. 770
- DECRETO. 84
- DELEGAÇÃO
 - de competência. 50
 - de serviço público. 342
- DEMISSÃO
 - a bem do serviço público, 225
 - conceito. 225
 - e exoneração. 224
- DESAFETAÇÃO
 - de bens públicos, 688
 - de serviço público. 331
- DESAPROPRIAÇÃO
 - amigável. 637
 - anulação, 681
 - apossamento administrativo, 637
 - aquisição derivada, 641
 - aquisição originária. 641
 - aspectos gerais. 635
 - beneficiários dos bens expropriados, 642
 - caducidade. 670
 - competência declaratória, 639
 - competência executória, 639
 - competência legislativa. 639
 - conceito. 636
 - consumação. 651
 - controle jurisdicional. 681
 - de ações. 660
 - de bem público. 657
 - de bens de autarquias. 658
 - de bens de concessionárias. 658
 - de bens de empresas governamentais, 658
 - declaração de urgência, 674
 - declaração expropriatória. 667
 - defesa do expropriado. 673

- depósito prévio. 675
- desistência. 679
- desvio de finalidade. 650
- direito de extensão. 673
- direitos do expropriado na vigência da declaração. 670
- direta. 637
- em dinheiro. 645, 648
- espécies. 636
- execução amigável. 671
- execução expropriatória. 671
- execução judicial. 672
- extraordinária. 636
- fases do procedimento expropriatório. 667
- fundamentos. 638
- imissão definitiva de posse. 678
- imissão provisória de posse. 674. 675. 676
- imissão provisória de posse amigável. 678
- indenização em dinheiro. 645. 648
- indireta. 637
- ingresso no bem. 677
- interesse social, 643
- judicial. 637
- justa indenização. 645
- necessidade pública. 643
- nos termos do art. 182, § 4º III. da CF, 665
- objeto, 655
- o que pode ser desapropriado. 655
- ordinária, 636
- pagamento. 678
- para implantação de distrito industrial, 664
- para implantação de loteamento. 663
- para reurbanização, 662
- para urbanização. 662
- por zona. 661
- prévia indenização. 645
- procedimento expropriatório. 667
- requisitos constitucionais, 643
- retrocessão. 652
- utilidade pública, 643
- DESPACHO. 87
- DESPESA CORRENTE. 733
- DESVIO DE FINALIDADE
- conceito. 133. 134. 135
- 874
- 875
- na desapropriação, 650
- DEVERES DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS. 212

DEVIDO PROCESSO LEGAL, 824

DIREITO

— ramos, 1

— sub-ramos. 1

DIREITO ADMINISTRATIVO

— a expressão. 2

— aspectos históricos, 35

— codificação, 30

— conceito, 3

— critério das relações jurídicas, 4

— critério do Poder Executivo, 3

— critério do serviço público. 4

— critério legalista, 3

— critério negativista. 4

— critérios conjugados. 3

— critérios para definição. 3

— critério teleológico. 4

— fontes. 25

— interpretação, 23

— na Antigüidade clássica: Grécia e Roma, 35

— na Idade Média. 36

— na Idade Moderna, 36

— na remota antigüidade, 35

— no Brasil, 38

— princípios de. 7

— princípios informativos, 6

— relacionamentos, 31

— sub-ramo do Direito Público, 2

DIREITO DE PETIÇÃO. 763

DIREITO DE REGRESSO

— ação. 850

— imprescritibilidade, 850

— procedimento amigável. 850

— procedimento judicial. 850

DISCRICIONARIEDADE. 91

DISPENSABILIDADE DA LICITAÇÃO

— aquisição de bens destinados a pesquisa científica e tecnológica, 450

— aquisição de bens e serviços por intermédio de organização internacional. 446

— aquisição de componentes ou peças originais. 448

— aquisição e restauração de obras de arte e objetos históricos, 446

aspectos gerais, 395

— compra de hortifrutigranjeiros, pão e gêneros perecíveis, 445

— compra de material pelas Forças Armadas para manter a padronização exigida pelo apoio logístico, 449

— compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, 443

compras e serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas em seus meios de deslocamento. 448

— comprometimento da segurança nacional, 442

- contratação de associação de portadores de deficiência física, 449
- contratação de instituição brasileira voltada à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento nacional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, 445
- contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento. 444
- contratação de serviços com organizações sociais. 452
- contratações entre empresas governamentais e suas subsidiárias. 451
- emergência e calamidade pública, 436
- faculdade ou obrigação de dispensar, 431
- fornecimento ou suprimento de energia elétrica. 450
- guerra e grave perturbação da ordem. 435
- impressão de diário oficial, formulários padronizados, edições técnicas oficiais e prestação de serviços de informática. 447
- intervenção, pela União, no domínio econômico, 440
- justificativa da dispensa, 432
- obras e serviços de engenharia de pequeno valor, 433
- operação entre pessoa pública e órgão ou entidade que a integre, 441
- o que é dispensável, 431
- propostas com preços manifestamente superiores aos do mercado, 440
- quando não acudirem interessados à licitação, 438
- serviços, menos os de engenharia, e compras de pequeno valor, 435
- taxatividade das hipóteses, 431
- DISPONIBILIDADE**
 - conceito, 199
 - regime, 199
 - remuneração, 199
- DÍVIDA**
 - consolidada. 733
- DOLO**, 841
- EDIFICAÇÃO COMPULSÓRIA**. 627
- EDITAL**, 490
- EFICÁCIA**
 - do ato administrativo, 66. 67
 - do contrato administrativo, 541
- EMPREGO**, 158, 165. 238, 239
- EMPRESA PÚBLICA**
 - atos, 366
 - conceito, 360
 - contratos, 360
 - controle. 368
 - criação, 362
- distrital, 370
- estadual, 370
- e terceiros, 368
- extinção. 362
- fins, 361
- forma, 362
- funcionamento, 362
- licitação, 366
- municipal, 370

- natureza. 361
- patrimônio, 363
 - prerrogativas, 366
- regime tributário, 367
 - registro. 362
- responsabilidade. 369
 - servidores, 364
- ENCAMPAÇÃO. 330, 331
- EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA, 572
- ESTABILIDADE
 - conceito. 189
 - e inamovibilidade, 196
 - estágio probatório, 190
 - e transferência, 196
 - e vitaliciedade, 196
 - requisitos, 190
- ESTÁGIO PROBATÓRIO, 188, 190
- EXCESSO DE PODER. 135
- EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO
 - acompanhamento, 565
 - cessão, 576
 - cláusula pacta sunt servanda, 566
 - cláusula rebus sic stantibus, 566
 - conceito, 565
 - direitos das partes, 571
 - equação econômico-financeira. 572
 - e revisão do contrato. 567
 - fato da Administração, 573
 - fato do príncipe, 573
- obrigações das partes. 571
- 4
 - hipóteses, 433
- 876
- 877
 - pagamento. 581
 - reajustamento de preços. 568
 - recebimento do objeto. 578
 - repactuação. 569
 - subcontratação. 576
 - teoria da imprevisão. 567
- EXONERAÇÃO
 - conceito. 224
 - e demissão. 225
- EXTERIORIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO
 - alvará. 85
- aviso. 85
 - certidão. 88
 - circular. 85
 - decreto. 84
 - despacho. 87

- fórmulas de, 84
- instrução. 87
- ofício. 86
- ordem de serviço. 86
- parecer. 87
- portaria. 85
- quadro sinótico. 89
- resolução, 86

EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

- causas. 94
- conceito, 94
- desaparecimento do objeto da relação jurídica. 96
- desaparecimento do sujeito da relação jurídica. 95
- eficaz. 95
- do ato ineficaz. 98
- mera retirada. 98
- pela recusa. 98
- pela renúncia. 97
- pela retirada. 96
- pelo cumprimento dos efeitos. 95
- quadro sinótico. 99

EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

- atos extintivos. 594. 595
- conceito. 594
- fatos extintivos. 594, 595 quadro sinótico. 595

FAIXAS DE FRONTEIRA. 758

FASES DA LICITAÇÃO

- abertura. 490
- adjudicação. 514
- aspectos introdutórios. 489 classificação. 502
- conceito. 489
- habilitação. 494
- julgamento, 505 homologação. 514
- seqüência. 490

FATO DA ADMINISTRAÇÃO. 573 FATO DO PRÍNCIPE. 573 FAZENDA PÚBLICA

- conceito. 793
- confissão ficta. 795
- em juízo. 793
- precatório. 784
- representação. 794
- revelia. 795

FÉRIAS. 206

FINALIDADE

- do ato administrativo. 60

FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

- conceito. 25
- costume. 28 escritas. 25
- espécies. 25
- jurisprudência. 27
- lei. 25

- não escritas. 25
- outras. 29
- princípios gerais do Direito. 29

FORMA

- e formalidade. 61
- e formalismo. 61
- e processo formal. 410
- no ato administrativo. 61
- no contrato administrativo. 553, 555

FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

- cláusulas exorbitantes. 561
- conceito. 553
- espécies. 554
- exame e aprovação. 559
- forma. 555
- instrumento da. 553
- partes. 555
- publicidade. 563
- registro. 564

FUNÇÃO. 239

FUNDAÇÃO PÚBLICA

- conceito. 344
- controle. 349
- criação. 346
- estadual. 355
- estrutura. 351
- extinção. 346
- fins. 346
- funcionamento. 346
- instituição. 346
- licitação. 353
- municipal. 355
- natureza. 344
- patrimônio. 347
- prerrogativas. 353
- regime tributário. 350
- responsabilidade. 354

servidores. 351

GARANTIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

- caução. 550
- conceito. 549 espécies. 550
- fiança bancária. 550
- seguro-garantia. 550 GRATIFICAÇÃO. 208

GREVE

- do servidor militar. 233
- do servidor público. 179
- no serviço público. 280

HABEAS DATA. 789

HIERARQUIA ADMINISTRATIVA

- competências. 50

- conceito. 50
- objetivos. 50

ILHAS, 759

IMPENHORABILIDADE

- dos bens públicos, 691

IMPRESCRITIBILIDADE

- da ação indenizatória, 183
- dos bens públicos. 691

INALIENABILIDADE

- dos bens públicos. 691 INAMOVIBILIDADE. 206 INDENIZAÇÕES. 208

INEXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

- a exceção de contrato não cumprido.
- 591

- conceito, 588
- conseqüências. 589
- espécies, 588
- quem pode descumprir. 588

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

- aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, 455
- aspectos gerais, 452
- conceito, 453

878

879

- contratação de artistas. 461
- contratação de serviços técnicos profissionais especializados. 458
- e dispensabilidade. 453
- exemplificatividade das hipóteses, 453
- hipóteses. 455
- justificativa, 454
- o que é inexigível. 454

INSTRUÇÃO

- ato administrativo, 87
- fase do processo administrativo, 807

INSTRUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

conceito, 553

- espécies. 554
- forma. 555

partes do contrato, 555

INTERESSE PÚBLICO

- conceito, 14 primário. 14
- secundário, 15

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

- aspectos gerais. 615
- conceito, 618

introdução, 618

- limitação administrativa. 619
- meios interventivos, 618

ocupação temporária, 621

- parcelamento e edificação compulsórios. 627
- requisição, 628
- servidão administrativa, 623
- tombamento, 625

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

- aspectos gerais, 615
- competência interventiva. 630
- conceito. 630
- controle de preços. 631
- controle do abastecimento. 632
- fiscalização, 633
- fundamento, 631
- incentivo. 634
- introdução. 629
- meios interventivos, 631
- monopólio. 633
- planejamento, 634
- repressão ao abuso do poder econômico, 632

INTERVENÇÕES DO ESTADO

- aspectos gerais, 615
- competência, 617
- fundamento, 617
- limites, 617
- modalidades, 616
- na propriedade. 618
- no domínio econômico. 629
- procedimento. 617
- quadro sinótico. 616

INVALIDAÇÃO

- competência, 108
- conceito, 105
- conteúdo, 106
- convalidação, 109
- do ato administrativo. 105
- do contrato administrativo. 604
- efeitos, 107
- eficácia, 107
- e indenização, 109
- espécies, 106
- fundamento. 107
- motivo. 106
- natureza. 107
- nova decretação. 111
- objeto. 106
- paralelismo, 108
- prescrição. 110

IRREDUTIBILIDADE

- de vencimento, 178

IRREVOGABILIDADE, 102

JULGAMENTO DA LICITAÇÃO

- aspectos gerais. 505
- critérios de desempate, 510
- discussão da proposta mais vantajosa. 512
- divisibilidade. 508 empate, 510
- proposta mais vantajosa, 511
- tipos, 510
- vícios. 508

LEI, 25

LEILÃO, 475

LICENÇA

ato administrativo, 82

- direito do servidor, 207

LICITAÇÃO

- abertura, 490
- adjudicação, 514
- alienação de bens, 423, 425. 429
- classificação, 502
- comissão de, 480
- competência legislativa, 418
- conceito, 395
- concorrência, 464
- concurso, 473
- controle, 525
- controle judicial, 531
- controle pelo Tribunal de Contas, 532
- convite, 471
- de maior lance, 508
- de melhor técnica, 506
- de menor preço, 506
- deserta, 397
- desistência, 518, 524
- de técnica e preço. 507
- dispensada, 423
- dispensável, 430
- e competitividade, 406
- edital, 490
- e julgamento objetivo, 408
- e registro de preços, 416
- exclusão da obrigação de licitar, 422
- fases. 489
- finalidades. 396
- fiscalização, 409
- formalismo. 410
- fracassada. 397
- habilitação, 494
- hipóteses de licitação dispensada. 425, 429
- hipóteses de licitação dispensável.

425, 429
 hipóteses de licitação inexigível, 455
 homologação, 514
 — inexigível. 452
 — invalidação, 518, 521
 julgamento. 505
 — leilão, 475
 — modalidades, 462
 — na sociedade de economia mista, 372
 — objeto, 413
 — ordenamento das propostas, 505
 — os obrigados a licitar, 420
 — padronização, 399
 — preço-base. 464, nota 14
 — pregão, 478
 — princípio formal, 410
 princípios, 397
 proposta mais vantajosa, 511
 — recursos administrativos, 525
 recursos judiciais, 531
 — registro cadastral, 487
 registro de preços, 416
 — revogação, 518
 — tipos de, 505
 — tomada de preços, 468
 vinculação ao instrumento convocatório, 405
LICITAÇÃO DISPENSADA
 — aspectos gerais. 423
 — hipóteses de, 425
LICITAÇÃO DISPENSÁVEL
 — ver dispensabilidade da licitação
LICITAÇÃO INEXIGÍVEL
 — ver inexigibilidade de licitação
LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA, 619
MANDADO DE INJUNÇÃO, 791
MANDADO DE SEGURANÇA. 785
MÉRITO
 — do ato administrativo, 92
 880
 881
MODALIDADES DE LICITAÇÃO
 — aspectos gerais. 462
 — concorrência. 464
 — concurso. 473
 — convite. 471
 — leilão. 475
 no estatuto. 462
 preço-base. 464. nota 44
 pregão. 478
 — tomada de preços. 468

MOTIVO

— do ato administrativo. 62

e motivação. 63

e motivos determinantes. 63

e móvel. 63

MULTA. 590 MUNICÍPIO

interesse local. 267

peculiar interesse. 267 **NÃO—ONERAÇÃO**

dos bens públicos. 691 **OBJETO**

da desapropriação. 655

da licitação. 413

do ato administrativo. 65

— do contrato. 537

— do poder de polícia. 121

OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA. 621**OFÍCIO. 86****ORDEM DE SERVIÇO**

— ato administrativo. 86

— ordem para início de contrato. 86

ORGANIZAÇÃO SOCIAL. 390**ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO. 392****ÓRGÃO PÚBLICO**

classificação. 48

conceito. 46

natureza. 44

— o agir do Estado. 44

— o querer do Estado. 44

relação entre a vontade do órgão e a

do agente. 47

relações interorgânicas. 47

PADRONIZAÇÃO. 399**PAGAMENTO**

— adiantado. 582

— antecipado. 582

— conceito. 581 normal. 582

PARCELAMENTO COMPULSÓRIO. 627**PARECER. 87**

PEDÁGIO. 685. nota 4

PEDIDO DE INFORMAÇÃO. 77**PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. 530. 764****PENSÃO. 186 PERMISSÃO**

— ato administrativo. 80 contrato de adesão. 341

— de serviço público. 296. 341

— de uso de bem público. 727

PERMUTA. 703**PESSOAS GOVERNAMENTAIS**

conceito. 343

empresa pública. 360

fundação. 343

sociedade de economia mista. 371

PESSOAS PÚBLICAS

- agência executiva. 355
- agência reguladora. 359 autarquia. 287
- fundação pública. 343

PLATAFORMA CONTINENTAL. 758**PODER DE AVOCAR. 51 PODER DE DELEGAR. 51****PODER DE POLÍCIA**

- administrativa. 123
- ato de. 125
 - auto-executoriedade do ato de. 126
 - campos de atuação. 125
- características. 121
 - competência. 122
 - conceito. 120
 - controle do ato de. 128
 - discricionariedade do ato de. 124
- e polícia judiciária. 123
 - fins. 121
 - fundamento. 120
- limites. 125
 - manifestação da atribuição de. 124
- motivo. 121
 - objeto. 121
 - proporcionalidade. 126
 - sanções. 127
 - sentido amplo. 123
 - sentido estrito. 123
 - vinculação do ato de. 124

PODER DISCIPLINAR. 215**PODER HIERÁRQUICO, 50****PODER REGULAMENTAR**

- atribuição. 114
- conceito. 113
- e regulamento. 116
- faculdade. 114
 - fundamento. 114
- limites. 116
 - natureza. 115
 - poder. 114

PORTARIA. 85**PRECATÓRIO. 797****PRECLUSÃO**

- conceito. 771
- e decadência, 771
- e prescrição. 770

PREÇO

- reajustamento. 568
- registro de. 416
- repactuação. 569
 - revisão. 567

PREGÃO, 478

PRESCRIÇÃO

conceito. 770

— e decadência. 771

e preclusão. 771

PRINCÍPIOS

aspectos gerais. 7

da autotutela. 17

da continuidade, 16

— da eficiência, 20

— da finalidade. 13

— da igualdade, 19

— da impessoalidade. 8

da indisponibilidade, 17

da legalidade. 7

da moralidade, 9

da motivação. 21

— da publicidade. 10

— da razoabilidade, 22

— da supremacia do interesse público. 18

PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

aspectos gerais. 397

— competitividade, 406

fiscalização. 409

— formal. 410

— julgamento objetivo. 408

— padronização. 399

— vinculação ao instrumento convocatório. 405

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. 90

PROCESSO ADMINISTRATIVO

— arquivamento. 817

— autos suplementares. 810

— certidão. 818

882

883

— competência legislativa. 801

— conceito. 799

— de controle, 815

— de expediente, 816

— de outorga, 813

de polícia, 814

— de punição, 815

disciplinar, 819

e procedimento, 800

— espécies, 813

— extinção, 819

— fase da instauração, 805

— fase da instrução, 807

— fase do julgamento. 808

— fase do relatório, 808

- fases, 805
- finalidade, 805
- formação material do. 809
- na autarquia, 817
- nas empresas governamentais, 817
- objeto, 804
- prazo de conclusão, 812
- princípio da legalidade objetiva, 802
- princípio da oficialidade, 803
- princípio da publicidade, 804
- princípio do informalismo, 803
- princípios, 802
- prorrogação do prazo. 812
- vista do, 811

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

- ampla defesa. 823
- comissão processante, 828
- conceito, 819
- contraditório, 824
- devido processo legal. 824
- fase da defesa, 822
- finalidade, 821
- fundamento, 820
- objeto, 821
- obrigatoriedade. 821
- princípios, 822
- procedimento criminal paralelo, 824
- revisão, 830
- sanção, 825

PROPOSTA

- desempate, 510
- discussão, 512
- empate. 510
- mais vantajosa, 511

PROVENTOS, 186

PROVIMENTO

- aspectos gerais, 251
- classificação. 252
- competência para prover, 256
- conceito, 251
- derivado. 252
- exercício, 252
- investidura. 251
- originário, 252
- por aproveitamento, 254
- por promoção, 253
- por readaptação, 253
- por reingresso, 254
- por reintegração. 254
- por reversão, 255

- por transferência, 253
- posse. 251
- quadro sinótico. 256
- restrições à competência para prover, 258
- revogação. 225
- QUARENTENA, 214
- REAJUSTAMENTO DE PREÇOS, 568
- RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA. 765
- RECURSO ADMINISTRATIVO, 525
- REGIME JURÍDICO
 - servidores celetistas, 161
 - servidores estatutários, 162, 183
 - servidores governamentais. 157
- REGISTRO CADASTRAL, 487
- REGISTRO DE PREÇOS
 - conceito, 416
 - para compras, 416
 - para serviços. 418
 - regime, 416
 - regulamentação, 416
- REGULAMENTO
 - autônomo, 118
 - classificação. 117
 - conceito, 116
 - delegado. 118
 - em relação à lei, 117
 - executivo. 117
 - outros aspectos. 119
 - veículo do, 117
- REINTEGRAÇÃO
 - do servidor público estatutário, 197
- REMUNERAÇÃO
 - dos agentes políticos, 148
 - dos concessionários, 276, 312
 - dos permissionários, 276, 312
 - dos serviços públicos, 276
 - dos servidores públicos, 173
- REPRESENTAÇÃO, 529 REPRISTINAÇÃO. 104
- REQUISICÃO
 - de bens, 628
- REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO
 - causa, 65
 - competência, 59
 - conteúdo, 65
 - finalidade. 60
 - forma, 61
 - motivo, 62
 - objeto, 65
- RESGATE

- contrato de aforamento, 709
- contrato de concessão, 331
- das marinhas aforadas, 745

RESOLUÇÃO, 85

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

- ação regressiva, 850
- aspectos gerais, 837
- características do dano reparável. 845
- conceito, 838
- dano nuclear. 855
- direito de regresso. 847
- e dano reparável, 845
- e das autarquias, 291
- e das empresas privadas, 319, 369, 380
- evolução, 839
- exclusão da, 843
- fase da irresponsabilidade, 840
- fase da responsabilidade com culpa, 840
- fase da responsabilidade sem culpa. 842
- fundamento, 838
- indenização do dano, 849
- no Brasil, 851
- o62doart.37daCF,853
- objetiva, 853
- por ato judicial, 845
- por atos legislativos, 845
- por dano nuclear, 855
- procedimento administrativo, 847
- procedimento judicial, 848
- quadro sinótico da evolução, 839
- reparação do dano, 847
- risco integral, 843
- subjetiva, 840

RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PRIVADAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO, 319,369, 380

RESPONSABILIDADE DOS SERVIDORES

- administrativa, 220
- civil, 219
- conceito, 216
- espécies, 216
- penal, 217

884

885

RETRIBUIÇÃO

- alteração. 176
- conceito. 174
- espécies. 174
- fixação. 176
- irredutibilidade. 178
- limites. 176

- remuneração. 174
- revisão geral. 177
- subsídio. 174
- vencimento. 174
- vencimentos. 174
- RETROCESSÃO.** 652
- REVELIA**
 - Fazenda Pública. 795
- REVERSÃO**
 - de servidor público. 255
 - dos bens na concessão, 337
 - forma de aquisição de bens públicos. 720
- REVOGAÇÃO**
 - competência. 102
 - conceito. 99
 - conteúdo. 101
 - da revogação, 104
 - do ato administrativo. 99
- do provimento. 225
 - efeitos. 101
 - eficácia, 101
 - e indenização. 103
 - e irrevogabilidade, 102
 - em outros ramos do Direito. 104
 - e repristinação. 104
 - espécies. 100
- fundamento. 101
 - motivo. 101
 - natureza. 101
 - nova decretação. 105
- objeto. 101
- princípio do paralelismo. 101
- SANÇÕES**
 - administrativas. 590
 - civis. 589
- contratuais. 591
- no processo disciplinar. 825
- SERVIÇO PÚBLICO**
 - admissão. 80
- a locução “serviço público”. 265
 - atualidade, 274
 - autarquia. 287
 - autorizatório. 342 classificação. 270
 - compulsório. 271 concedente. 301
 - conceito. 266
 - concessão. 296
 - concessionário. 301
- continuidade. 274
- controle. 267

- cortesia. 275
- de execução direta. 284
- de execução indireta. 284
- delegação, 342
- descentralização para pessoa privada. 296
- descentralização para pessoa pública. 286
- deveres dos usuários. 278
- direitos dos usuários, 277
- distrital. 270
- e descentralização política. 286
- e desconcentração. 286
- eficiência. 274
- específicos. 271
- essenciais. 270
- estadual, 270
- execução. 267. 269, 283
- execução centralizada. 284
- execução descentralizada. 284
- facultativo, 271
- federal. 270
- generalidade, 275
- gerais. 271
- greve, 280
- instituição, 267
- introdução, 265
- modicidade, 275
- municipal. 270
- não essenciais. 270
- permissão. 296. 341
- princípios. 272
- regulamentação. 267
- regularidade. 273
- remuneração. 276
- requisitos. 273
- segurança. 274
- sujeição ao Código do Consumidor. 281
- suspensão. 279
- SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. 388**
- SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. 623**
- SERVIDORES ESTATUTÁRIOS**
- acumulação, 170
- adicional. 208
- aposentadoria. 186
- aspectos gerais. 183
- associação sindical, 203
- atribuição disciplinar. 215
- conceito. 182

- demissão. 225
 - deveres. 212
 - disponibilidade, 199
- estabilidade. 189
 - estágio probatório, 189, 190
- exoneração. 224
- extinção do vínculo, 223
 - férias. 206
 - gratificação. 208
 - greve. 179. 280
 - horário, 212
- horário de atendimento ao público. 213
 - horário de expediente. 213
 - inamovibilidade. 206
 - indenização, 208
 - jornada. 213
 - jornada especial. 213
 - licença, 207
 - onde existem. 184
 - pensão. 186
 - princípios constitucionais aplicáveis, 186
 - proventos. 186
 - quadro sinótico da extinção. 224
 - quadro sinótico das vantagens. 211
 - quarentena. 214
 - regime jurídico. 184
 - reintegração. 197
 - responsabilidade. 216
- responsabilidade administrativa 220
 - responsabilidade civil. 219
 - responsabilidade penal. 217
- subsídio, 174
 - vantagens pecuniárias, 208
- vencimento. 174
 - vencimentos. 174
- vitaliciedade. 205
- SERVIDORES GOVERNAMENTAIS**
 - características, 157
 - carreira, 158 conceito, 157
- direitos, 159
- emprego, 158, 165, 135 extinção do vínculo. 160
 - ingresso. 159
- obrigações, 159
 - quadro. 158
 - regime jurídico, 158
- SERVIDORES PÚBLICOS**
 - acessibilidade a cargos, empregos e funções, 165
 - acumulação. 171

características, 161
 — celetistas. 161
 — civis, 181
 competência organizacional, 162
 conceito, 160
 concurso público. 167
 — declaração de bens. 252
 — direito de greve. 179
 empregado, 158
 emprego. 158. 165. 238
 — espécies, 161
 — estatutários. 183
 — governamentais. 157
 — imprescritibilidade da ação de ressarcimento. 183

886

887

— ingresso no quadro, 166
 — investidura em mandato eletivo. 181
 — irredutibilidade de vencimentos, 178
 — greve. 179. 233, 280
 — livre escolha. 170
 — militares. 229
 — princípios constitucionais aplicáveis, 164
 — proibição de acumular. 170
 — remuneração. 174
 — responsabilidade regressiva, 182
 — retribuição, 173
 — subsídio, 174
 — vencimento. 174
 — vencimentos. 174

SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES

— acumulação, 232
 — agentes militares, 229
 — agregado, 232
 — aspectos gerais, 229
 — atividade, 231
 — atividade político-partidária, 234
 — conceito, 229
 — da ativa, 231
 — desligamento. 235
 — direitos. 235
 — greve, 233
 — inatividade, 231
 — ingresso no quadro, 230
 — objeção de consciência. 231
 — oficiais, 231
 — praças, 231
 — reforma, 232
 — regime, 230
 remuneração, 234

- reserva, 232
- sindicalização. 233
- subsídio, 234
- vitalícios, 235
- SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 774**
- SINDICÂNCIA**
 - aspectos preliminares, 831
 - comissão de. 834
 - conceito. 833
 - fases. 834
 - finalidade, 833
 - instauração, 834
 - natureza, 833
 - objeto, 833
 - publicidade. 835
- rito processual, 835
 - sigilo. 835
 - vícios, 835
- SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA**
 - atos, 377
 - capital, 374
 - conceito. 371
 - contratos. 377
 - controle, 379
 - criação. 373
 - distrital, 381
 - estadual, 381
 - e terceiros. 378
 - extinção. 373
 - fins, 372
 - forma, 373
 - licitação, 377
 - municipal, 381
 - natureza, 371
 - patrimônio. 375
 - prerrogativas, 377
 - regime tributário. 378
 - registro, 373
 - responsabilidade, 380
 - servidores, 375
- SUB CONTRATAÇÃO**
 - conceito, 576
 - e cessão, 576
 - parcial, 576
 - responsabilidades, 576
 - total, 577
- SUBSÍDIO, 148, 174, 234**
- TARIFA, 276, 312**
- TEORIA DA IMPREVISÃO, 567**

TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 63

TERMO DE DECLARAÇÃO. 836

TERRAS DEVOLUTAS. 755

TERRAS INDÍGENAS, 753

TERRENO DE MARINHA

— administração. 741

— aforamento administrativo, 744

— a linha do jundu. 740

— classificação, 737

— conceito. 737

— demarcação, 739

— desapropriação do domínio útil, 750

— e terrenos acrescidos. 741

— e terrenos de mangue. 741

— e terrenos reservados. 741

— extinção do aforamento. 746

— finalidade. 736

— formas de utilização, 741

— importância, 736

— interesses municipais, 748

— natureza. 738

— origem. 736

— preferência estadual. 746

— preferência municipal, 746

— propriedade. 738

— resgate dos aforados, 745

— utilização, 741

TERRENOS ACRESCIDOS. 753

TERRENOS MARGINAIS, 751

TERRENOS RESERVADOS, 751

TOMADA DE PREÇOS, 468

TOMBAMENTO, 625

TUTELA ADMINISTRATIVA. 18, 289

VACÂNCIA

— conceito. 259

— espécies, 259

— por aposentadoria, 261

— por ascensão funcional, 261

— por demissão. 260

— por exoneração. 260

— por falecimento do titular, 261

— por posse em outro cargo incompatível, 261

— por promoção, 261

por readaptação, 261

quadro sinótico, 260

VALIDADE

— do ato administrativo, 66, 67

VENCIMENTO

— alteração, 176

— fixação, 176

— irredutibilidade, 178

— limites, 176

— revisão geral. 177

VENCIMENTOS, 174 VERDADE SABIDA. 836

VIGÊNCIA

— do ato administrativo, 68

do contrato administrativo. 541

VINCULAÇÃO, 91

VÍNCULO INSTITUCIONAL DO
SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

— demissão, 225

— exoneração, 224

— extinção, 223

— extinção por ato administrativo, 224

— extinção por fato natural, 228

— extinção por força de sentença. 229

— quadro sinótico. 224

888

889